



# DERECHO Y EMPRESA EN EL PERÚ CONTEMPORÁNEO

VOLUMEN 1



**DERECHO Y  
EMPRESA  
EN EL PERÚ  
CONTEMPORÁNEO  
VOLUMEN 1**



# **DERECHO Y EMPRESA EN EL PERÚ CONTEMPORÁNEO VOLUMEN 1**

**EDITORES  
GUILLERMO BOZA PRÓ  
JOSÉ ENRIQUE SOTOMAYOR TRELLES  
BRUNO DEBENEDETTI LUJÁN**



**ESCUELA DE  
POSGRADO  
PUCP**

---

**Departamento  
Académico de Derecho**

---

**CICAJ  
PUCP**

---

**Maestría en  
Derecho de la Empresa**

**Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho (CICAJ-DAD)**

**Jefe del DAD**

Elmer Arce Ortiz

**Director del CICAJ-DAD**

Betzabé Marciani Burgos

**Consejo Directivo del CICAJ**

Renzo Cavani Brain

Areli Valencia Vargas

Gilberto Mendoza del Maestro

**Equipo de Trabajo**

Rita Del Pilar Zafra Ramos

Carlos Carbonell Rodríguez

Ana Lucía Montenegro Chaupis

Facundo García Encinas

Lucas Quijandria Chirinos

Genesis Mendoza Lazo

*Derecho y empresa en el Perú contemporáneo. Volumen 1*

Editores: Guillermo Boza Pró, José Enrique Sotomayor Trelles y Bruno Debenedetti Luján

Imagen de cubierta: Pexels.com/ Expect Best

Primera edición digital: mayo de 2024

© Pontificia Universidad Católica del Perú  
Departamento Académico de Derecho  
Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica  
Maestría en Derecho de la Empresa

Av. Universitaria 1801, Lima 32 - Perú

Teléfono: (511) 626-2000, anexo 4930 y 4901

<http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/>

Corrección de estilo: Loreta Alva Mansilla y Maria Gracia Tamara Minaya Chávez

*Derechos reservados. Se permite la reproducción total o parcial de los textos con permiso expreso de los editores.*

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2024-03891

ISBN: 978-612-49252-7-6

Los textos de esta publicación han pasado satisfactoriamente por un proceso de arbitraje doble ciego por pares externos internacionales.



# CONTENIDOS

<b>PRESENTACIÓN</b>	11
Gerencia legal integral: la Nueva Gerencia Legal en el siglo XXI. Cambios de paradigma con un enfoque integral <i>Hebert Tassano Velaochaga y Carlos Valencia Mesías</i>	15
Cumplimiento normativo y prevención de riesgos penales: descentralización del control de riesgos a partir de la Ley N° 30424 <i>Armando Sánchez-Málaga</i>	45
Reflexiones sobre el Marco Normativo de protección del consumidor de Seguros, en la jurisprudencia judicial y administrativa <i>Lorena Ramírez Otero</i>	69
La solución de las controversias de la empresa surgidas en el marco de los CDI: La urgencia de la implementación del PAM en el Perú <i>Renée Villagra Cayamana</i>	113
Hacia la formalización de las MYPE: incentivos errados e incentivos correctos en una larga historia de informalidad <i>Horacio Gago Priale</i>	137
La investigación en derecho empresarial: una propuesta basada en enfoques teórico-metodológicos <i>José Enrique Sotomayor Trelles</i>	159



## PRESENTACIÓN

La Maestría en Derecho de la Empresa es un programa de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú diseñado para formar profesionales líderes capaces de dominar el marco legal de las empresas, dando prioridad al desarrollo de estrategias jurídicas para el cumplimiento normativo o *compliance* empresarial. Este programa brinda una formación jurídica de calidad en derecho empresarial, pero permite también a sus egresados comprender los fenómenos empresariales desde una perspectiva interdisciplinaria, porque entiende que la solución de los problemas que enfrentan las empresas no se agota en el análisis estrictamente legal de los mismos; por el contrario, se requiere una noción integral que abarca aspectos de índole económico, contable, de gestión y de responsabilidad empresarial, entre otros, que los profesionales que asesoran en la toma de decisiones de los aspectos relevantes de las empresas deben conocer. De otro lado, si bien esta maestría tiene un importante enfoque profesional, busca incentivar, al mismo tiempo, la investigación aplicada en los campos antes señalados.

Es en esta última línea, que un grupo de docentes de las maestrías del Área Derecho y Empresa formó el Grupo de Investigación Derecho y Empresa (GIDYE) con el propósito de desarrollar diversos proyectos de investigación relacionados con la especialidad de sus integrantes. En el marco de tales proyectos, surgió la iniciativa de contar con una colección bibliográfica que publique trabajos rigurosos y arbitrados sobre temas asociados a la compleja relación entre actividad empresarial, regulación y derecho. Tal intersección cubre diversas líneas temáticas, entre las que destacan las siguientes: derecho societario y corporativo, regulación y calidad regulatoria, derecho constitucional económico, derecho de la competencia y de la propiedad intelectual, derecho penal empresarial y *compliance*, empresa y relaciones laborales, derecho tributario empresarial, riesgos legales, *legaltech*, metodología e investigación en el derecho empresarial. El presente libro es el primer volumen de este esfuerzo bibliográfico y está compuesto por seis capítulos.

El primer capítulo está a cargo del profesor Hebert Tassano Velaochaga, y fue escrito con la colaboración de Carlos Valencia Mesías. En él se analiza la gerencia legal desde una perspectiva integral y los cambios de paradigma que, respecto de ella, han ocurrido en el presente siglo a partir de múltiples eventos que se han dado a nivel político, económico, social y cultural, y que han impactado en la forma de vida de las personas. Para el autor, estos cambios se hicieron más notorios a nivel mundial a raíz de la pandemia de la COVID-19, y tuvo su correlato en el ámbito empresarial, poniéndose a prueba la resistencia de los modelos de negocio, las estrategias y la capacidad de las empresas, tanto de adaptación como de respuesta. El contexto post pandemia, ha supuesto nuevos retos y desafíos para las empresas referidas a la organización, el funcionamiento, la innovación y el planteamiento de estrategias. En particular, esta capítulo pone el énfasis en la importancia de la

gestión integral de riesgos como un elemento vital en la protección y prevención de las empresas frente a la aparición de potenciales amenazas, así como en el rol protagónico de la figura del *compliance* como instrumento esencial de la nueva gerencial legal de cara a asumir un rol más proactivo, preventivo y crítico respecto de la identificación y evaluación de tales riesgos.

El segundo capítulo ha sido escrito por Armando Sánchez-Málaga y está referido al cumplimiento normativo y la prevención de riesgos penales a propósito de la Ley N° 30424. En este capítulo se presentan las bases de un modelo de prevención de delitos en el ámbito empresarial, analizando el sistema de incentivos creado a partir de la entrada en vigencia de la citada norma. En ese sentido, se ofrece una explicación del contenido mínimo de este tipo de modelo que implica la implementación estructurada y dinámica de una cultura de cumplimiento, de procesos de análisis de los riesgos y de procedimientos de prevención. Asimismo, el autor presta una especial atención al rol de la asesoría legal en la identificación y prevención de riesgos al interior de estructuras empresariales.

En el tercer capítulo se trata el marco normativo de protección del consumidor de seguros desde una perspectiva jurisprudencial, tanto judicial como administrativa, y está a cargo de Lorena Ramírez Otero. En efecto, el capítulo ofrece una reflexión sobre el marco normativo de protección del consumidor de seguros, a partir del análisis de ciertos pronunciamientos emblemáticos realizados a la luz de los principios jurídicos positivos sectoriales del seguro. Con su reflexión, la autora pretende contribuir a establecer determinados criterios que sirvan a la aplicación e interpretación de las diversas disposiciones de seguros y del derecho de consumo vigentes.

El cuarto capítulo, escrito por la profesora René Villagra Cayamana, se refiere a la solución de las controversias de la empresa surgidas en el marco de los Convenios para evitar la Doble Imposición (CDI) y la necesidad de implementar el Procedimiento de Acuerdo Mutuo (PAM) en nuestro país. El PAM constituye un mecanismo de solución de controversias propio de los CDI, previsto por el Perú en sus ocho convenios bilaterales; sin embargo, como precisa la autora, en nuestro país no se han implementado los procedimientos mínimos para su efectivo funcionamiento, a pesar de haber asumido el compromiso como parte del marco inclusivo a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). Por eso, concluye la autora, más de 20 años después de que el Perú iniciara su red de CDI, es imperativo implementar el PAM, en tanto estos convenios forman parte del derecho nacional y no se puede vulnerar el derecho de defensa de la empresa al privarla de la posibilidad de acceder a tal mecanismo.

El quinto capítulo es de Horacio Gago Prialé y en él se hace una reflexión sobre la formalización de las micro y pequeñas empresas (*mypes*) y los incentivos errados y correctos que estas han recibido en una larga historia de informalidad. Este capítulo empieza describiendo el entorno empresarial de las *mypes* en el Perú y luego aborda su problemática, potencialidad y posibilidades de formalizarse mediante el uso de las tecnologías de la información (TI), cuya importancia creció durante la pandemia del COVID-19. El texto también explora el concepto

de vivienda productiva como el espacio físico que ha permitido la transformación de las mypes en un modelo intensivo en TI. Se tiene en cuenta el mandato constitucional de promover a la pequeña empresa en todas sus modalidades y, a partir de este, se desarrolla una temática que involucra a los 22 millones de peruanos relacionados a las mypes. Para el autor, la formalización de las mypes está abriendo un ámbito de gran potencial dentro del derecho empresarial, por lo que propone la necesidad de identificar los incentivos correctos que les permita convertirse en sujetos de un derecho empresarial sólido.

El libro concluye con un capítulo sobre la investigación en derecho empresarial y una propuesta basada en enfoques teórico-metodológicos, escrito por José Enrique Sotomayor Trelles. En este capítulo se propone una sistematización de las diversas aproximaciones y enfoques para la investigación jurídica relacionada con temas de derecho empresarial, abordándose cuestiones referidas a la distinción entre investigación doctrinaria e investigación empírica, investigación disciplinaria e interdisciplinaria, y diversas formas de incorporar un eje de interdisciplinaria en la investigación en derecho. Se finaliza con un breve desarrollo de algunos enfoques para la investigación en derecho empresarial.

Estamos seguros que el presente libro será una herramienta valiosa para comprender el complejo funcionamiento de las empresas y su marco normativo.

Guillermo Boza Pró  
Profesor principal del Departamento Académico de Derecho  
Director de la Maestría en Derecho de la Empresa  
Pontificia Universidad Católica del Perú



# GERENCIA LEGAL INTEGRAL: LA NUEVA GERENCIA LEGAL EN EL SIGLO XXI. CAMBIOS DE PARADIGMA CON UN ENFOQUE INTEGRAL

*Hebert Tassano Velaochaga<sup>1</sup>,  
con la colaboración de Carlos Valencia Mesías<sup>2</sup>*

## Resumen

Desde hace algunas décadas, el mundo ha sido testigo de múltiples eventos a nivel político, económico, social y cultural, los cuales han supuesto cambios considerables en la forma de vivir de las personas. Estos cambios, asimismo, se hicieron más notorios ante la aparición del virus del COVID-19, evento pandémico de proporciones considerables que hizo notar las múltiples deficiencias o carencias de cada Estado, así como las nuevas demandas, necesidades y expectativas sociales. Esto último, sin duda alguna, tuvo su propio correlato en el ámbito empresarial, ya que puso a prueba —y en muchos casos, superó— la resistencia de los modelos de negocio, estrategias y capacidad de las empresas, tanto de adaptación como de respuesta. No solo frente a los impactos de la pandemia *per se*, sino también a las diversas medidas dictadas por los gobiernos de cada país destinadas a combatir esta enfermedad.

En ese sentido, el presente capítulo busca evidenciar la necesidad del cambio de paradigma en el rol de la gerencia legal en las organizaciones empresariales en pleno siglo XXI, transformación que se ha originado a raíz del surgimiento de diversos acontecimientos de alcance e impacto a nivel mundial, y que se acentuó con la pandemia del COVID-19, lo cual ha supuesto nuevos

- 
- 1 Abogado por la PUCP y docente del curso de Gestión Integral en la Maestría de Derecho de la Empresa en la misma universidad. Además, es docente en pregrado en la PUCP y en la USMP, así como en postgrado en la PUCP, USMP, Universidad Continental y en la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. Ha ocupado varios cargos, entre ellos, el de expresidente del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), expresidente del Tribunal de Solución de Controversias del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel), exintegrante del Cuerpo Colegiado del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (Ositran), entre otros.
  - 2 Abogado por la PUCP, con especialidad en Derecho Administrativo por la misma casa de estudios. Egresado de la Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM), y egresado de la Maestría en Derecho Administrativo de la PUCP. Especialista legal en contratos de asociaciones público-privadas en la Autoridad de Transporte Urbano para Lima y Callao (ATU). Adjunto de Docencia de los cursos “Derecho Administrativo 2” y “Protección al Consumidor en los Sectores de Agua, Energía y Transporte” de la Facultad de Derecho de la PUCP.

retos y desafíos para las empresas en lo que a organización, funcionamiento, innovación y planteamiento de estrategias se refiere. En particular, se hace énfasis en la importancia de la gestión integral de riesgos como un elemento vital en la protección y prevención de las empresas frente a la aparición de potenciales amenazas, así como en el rol protagónico de la figura del *compliance* como instrumento esencial de la nueva gerencia legal en aras de asumir un rol más proactivo, preventivo y crítico respecto de la identificación y evaluación de tales riesgos.

**Palabras clave:** Nueva gerencia legal; gestión de riesgos; *compliance*; regulador; COVID-19.

### Abstract

Over the past few decades, the world has witnessed multiple political, economic, social and cultural events that have brought about considerable changes in the way people live. These changes also became more noticeable with the appearance of the COVID-19 virus, a pandemic event of considerable proportions that brought to light the multiple deficiencies or shortcomings of each State, as well as the new demands, needs and social expectations. The latter undoubtedly had its own correlate in the business sphere, as it tested —and in many cases, exceeded— the resistance of business models, strategies and capacity of companies to adapt and respond. Not only in the face of the impacts of the pandemic per se, but also in the face of the various measures dictated by the governments of each country aimed at combating this disease.

In this sense, this chapter seeks to demonstrate the need for a paradigm shift in the role of legal management in business organizations in the 21st century, a transformation arising from various globally impactful events, accentuated by the COVID-19 pandemic. This crisis has brought new challenges for companies in terms of organization, operation, innovation and strategic planning. In particular, emphasis is placed on the importance of integral risk management as a vital element in the protection and prevention of companies against the appearance of potential threats, as well as on the leading role of compliance as an essential instrument of the new legal management in order to assume a more proactive, preventive and critical role with respect to the identification and evaluation of such risks.

**Keywords:** New legal management; risk management; compliance; regulator; COVID-19.

## 1. Introducción

Agradeciéndole a la Maestría en Derecho de la Empresa de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) por la invitación a formar parte de este colectivo con destacados profesionales y profesores que —justificada en la necesidad de contar con estudios acuciosos sobre el tema, abordados y desarrollados con un sentido práctico, sobre la base de las enseñanzas en clase— buscan aportar un

panorama amplio y crítico sobre temas y problemas relacionados con el marco jurídico y regulatorio de la actividad empresarial en el Perú.

En este contexto, este capítulo no solo recoge la experiencia profesional y académica del profesor, sino también los aportes de los alumnos en clase durante todos los años en los cuales vengo dictando en la Maestría de la Empresa de la PUCP. Y es que, en efecto, no cabe duda de que en el mundo de la docencia “cuando uno enseña, dos aprenden”<sup>3</sup>.

Por ello, en esta sección que aborda el tema de la gerencia legal integral, se redacta acerca de uno de los cursos a mi cargo en la maestría que lleva el nombre de Gerencia Integral<sup>4</sup>. Este curso plantea la necesidad de un enfoque de una nueva gerencia legal a partir del conocimiento de la importancia y la necesidad en tiempos actuales de la figura del *legal compliance*, así como una introducción a los fundamentos de gestión de riesgos. El objetivo principal es que los alumnos puedan estar en capacidad de elaborar una estrategia de gestión legal preventiva, evitando riesgos en los principales temas del derecho vinculados al mercado<sup>5</sup>. Con esta enseñanza teórica, pero sobre todo práctica, el alumno debe de adquirir una destreza legal acorde con lo que se espera de un abogado o gestor moderno: la prevención de los conflictos para evitar contingencias a las organizaciones donde se desempeñen, algo muy valorado en la formación y capacidades profesionales del siglo XXI.

Justamente, en relación con lo abordado en el curso, esta sección tiene como propósito aportar al análisis de un tema y problema relacionado con el marco jurídico y regulatorio de la actividad empresarial en el Perú que, desde la experiencia profesional como asesor legal, pero, sobre todo, desde el lado del regulador —en el sentido amplio de la palabra— resulta evidente que necesita trabajarse.

El gerente legal, quien lidera un área crítica de la organización y en la cual todas las áreas de esta se apoyan y confían, debe conocer y saber transmitir una diversidad de aspectos relacionados no solo al ámbito técnico o profesional, sino, también —y más importante aún— al ámbito motivacional, de modo tal que le permita inspirar a sus trabajadores para cumplir con los objetivos planteados por dicha organización. Esa doble perspectiva de conocimientos por parte del gerente legal es la que, asimismo, sirve de ejemplo hacia los trabajadores, los cuales se encontrarán más prestos a replicar dicho esquema de trabajo.

Se trata, en pocas palabras, de buscar espacios de sinergia entre el gerente legal, su personal y las demás áreas de la organización, tales como la existencia y permanencia de una comunicación fluida, la interiorización de la idea de equipo, apoyo y trabajo colaborativo, la promoción tanto de oportunidades como de retos personales y profesionales, así como la transmisión de valores como la

---

3 Aunque esta frase es comúnmente atribuida a Robert A. Heinlein, no existe evidencia concluyente de que haya sido expresada en alguna de sus obras específicas. En tal sentido, la autoría exacta puede ser incierta.

4 Que en los años anteriores he dictado en forma conjunta con el profesor Armando Sánchez-Málaga.

5 Se entiende que el término *compliance* puede ser más amplio y abarcar otras áreas del derecho, pero aquí nos centramos en los temas vinculados al mercado.

responsabilidad, la confianza y el respeto mutuo. Es en ese escenario en el que podemos referirnos a un “gerente líder” propiamente, el cual domina todos los aspectos antes mencionados y, al aplicarlos en la práctica, enseña y aprende juntamente con los trabajadores.

Por si fuera poco, este marco de acción y enseñanza-aprendizaje del gerente legal, se ha puesto a prueba con los recientes y considerables cambios suscitados a nivel mundial, siendo uno de los más importantes la aparición y propagación del virus del COVID-19, enfermedad declarada como pandemia por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en el año 2020. Sin duda, el mundo ha cambiado desde la aparición de diversos fenómenos cuyo impacto ha sido significativo en múltiples ámbitos y tendencias o formas tradicionales de vivir, ocasionando diversos y frecuentes cambios de paradigmas. Estos cambios, en particular, han tenido su propio desarrollo en lo que a las empresas u organizaciones se refiere.

Tenemos, por ejemplo, el caso de la aparición de nuevas plataformas musicales como Spotify, cuyo protagonismo ha generado la desaparición de múltiples discográficas. También, el caso de Netflix, plataforma de *streaming* por suscripción, que ha supuesto la casi extinción de los videoclubes y ha causado que mucha menos gente acuda a los cines. Por otro lado, la aparición de Booking.com, “agregador de tarifas de viaje y un metabuscador de viajes para reservas de alojamiento” (iProUP, 2022), el cual ha supuesto un enorme reto para las agencias de turismo. Y, así, muchos otros ejemplos como Google, WhatsApp, Uber, entre otros, que han generado que las personas cambien sus estilos de vida y se adapten a estas nuevas realidades; en pocas palabras, que surja una necesidad de constante reinención en la población a fin de seguir hacia adelante, en un mundo cada día más competitivo y desafiante.

Y, por si eso no fuera suficiente, retomando el tema del virus del COVID-19, dicha pandemia no solo cambió paradigmas, para bien y para mal, sino que también representó nuevos retos para las organizaciones. En este contexto, el rol del asesor legal se torna clave en entornos cambiantes, y el análisis de riesgos junto con la implementación de estrategias de carácter colaborativo y preventivo resultan necesarios para evitar contingencias mayores para la organización.

La época postpandémica, en definitiva, ha obligado a muchas organizaciones a acomodarse al nuevo orden, donde la innovación y adaptación no solo es una fortaleza, sino una necesidad para sobrevivir.

## **2. El rol moderno de la gerencia legal empresarial frente a los retos del siglo XXI: La nueva gerencia legal. Proactiva y preventiva**

Tal y como se mencionó anteriormente, el surgimiento de nuevos y diversos eventos han supuesto cambios en el mundo, entre ellos, aquellos relacionados a nivel empresarial. Dichos cambios, sobre todo los referidos al COVID-19 y la época postpandemia, trajeron diversas consecuencias en torno a cómo tales empresas se estructuran, organizan y operan cotidianamente con relación a sus objetivos particulares. Y esto último, a su vez, ha dado lugar a la aparición de nuevos retos y desafíos para las empresas.

## 2.1. Consecuencias postpandemia

Por un lado, se puede mencionar el rol preponderante de la tecnología. Si bien desde antes de originarse la pandemia, el uso de las nuevas tecnologías era algo común en la sociedad, lo cierto es que el COVID-19 generó que el papel de aquellas se volviera prácticamente vital en el quehacer diario de las empresas —especialmente desde el punto de vista legal—, sobre todo si se consideran los momentos iniciales de la pandemia, cuando el aislamiento y el distanciamiento social eran la regla general.

En ese sentido, la tecnología pasó de servir como un medio común de satisfacción de necesidades a adquirir una muy rápida evolución, llegando a impregnar casi todo aspecto en las organizaciones. Se produjo, entonces, una revolución tecnológica mucho más acelerada en el ámbito empresarial, con efectos notorios en el campo del derecho. Así, por ejemplo, podemos mencionar el caso de la gestión del teletrabajo, como un modo de organización alternativo al presencial, y que luego fue regulado expresamente y a mayor detalle en los ordenamientos jurídicos de diversos países. También, el uso de “la firma telemática de contratos, o las negociaciones por videoconferencia, las juntas de accionistas” y realización de juicios *online*, entre otros (J&A Garrigues S.L.P, 2021). Y es que, en efecto, la tecnología presenta una importancia considerable en el ámbito social, económico y jurídico, en la medida que cumple un rol de productor de conocimiento con un amplio e, incluso, desconocido potencial de cambio (por ejemplo, brinda oferta de conocimientos), que contribuye centralmente al sistema de investigación y desarrollo (Estébanez, 2003). Posee, asimismo, un poder significativo para transformar tanto las relaciones sociales como la conexión del hombre con el ambiente que lo rodea (Herrera et al., 1994).

En segundo lugar, tenemos el enorme impacto laboral en las empresas, centrado en la gestión de la situación laboral de los trabajadores frente a las diversas dificultades económicas de las organizaciones, así como a una situación de teletrabajo generalizado, producto de la declaración de estados de emergencia o crisis en muchos Estados. Todo ello, por supuesto, con la subsecuente gestión de la contratación laboral, el desplazamiento de trabajadores a nivel nacional e internacional o, incluso, la tramitación de documentación diversa por parte de estos últimos; consecuencias que, a la fecha, persisten en mayor o medida.

De esta manera, conforme la pandemia fue avanzando, las organizaciones también tuvieron que adaptar sus enfoques, actividades y modelos de negocio a estas nuevas tendencias, desde una perspectiva interna (estructura, organización y funcionamiento propio) como externa (integración, creación y entrega de valor a sus clientes) (Seddon et al., 2004). Esto, sumado a la aparición de nuevas situaciones donde se requieren tanto decisiones como acciones urgentes solicitadas por diversos actores (gobiernos, organizaciones internacionales y la sociedad civil principalmente).

Como otro reto para las empresas a nivel mundial, se encuentra también la cada vez mayor necesidad de colaboración entre organizaciones. En efecto, en sectores tales como el transporte, la vivienda y el turismo, diversas empresas se

han visto en la necesidad de utilizar sus redes o tecnologías con un enfoque colaborativo y de acción colectiva, a fin de presentar sus productos y servicios a través de medios o canales también colaborativos. Todo lo cual trajo consigo, indudablemente, un desarrollo de capacidades internas y relacionales con el objeto de generar un mayor valor empresarial no solo a nivel individual, sino también a nivel conjunto (García-Madurga et al., 2021).

En esa misma línea, converge otro desafío como es el de la innovación, el cual se ha visto incrementado ante la necesidad de generar resultados por parte de las empresas frente al contexto de gran incertidumbre generado por la pandemia. Esto último, sin embargo, también ha supuesto un mayor espacio y tiempo a favor de los trabajadores y directivos para reflexionar en diversas y nuevas estrategias a fin de mejorar la situación presente y futura de estas organizaciones (García-Madurga et al., 2021). Por ende, en un contexto de nuevas ideas o propuestas desde una perspectiva innovativa, resulta cada vez más exigible que las empresas busquen reinventar sus propios modelos y estrategias a nivel organizacional, económico, reputacional y, evidentemente, legal.

Estos efectos y la aparición de desafíos para las empresas, de modo particular, se han experimentado en países como España. La declaración de estado de alarma debido a la propagación la pandemia del COVID-19 generó un cambio sustancial en los esquemas empresariales, forzando a estas entidades a adaptarse rápidamente ante un nuevo entorno en términos sociales, económicos y legales (J&A Garrigues S.L.P., 2021).

## **2.2. Impacto en el rol del gerente legal**

De este modo y como consecuencia de lo señalado en los párrafos anteriores, aparece un nuevo rol del gerente legal. Este ya no es evaluado por los altos ejecutivos en función de indicadores como el manejo de habilidades técnico-legales, sino más bien por otras habilidades denominadas “habilidades blandas”. Dentro de este último grupo, destacan la capacidad de liderazgo, la posibilidad de influenciar en la toma de decisiones de la empresa, la comunicación fluida y asertiva entre este y sus trabajadores, así como la toma de riesgos previamente identificados y evaluados (Denegri, 2018) y —agregaríamos— la proactividad.

En lo que se refiere al tema de evaluación de riesgos, el papel que juega el gerente legal es sumamente esencial, puesto que debe saber evaluar e identificar correctamente los riesgos reales y potenciales de la empresa. Y para que dicha evaluación se realice de forma adecuada, este debe conocer y manejar, como mínimo, tres elementos: (i) el funcionamiento del mercado y del negocio en el que opera la empresa, (ii) el contexto legal, operativo y financiero del negocio; (iii) los diversos modelos existentes sobre planificación, identificación, análisis y gestión de riesgos, a efectos de poder escoger y adecuar el que mejor se adapte al contexto particular de la empresa.

En particular, y vinculado a los elementos antes descritos, resulta necesario que el gerente legal sepa, sobre todo, medir riesgos, para lo cual debe conocer claramente los fundamentos básicos para la gestión de estos, especialmente aquellos modelos conceptuales enfocados en la administración, control y reducción

de determinados tipos de riesgos (operacional, estratégico, reputacional, de mercado, entre otros).

Asimismo, el gerente legal moderno debe tomar en cuenta y conocer a detalle un conjunto de indicadores que le permitirán determinar si sus propuestas y futuras decisiones tendrán éxito. Entre estas, podemos destacar las siguientes: “nivel de compromiso de sus trabajadores; nuevos aprendizajes y hábitos productivos [identificables como consecuencia de la labor del personal]; nivel de transformación digital de los trabajadores; y, desarrollo de competencias personales” (Heinmann, 2020).

Conforme lo señalado, resulta claro que el campo de acción y toma de decisiones del gerente legal actualmente ha cambiado, lo cual hace necesario que tanto este —en su rol de líder— como su personal —dirigidos y motivados por aquel— tengan la capacidad de adaptarse a dichos cambios de forma colaborativa, comunicativa, conjunta y recíproca, a fin de poder generar un valor agregado a los propios resultados obtenidos por la empresa.

De modo particular, podemos mencionar una serie de cambios que se han suscitado en diversos países desarrollados, esencialmente en lo que a hábitos de consumo se refiere. En el caso de Francia, por ejemplo, la crisis sanitaria del COVID-19 está cambiando en gran medida la forma de vida de los franceses, tanto en lo que se refiere a hábitos laborales como a la gestión del tiempo libre, así como hasta las propias costumbres de consumo. Respecto de este último factor, se observa que los ciudadanos franceses afirman estar dispuestos a pagar más por consumir productos locales, al mismo tiempo que se aprecia una tendencia al aumento del consumo de productos ecológicos y de segunda mano (ICEX España Exportación e Inversiones, 2020).

En el caso de Alemania, a partir del año 2013 los hábitos de consumo de sus ciudadanos han variado como consecuencia de la crisis económica suscitada a partir del año 2008 (gran crisis o recesión). En particular, la población juvenil es la que se ha decantado por realizar consumos “de moda”, especialmente productos como ropa, en los cuales gastan más. A ello se suma un hábito de mayor consumo y de forma más impulsiva, dando preponderancia al estilo y la marca (Modaes, 2013).

Por su parte, España ha presentado cambios de consumo en la época postpandemia del COVID-19, orientados a preferir productos saludables que contribuyan a su bienestar físico y/o mental, principalmente en el público más joven. No obstante, los ciudadanos españoles presentan una tendencia al conservadurismo o ahorro, puesto que no desean perder aquellos ingresos percibidos durante la pandemia. Por último, han adoptado un hábito de consumo de carácter ecológico enfocado en la adquisición de productos sostenibles, debido a la preocupación existente sobre el calentamiento global y sus efectos (CESCE, 2021).

En cuanto a la situación del Reino Unido, se advierte también una serie de cambios en materia de consumo como consecuencia de la pandemia. Así, tenemos variaciones en el consumo de alimentos, toda vez que la población británica se decanta más por escoger productos de conveniencia, es decir, productos que sean de fácil y cómodo acceso para ellos, lo cual motiva a que los responsables

de marketing deban estar disponibles frecuentemente en un mayor número posible de lugares tomando en cuenta el tipo de producto que las personas prefieren (Starkey, 2021, p.17). Por otro lado, los consumidores británicos, en su mayoría, prefieren ahora canales *online* como medios de compra de productos, por razones de cuidado de la salud y comodidad (ICEX, 2021).

En el caso peruano, durante una entrevista concedida por Daniel Valera a Silvia Pérez (2021) para el *Diario Gestión* y reproducida en el sitio web de Esan<sup>6</sup>, el referido docente, de la carrera de Administración y Marketing de la mencionada universidad, comentó sobre los nuevos patrones de consumo que se pueden observar en los consumidores tras las restricciones dadas por el COVID-19 en el Perú. Valera (como se citó en Pérez, 2021) afirma que:

Debido a que los peruanos salen menos de sus hogares, se están realizando compras a largo plazo como hábito de previsión. Algunos cambios que notó son los siguientes:

- 1) Género de las compras: el 67% de los hombres peruanos ya toman decisiones en la compra de alimentos del hogar.
- 2) El porcentaje de compras que se han realizado por internet se han [*sic.*] duplicado, antes de la pandemia solo un 20% de personas realizaban compras en línea (actualmente la participación es del 39%).
- 3) Más personas utilizan plataformas digitales de compras y aplicativos de banca digital, ingresando al mundo virtual las personas [de] entre 35 y 55 años.
- 4) Un 70% de las personas son más conscientes de los alimentos que compra [*sic.*] y consume [*sic.*], ya que lo hacen dentro de casa.
- 5) Se observa un mayor consumo de información, creciendo en un 94%, principalmente el de televisión, *streaming* y redes sociales.
- 6) La compra de ropa no ha variado, pero sí la forma de comprarla, ya que también se realiza por internet. (Valera como se citó en Pérez, 2021)

Como se puede apreciar, en el Perú, también los hábitos de consumo han cambiado y la mayoría de estos comportamientos se mantienen; existe una nueva normalidad para consumir, porque la pandemia nos trajo nuevas oportunidades que se han quedado y el consumidor las usa.

Entonces, los últimos procesos de transformación que se han suscitado a nivel mundial, sobre todo el evento pandémico del COVID-19, suponen un impacto considerable en la forma de vivir de las personas, a través de cambios que se producen en el ámbito político, social, económico, laboral y, particularmente, en el contexto de los hábitos de consumo de la población. Es, precisamente, este nuevo panorama el que promueve una serie de cambios sustanciales en las organizaciones empresariales, centradas desde una perspectiva jurídica en el rol que desempeña el gerente legal, con la finalidad de atender las nuevas demandas y necesidades sociales que se presentan en tiempos recientes.

<sup>6</sup> La reproducción de la entrevista se puede consultar en el siguiente enlace: <https://ue.edu.pe/opinando/los-cambios-de-habitos-del-consumidor-peruano-tras-la-pandemia>

### 3. La importancia de la identificación y gestión de riesgos

Actualmente, resulta difícil concebir el desarrollo ordenado y correcto de una empresa sin que esta cuente necesariamente con un plan de gestión de riesgos. Esto, debido a que, prácticamente, cualquier área que podamos imaginar que esté asociada a la actividad humana, como es por ejemplo el ámbito empresarial, está expuesta a los efectos del azar, la incertidumbre y lo inesperado. Un plan de esta naturaleza es, en definitiva, un requisito mínimo indispensable que las organizaciones deberían poseer con la finalidad de protegerse interna y externamente, mediante la correcta identificación y administración de riesgos reales y potenciales (Arévalo, 2022).

Ciertamente, los riesgos constituyen un elemento que no debe ser subestimado debido a su enorme posibilidad de impacto o amenaza para toda organización empresarial, específicamente en aspectos tan importantes y delicados como la economía, los negocios, la tecnología y las formas de financiamiento de las empresas (Luna, 2022). Asimismo, estos riesgos, además de la gravedad de sus efectos, resultan sumamente peligrosos por la multiplicidad y complejidad de sus tipologías (como se mencionó anteriormente), las cuales inciden en el normal funcionamiento de una empresa.

En particular, acorde a Medina (2022) es posible dividir la importancia de la gestión de riesgos en cuatro aspectos básicos, tales como:

**Prevención:** La gestión de riesgos coadyuva a la disminución de la probabilidad de ocurrencia de eventos que supongan un perjuicio para la empresa.

**Protección:** Una adecuada gestión de riesgos implica, por un lado, la contención de costos para las organizaciones y, por otro, la limitación de daños a estas últimas.

**Respuesta:** Permite una mejor capacidad para resistir los efectos de los eventos perniciosos para la empresa, así como también una mayor capacidad de adaptación de estas frente a futuros eventos que supongan una real o potencial amenaza a sus intereses.

**Oportunidad:** Por último, la gestión de riesgos permite que se administren determinados riesgos que se encuentran asociados a la generación de valor, lo cual supone un impacto sumamente positivo para las empresas. (Medina, 2022)

Por lo tanto, tomando en cuenta la enorme importancia que tiene la gestión de riesgos en el desarrollo de las empresas, es imprescindible y necesario que esta cuente con un plan o programa de gestión de riesgos tanto a nivel estructural como organizacional, de manera tal que la identificación y gestión de riesgos no sean vistas únicamente como estrategias y/o actuaciones incorporadas para una finalidad temporal y concreta, sino más bien como un elemento común e inherente a la vida de dicha empresa. Se trata, en definitiva, de un cambio de visión o perspectiva de las organizaciones en relación con la forma como entienden y aplican la gestión de riesgos.

Otra razón que respalda la idea de contar con un plan de gestión de riesgos es el hecho de que los riesgos, por su propia naturaleza, se encuentran vinculados a una idea no solo de reacción, sino también de prevención. La posibilidad de

su detección y evaluación hace que sea necesario gestionarlos en la medida que pueden repercutir en cada uno de los procesos empresariales, lo cual permitirá además efectuar los estudios cualitativos y cuantitativos previos de dichos riesgos en aras de vincularlos con las metas propias de las empresas.

Este plan o programa de gestión de riesgos, en primer lugar, no debe ser complejo, confuso u operativamente imposible, sino que debe ser esencialmente práctico a efectos de que pueda ser analizado y empleado en el funcionamiento normal de la empresa por parte tanto de los directivos clave como de las diferentes áreas de la organización (Luna, 2022).

Por otro lado, dicho plan o programa debe generar contenido de valor respecto de los riesgos que afectan los planes estratégicos y de crecimiento de la entidad. Es decir, el programa o plan no debe servir como una mera lectura o diagnóstico formal de los peligros que atentan contra el correcto funcionamiento de la empresa, sino que, más bien, debe permitir el desarrollo e implementación de un proceso que sirva para analizar, evaluar, informar y reaccionar frente a los potenciales impactos y oportunidades que surgen de los mismos (Luna, 2022). Esto último implica entender que la gestión de riesgos debe ser efectiva en cuanto a su posibilidad de prevenir, identificar y combatir los riesgos existentes en la empresa. Pero, llegados a este punto, cabe precisar que no se trata de cualquier tipo de gestión de riesgo, sino que hacemos referencia a una gestión integral de riesgos. Esto último implica entender los riesgos desde una perspectiva holística, evaluando y dando seguimiento a los mismos de forma conjunta y no aislada, toda vez que ello permitirá contar con una visión más completa de las principales amenazas que podrían repercutir en una empresa (Chávez Cangahuala, 2019).

La gestión integral de riesgos (GIR) consiste en una evaluación más certera y plena del conjunto de riesgos potenciales o reales dentro de una empresa, lo cual permite “poner ‘en blanco y negro’ el control de riesgos y visibilizarlos tanto al interior como al exterior de la empresa” (Conexión Esan, 2016). Así las cosas, la implementación de este tipo particular de gestión de riesgos tiene múltiples beneficios: genera un aumento en la eficiencia de la empresa, así como un aumento en la confianza de los inversionistas en el mercado que deviene en una mayor capacidad de financiamiento en los negocios empresariales, y brinda un ambiente de transparencia necesaria para ganarse la confianza del mercado en general (Conexión Esan, 2016).

A mayor detalle, la GIR comprende una serie de procesos complejos, complementarios y concatenados que Conexión Esan (2016) resume de la siguiente manera:

Identificación: es el proceso por el cual se determinan los eventos internos y externos que pueden ocasionar un impacto negativo sobre los objetivos de la organización. Se considera, entre otros aspectos, la posible interdependencia entre eventos y los factores influyentes que los determinan.

Evaluación: mediante el uso de técnicas cuantitativas o cualitativas, o la combinación de ambas, se estima el riesgo de una organización, una

actividad o conjunto de actividades, un departamento, un portafolio, producto o servicio.

Tratamiento: este proceso implica la aceptación del riesgo, proponiéndose diversas salidas como: evitar el riesgo, disminuir la probabilidad de la ocurrencia del evento, mitigar el impacto del evento, transferir el riesgo total o parcialmente, o una combinación de estas medidas, en función del nivel de tolerancia al riesgo definido.

Control: es el proceso mediante el cual se busca asegurar que las políticas, estándares, límites y procedimientos para el tratamiento de riesgos son tomados y/o ejecutados en forma apropiada. Las actividades de control incluyen los controles generales y los de aplicación a los sistemas de información, además de la tecnología de información relacionada. Buscan la eficacia y efectividad de las operaciones de la empresa, la confiabilidad de la información financiera u operativa, interna y externa, así como el cumplimiento de las disposiciones legales que le sean aplicables.

Información y comunicación: mediante este proceso se genera y transmite información apropiada y oportuna a la dirección, la gerencia, el personal, así como a interesados externos tales como clientes, proveedores, accionistas y reguladores. Esta información es interna y externa, y puede incluir información de gestión, financiera y operativa.

Monitoreo: consiste en la evaluación de la existencia y el adecuado funcionamiento del sistema de gestión integral de riesgos. Puede realizarse en el curso normal de las actividades de la empresa. Incluye el reporte de las deficiencias o desviaciones encontradas y su corrección. (Conexión Esan, 2016)

Teniendo claro el panorama de la identificación y gestión de riesgos y, sobre todo, su importancia para el correcto funcionamiento y protección de las organizaciones empresariales en el mercado resulta pertinente abordar, a continuación, los principales aspectos del denominado *compliance*, haciendo hincapié en una de sus modalidades cuyo empleo resulta de suma utilidad para la toma de decisiones y acciones por parte de la gerencia legal y el ente regulador del mercado (Indecopi): el *legal compliance* de temas de mercado.

#### **4. Conceptualización del *legal compliance* en el marco del derecho ordenador del mercado: Gestión integral de riesgos empresarial desde la visión del regulador**

##### **4.1. Compliance**

En este escenario de protagonismo de la gestión integral de riesgos en el desarrollo de las empresas, surge la figura del *compliance* como una institución jurídica cuyo contenido y finalidad se enfoca tradicionalmente en el cumplimiento de la ley (Sanclemente-Arciniegas, 2021a, p. 196), aunque posteriormente dicho concepto haya evolucionado hacia el sentido de plantear este cumplimiento no como su objeto de estudio, sino más bien centrarse en el problema de dicho cumplimiento (Frison-Roche, 2001, pp. 610-616).

Desde un punto de vista terminológico, se acuña el concepto *legal compliance* “y su común uso [*compliance*] para designar elementos indiferenciados dentro del Control Interno de las empresas” (Tejeira Rodríguez, 2015, p. 935). En efecto, en el ámbito de las organizaciones empresariales la actividad jurídica juega un papel trascendental en el desarrollo de estas últimas, en la medida que esta se encuentra encaminada al cuidado del cumplimiento de las obligaciones que afectan o pueden afectar a la empresa (*ibid.*, p. 936).

Este concepto, además, como apuntó Esteve Prado en su prólogo, se nutre de la denominada sociedad del riesgo, la cual hace referencia a una sociedad expuesta a diversos riesgos más por factores humanos que por peligros naturales (Rojas, 2019). Desde una perspectiva ético-regulatoria, inclusive, el término *compliance* va más allá de las normas o la propia regulación *per se* (laboral, financiera, tributaria, de consumo, etcétera), en la medida que busca la implementación progresiva de una verdadera cultura de cumplimiento en las organizaciones empresariales (Chávez Huertas, 2019a, p. 442).

Otro enfoque más operativo y legal concibe al *compliance* como un instrumento que coadyuva al cumplimiento normativo de determinadas normas que realizan las empresas; es decir, el *compliance* se constituye en un área destinada a dar cumplimiento a las normas por parte de los sujetos obligados (Garat, 2018, p.563). Desde esta óptica, entonces, se entiende al *compliance* como un elemento facilitador del respeto al ordenamiento jurídico que favorece al Estado, en la medida que permite a los sujetos obligados —principalmente, organizaciones empresariales— acatar las normas dictadas por los organismos estatales.

Incluso, otros autores afirman que el *compliance* es y debe entenderse como una disciplina jurídica autónoma, en la medida que posee un amplio espectro de configuración dentro del marco legal, siendo aplicable a prácticamente todas las áreas del Derecho, no solamente a asuntos corporativos, penales o fiscales (Rojas Arias, 2020, p.188-189). Esta perspectiva del *compliance* como una disciplina única de estudio resulta, sin duda alguna, un aspecto interesante a nivel teórico, metodológico y práctico por la cantidad de implicancias que supone.

Sumado a lo anterior, esta actividad jurídica tiene como finalidad el proporcionar mecanismos de adhesión y evaluación del cumplimiento como instrumento del mercado, es decir, como un factor medible y útil para el mercado. Por lo tanto, la gestión del riesgo (*risk management*), vinculada a la propia actividad jurídica en términos de instrumento-objeto de estudio, sirve como una metodología de cuantificación de riesgo, así como un sistema de medición del impacto de la decisión empresarial. Esto presupone la “objetivación del riesgo y la medida de su impacto”; precisamente, “entre los riesgos a evaluar y cuantificar se encuentran los riesgos de cumplimiento” (Tejeira Rodríguez, 2015, p. 939).

De esta manera, vemos cómo el *compliance*, específicamente el *legal compliance*, posee una enorme repercusión en el funcionamiento y protección de los intereses de las empresas, razón por la cual dicho instrumento constituye un elemento que debe ser necesariamente empleado por el gerente legal en virtud de las nuevas funciones que ha ido adquiriendo en estos tiempos modernos; tiempos modernos con las características y condiciones que hemos señalado anteriormente.

Ahora bien, desde una perspectiva más jurídica o legal, podemos afirmar que el *compliance* constituye una herramienta sumamente útil para el Derecho, desde sus diversas ramificaciones. Así, por ejemplo, en el caso del derecho constitucional, algunos autores señalan que el *compliance* garantiza el adecuado respeto y protección de los derechos fundamentales de las personas por parte de las empresas y/o autoridades estatales, sin necesidad de recurrir a los mecanismos administrativos o jurisdiccionales para su tutela (Garat, 2018, p. 564)<sup>7</sup>.

En el caso particular del derecho administrativo —sobre el cual se establece la normativa del derecho ordenador del mercado—, cabe señalar que diversos autores le atribuyen al *compliance* un rol trascendental en el desarrollo de políticas, estrategias y medidas por parte de la administración pública en lo que a gestión y control de riesgos se refiere, toda vez que diversas de las clásicas potestades administrativas —incluso, las potestades actuales— se distinguen notoriamente de los postulados de la sociedad del riesgo<sup>8</sup>; y, por lo tanto, resultan insuficientes para poder preparar a las entidades administrativas frente a potenciales amenazas (Chávez Huertas, 2019a, pp. 444-445).

Particularmente, en el ámbito del derecho administrativo peruano, es posible afirmar que se está gestando progresivamente un derecho administrativo proactivo (preventivo y de gestión de riesgos), enfocado hacia el logro del efectivo cumplimiento de los administrados; componente que se diferencia considerablemente del clásico rol del derecho administrativo reactivo, el cual estaba enfocado en una perspectiva disuasoria y de respuesta mediante la sanción de inconductas e infracciones hacia el ordenamiento jurídico (Chávez Huertas, 2019b). Por lo tanto, no solo desde la perspectiva privada podemos encontrar un desarrollo o consolidación paulatina del *compliance* respecto de la organización y funcionamiento de las organizaciones empresariales, sino también en el ámbito público en las entidades de la administración.

#### 4.2. Derecho ordenador del mercado

Ahora bien, en lo que se refiere al nuevo contexto en materia de gestión de riesgos y el desarrollo de la nueva gerencia legal a través del empleo del *legal compliance*,

---

7 A mayor detalle, la autora precisa tres casos en los cuales se aprecia la contribución del *compliance* en el ámbito del derecho constitucional: "(a) las acciones de responsabilidad social empresarial (RSE); (b) la adopción de políticas internacionales de regulación especialmente diseñadas para empresas en esta materia; y (c) el fomento, desde el ámbito estatal y fiscal, del cumplimiento de ciertos derechos" (Garat, 2018, p. 564).

8 Al respecto, cabe señalar que autores como Esteve Pardo hacen una interesante distinción entre las finalidades de la potestad de policía y el *compliance* (cuyo origen se encuentra en la sociedad del riesgo), indicando como principales diferencias: (i) mientras que el poder de policía tiene su fundamento en el concepto absoluto del orden público y su objetivo es mantener dicho orden para reestablecerlo en caso se viese alterado; la regulación basada en riesgos (*risk based regulation*) gira, en cambio, en un entorno más dúctil o flexible como es el del riesgo permitido; (ii) mientras que el poder de policía se proyecta fundamentalmente sobre peligros y que es caracterizado como defensa frente a esos peligros, los cuales son claramente perceptibles; el riesgo, por el contrario, está rodeado por complejidad e incertidumbre, contexto en el cual la regulación juega un papel fundamental (Rojas, 2019).

es preciso señalar que la labor de evaluación de riesgos irradia a todo el ordenamiento jurídico de cada país, específicamente al marco constitucional económico que contiene los denominados temas ordenadores del mercado: la libre competencia, la competencia desleal y la protección al consumidor.

En el nuevo rol que planteamos, es necesario implementar una gerencia legal con un enfoque integral. Esta gerencia debe centrarse en el trabajo de prevención ligado al análisis de riesgos para tener a partir de ahí un buen programa de *compliance* integral que abarque todas las áreas de posibles contingencias de la empresa o la institución. Dada la amplitud, aquí nos centramos en lo que se denomina el derecho ordenador del mercado, el cual, según Diez Canseco (1997), se define como:

Aquel que tiene por objeto regular los derechos y obligaciones de los agentes económicos (privados y el Estado) en el mercado o tráfico económico. Para mayor precisión, es una disciplina jurídica ordenadora (vía la regulación) del comportamiento de quienes participan o desarrollan actividades económicas (los empresarios y consumidores) y del propio Estado en la medida que interviene en el mercado. Su finalidad última es la de promover y garantizar el buen funcionamiento de una economía de mercado. (Diez Canseco, 1997, p. 41)

En el caso peruano, podemos encontrar estos temas ordenadores del mercado en el artículo 61 de la Constitución Política del Perú (1993), en virtud del cual se señala que el Estado facilita y vigila la libre competencia, agregando que combate toda práctica que la limite. Siendo ello así, y entendiendo que el *legal compliance* se nutre, precisamente, de lo dispuesto en la carta magna, es válido cuestionarnos lo siguiente: ¿cuáles son estas prácticas que limitan la libre competencia y que, por ende, deben ser combatidas por el Estado? O, dicho, en otros términos, ¿cuáles son aquellas acciones y “frutos” del mercado que una persona natural o jurídica no puede “comer”?

Cuando señalamos que es necesario conocer el derecho ordenador del mercado para poder realizar una adecuada labor integral en la gerencia legal, con un correcto análisis de riesgos, apuntamos a que se conozca no solo lo que la legislación establece en los temas que están dentro de este derecho (libre competencia, competencia desleal y protección al consumidor) sino también, y, sobre todo, lo que la entidad encargada de esas materias ha resuelto. Esto es, saber cuál es la tendencia, los casos importantes, las interpretaciones que ha dado a diversas situaciones vinculadas directa o indirectamente al rubro de nuestras actividades, entre otros.

#### 4.2.1. *Los frutos prohibidos*

De igual manera, en los temas de libre competencia, podemos establecer que, si bien tenemos un régimen de libre mercado (una economía social de mercado), las empresas no pueden hacer todo lo que desearían hacer para obtener más clientes o ganancias. Debemos de tener claro que existen “los frutos prohibidos del mercado”, es decir, aquellas conductas que están prohibidas por la legislación. Para tener claros los alcances de esas prohibiciones no solo hay que conocer la

legislación, en este caso el TUO del Decreto Legislativo N.º 1034, sino también, y en especial, lo que el Indecopi ha establecido en los casos que ha sancionado, donde tenemos últimamente una extensa lista de casos (hemodiálisis, GNV, farmacias, papel tisú, etcétera). Lo interesante de estos casos es que en la mayoría de ellos ha establecido como medidas correctivas la implementación de programas de *compliance* para evitar o minimizar las posibilidades de que las conductas anti-competitivas se repitan. Entonces ya se tiene ahí una fuente muy importante que podemos tomar en cuenta para elaborar nuestros planes de riesgos y programas de *compliance*.

En materia de libre competencia es muy importante tener en cuenta las guías y lineamientos que el Indecopi ha publicado. Ello es una ayuda para que las empresas realicen acciones preventivas en materia de libre competencia, es decir, ya no hay excusas de desconocimiento para no realizar acciones preventivas<sup>9</sup>.

Así, el impacto particular del *compliance* en el derecho ordenador del mercado, específicamente en la libre competencia, se traduce en las denominadas “conversaciones regulatorias”, entendidas como comunicaciones a través de las cuales las autoridades dan a conocer a los agentes económicos el conjunto de pautas orientadoras de su acción, de modo tal que: (i) convierte en predecible el desarrollo de las competencias del regulador; (ii) “garantiza que el mercado sea orientado por criterios objetivos, [conocibles] ... [y que] generen confianza [para y] entre las empresas que actúan en el sector regulado” (Sanclemente-Arciniegas, 2021b, pp. 258-259).

#### 4.2.2. Competir legalmente

Por otro lado, la competencia desleal es definida por el Decreto Legislativo N.º 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal, como “un acto que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado” (artículo 6.2) (engaños, confusión, explotación indebida de la reputación ajena, denigración, comparación indebida, sabotaje, violación de normas, violación de secretos empresariales y los actos vinculados a la publicidad, los principios de legalidad, autenticidad y adecuación social). Todos estos actos son contrarios a la buena fe empresarial y, por lo tanto, una empresa al competir en el mercado no puede realizarlos —aunque es válido el daño concurrencia lícito, que es define como el “desplazar competidores mediante generación de eficiencias que atraigan a los consumidores” (Deza Sandoval, 2013, p. 7) —. Por ello, una empresa debe de tener claro qué hacer y qué no hacer en la publicidad.

9 La guía de Programa de Cumplimiento de las normas de libre competencia elaborada por el Indecopi (2020) se puede encontrar en el siguiente enlace: <https://www.gob.pe/uploads/document/file/2131129/Gu%C3%ADa%20de%20Programas%20de%20Cumplimiento%20de%20las%20Normas%20de%20Libre%20Competencia.pdf?v=1629901602.pe/institucion/indecopi/informes-publicaciones/2115530-guia-de-programas-de-cumplimiento-de-las-normas-de-libre-competencia>

### ***4.2.3. El consumidor como meta***

Respecto al último tema ordenador, la protección al consumidor, cabe mencionar que este alude “al conjunto de normas que regulan las relaciones de consumo que se originan cuando un consumidor adquiere un producto o contrata un servicio con un proveedor a cambio de una contraprestación económica” (Instituto Nacional de Estadística e Informática [INEI], 2019, p. 177).

La protección al consumidor, desde una perspectiva teleológica, “se justifica en la existencia de la información asimétrica [que existe] en el mercado entre consumidores y proveedores”, específicamente cuando dicha relación de asimetría no puede ser resuelta por el propio mercado (Guzmán Napurí, 2022). Es en dicho contexto en el que resulta necesario recurrir al mecanismo estatal de la protección al consumidor.

### **4.3. La casuística en los temas de mercado**

A efectos de buscar una respuesta a dichas interrogantes, resulta necesario mencionar las tendencias actuales respecto de los citados temas ordenadores, para lo cual existen diversos casos recientes resueltos por el Indecopi u otros organismos reguladores internacionales (como es la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia - CNMC en España) a través de los cuales se pueden apreciar mejor tales tendencias.

#### ***4.3.1. Los frutos prohibidos en la libre competencia***

Respecto de realizar conductas prohibidas por parte de las empresas para tomar los “frutos prohibidos” del mercado, podemos destacar dos casos importantes. En primer lugar, tenemos el caso de las hemodiálisis, seguido por el caso de las farmacias. En estos casos, se sancionó a diversas personas naturales y personas jurídicas por actos contrarios a la libre competencia, utilizando como uno de los elementos probatorios el contenido de diversos correos electrónicos recuperados de las computadoras de las empresas involucradas. Este hecho dejó en evidencia que lo que una persona escribe o recibe a través de sus correos electrónicos puede ser usado en su contra. A menudo, las personas escriben sin tener pleno conocimiento o porque creen que no serán descubiertas. Sin embargo, esto revela una falta de prevención en el tema; prevención para que se tenga claro que no se pueden dar ese tipo de acuerdos y comunicaciones y que, si se realizan, existe el riesgo efectivo de enfrentar sanciones. Esto se ilustra de manera evidente en los siguientes ejemplos:

### **Caso hemodiálisis**

Correo 3 – Jueves 4 de octubre de 2012

«De: Aurelio Cesti aureliocesti@hotmail.com

Para: ceer@ceersac.com; delamatamiguel@gmail.com

Enviado el: jueves 04/10/2012 01:30 p.m.

Asunto: Estructura de costos

Lucho:

Por favor envíale la estructura de costos de salud a Jose Velasquez. Él la va mejorar a 255 para el viernes, Si puedes también la que dejo la Sra. Alferez.

Gracias

Aurelio Cesti

Enviado desde mi BlackBerry® de Nextel».

Fuente: Correo electrónico extraído del Informe Técnico N.º 067-2015/ST-CLC-INDECOPI.

### **Caso farmacias**

“De: Venero, Francisco [Albis]

Enviado el: Miércoles, 30 de Enero de 2008 12:59 p.m.

Para: (...) [Nortfarma]

Asunto: RV: Precios conciliados LP Albis

Susana buenas tardes, durante toda la última semana se coordinó con las todas las cadenas para reordenar nuestros precios sobre todo en productos de alta rotación, observando tus precios no habrá mayor diferencia para nivelarlos con los demás pero deberán ser los mismos del archivo adjunto (como precio mínimo), te pido el gran favor mandarlos cambiar para evitar que IKF tenga la excusa que NORTFARMA no los cambio, estos precios deberán estar vigentes a partir del 1/Febr./08 desde las 8 AM.

Para evitar los constantes reclamos, necesitamos de tu apoyo y colaboración.

Con las gracias anticipadas, a la espera de tu confirmación.

Atte. Francisco Venero.”

Fuente: Correo electrónico extraído de la Resolución N.º 0738-2017/SDC-INDECOPI en el marco del Expediente N.º 008-2010/CLC.

Estas comunicaciones electrónicas entre empresas destacan la clara infracción a las normas de libre competencia, lo cual resulta inadmisibles en el ámbito empresarial. Lamentablemente, este tipo de acciones no solo son locales, sino que se repiten en otros países. Por ejemplo, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) ha resuelto, entre varios casos, dos casos en materia de libre competencia. El primer caso versa sobre la situación de diversas empresas constructoras (Acciona, Corsán-Corviam, Dragados [ACS], FCC, Ferrovial, OHL y Sacyr), a las cuales la CNMC inició un procedimiento administrativo sancionador por la presunta comisión de prácticas anticompetitivas, a través de la adopción de acuerdos e intercambios de información entre las antes mencionadas empresas (CNMC, 2018).

Como segundo caso, tenemos el de la empresa farmacéutica Leadiant Biosciences, la cual fue multada por la CNMC con 10.25 millones de euros por haber multiplicado por 1 000 el precio de un medicamento esencial (ácido quenodesoxicólico-CDCA), al ser dicho medicamento el único tratamiento disponible frente a una enfermedad muy poco frecuente (xantomatosis cerebrotendinosa) y aprovechando la situación de monopolio que esta empresa había logrado en Europa (Güell, 2022).

#### 4.3.2. *Competir sin el cuidado debido*

En materia de la competencia desleal, por ejemplo, en algunos casos por querer ofrecer rápidamente un producto en el mercado, la publicidad puede ofrecer beneficios o características que, en estricto, el producto no tiene, o que puede ser interpretado de diferentes maneras por el consumidor y, con ello, acarrear una sanción y una afectación a la credibilidad de los otros productos que vende la empresa afectada. Un ejemplo de ello es el caso San Fernando, en donde Indecopi (2019) sancionó a la empresa mediante Resolución N.º 0752-2019/SPC-INDECOPI, porque no aplicó una terminología idónea para la naturaleza del producto, y ocultó otros elementos que lo componen, engañando así al consumidor.

Otro caso similar es la sanción a las empresas Gloria y Nestlé con S/ 4 262 538 por cometer actos de competencia desleal bajo la modalidad de engaño, al haber anunciado a través de diversos medios que tres de sus productos lácteos tenían la calidad de ser leche de vaca, pese a que ello no era cierto (Gestión, 2019). De este modo, el Indecopi señaló lo siguiente: “Los productos anunciados no podían ser presentados publicitariamente como si fueran leche, debido a que contenían ingredientes no lácteos que sustituían total o parcialmente algunos de sus componentes lácteos” (Gestión, 2019).

Existen otros casos mediáticos de empresas que al momento de hacer publicidad han sido sancionadas por violación del principio de adecuación social, principio que, acorde al artículo 18 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, Decreto Legislativo N.º 1044, consiste que:

La difusión de publicidad que tenga por efecto, inducir a los destinatarios del mensaje publicitario a cometer un acto ilegal o un acto de discriminación u ofensa por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

Así, tenemos el caso de Saga Falabella y la empresa de publicidad Circus Grey que fueron sancionadas cada una con 20 UIT por difundir un anuncio publicitario que promocionaba la venta de colchones e inducía a cometer actos de discriminación por motivos de raza hacia las personas afrodescendientes<sup>10</sup>. Aquí las acciones de prevención deben de estar enfocadas en conocer estos criterios dada la subjetividad que en algunos casos puede tener la interpretación del principio de adecuación social, lo cual puede determinar un alto riesgo en las acciones de publicidad.

Finalmente, otro caso resuelto por el Indecopi está relacionado con la conocida empresa vendedora de sándwiches La Lucha (Lucha Partners S. A. C.), la cual fue sancionada por cometer actos de competencia desleal, consistentes en haber difundido una publicidad cuyo mensaje daba a entender que una mujer debe informar a su esposo dónde se encuentra, afectando el principio de adecuación social (La Ley, 2022).

¿Qué demuestran todos estos casos? Lo mismo que en los casos de libre competencia: el desconocimiento y la confianza en que sus acciones son correctas o que no serán objeto de sanciones. De este modo, al igual que en el punto anterior, se observa una falta de prevención.

#### **4.3.3. La afectación al consumidor**

En materia de afectaciones a los derechos del consumidor, un ejemplo muy interesante es el llamado caso “del cine y la canchita”<sup>11</sup>. En este caso, el Indecopi resolvió una denuncia presentada por Aspec contra Cinemark y Cineplanet, y estableció que las referidas cadenas de cine no podían prohibir el ingreso de comida similar a la que vendían en dichos establecimientos, ya que ello vulneraba los derechos de los consumidores. Independientemente de estar de acuerdo o no con lo resuelto, lo cierto es que en ese caso contamos con una indicación clara de cómo la entidad encargada de resolver los casos de protección al consumidor interpreta los alcances de las afectaciones a los derechos de los consumidores.

Frente a ello, el rol del gerente legal implica evaluar la posibilidad de que situaciones similares puedan surgir en las actividades empresariales que asesora. En caso la respuesta sea positiva, es esencial abordar la identificación de riesgos e incorporar medidas proactivas en la gestión legal para anticipar posibles contingencias. En este proceso, se requerirá una estrecha coordinación con otras áreas de la empresa o entidad para revisar y ajustar, si es necesario, sus políticas de atención y servicio a los consumidores.

Otro caso interesante que resolvió el Indecopi, en materia de protección al consumidor es el de Avianca<sup>12</sup>, empresa de transporte aéreo que fue sancionada por haberse negado a endosar el pasaje de sus consumidores por tramo de un vuelo

10 La Resolución N.º 107-2019/CCD-INDECOPI emitida por Indecopi (2018a) puede ser consultada en el siguiente enlace: <https://bit.ly/2JA4HyN>

11 Resueltas por Indecopi mediante Resolución N.º 0466-2018/SPC-INDECOPI (2018b) y Resolución N.º 0467-2018/SPC-INDECOPI (2018c).

12 Indecopi (2018d) resolvió el caso mediante la Resolución N.º 0162-2018/SPC-INDECOPI.

*round trip* (ida y vuelta), así como por haber brindado información que inducía a error a los pasajeros sobre la posibilidad de realizar endosos. Acorde a lo mencionado, esta empresa incurrió en una afectación tanto al derecho de los pasajeros a endosar sus pasajes aéreos como al deber de información que la empresa está obligada a respetar.

De la casuística en protección al consumidor podemos señalar, a manera de ejemplo, algunos temas que ilustran situaciones donde la empresa debe ejercer mayor cautela y evaluar los riesgos y las acciones a adoptar:

- No brindar información relevante sobre servicios o productos.
- No brindar información sobre productos o servicios idóneos y la seguridad de los mismos.
- No atender dentro de los plazos legales los reclamos y quejas de los consumidores.
- Realizar actos de discriminación al consumidor.
- Utilizar mensajes o incentivar conductas que infrinjan el principio de adecuación social a través de la publicidad comercial.
- No tener procedimientos correctivos para la reparación o reposición del producto o ejecución del servicio.
- Establecer cláusulas abusivas en detrimento de consumidores.
- No respetar garantías explícitas e implícitas de los productos o servicios que ofrece.
- No corregir conductas infractoras pasadas.

#### **4.4. Lo que la casuística nos enseña para la gerencia integral**

En atención a los casos expuestos, podemos notar cómo los propios organismos encargados de asegurar el cumplimiento de las reglas de mercado, como el Indecopi en el Perú o la CNMC en España, procedieron a imponer sanciones administrativas (multas) contra diversas empresas debido a los incumplimientos a las normas en materia de libre competencia o competencia desleal. En otras palabras, adoptaron medidas represivas en respuesta a dichos incumplimientos.

Desde la perspectiva central que se desarrolla en este capítulo, la proactividad de la gerencia legal, basada en el conocimiento de los temas ordenadores del mercado y los riesgos de cada empresa, habría permitido prevenir los casos mencionados. Si la empresa hubiera implementado un programa de *compliance* (por ejemplo, para las áreas involucradas en los correos aquí expuestos) en temas de mercado y aplicado protocolos preventivos, la intervención del Indecopi no sería necesaria.

No obstante lo anterior, es cierto que la figura de la sanción o represión no resulta *per se* muy efectiva o suficiente para poder desarrollar una adecuada defensa de la competencia. Siendo ello así, y a nivel del Indecopi, existen otros mecanismos que, en lugar de aplicar una consecuencia *ex post* a conductas contrarias a la normativa de competencia y protección al consumidor, buscan que las empresas implementen de manera voluntaria programas de cumplimiento normativo sobre

dichas materias. En ese sentido, esta regulación es fundamental para consideración de la gerencia legal.

Así, por ejemplo, tenemos lo dispuesto en el Decreto Supremo N.º 185-2019-PCM, a través del cual se regulan los programas de cumplimiento en materia de protección al consumidor y publicidad comercial. Estos programas, como establece la referida normativa:

Tienen como objetivo detectar y gestionar los riesgos de incumplimiento de la normativa de parte de los proveedores, así como implementar medidas correctivas y preventivas que mejoren la gestión interna de los procesos de fabricación, elaboración, manipulación, acondicionamiento, mezcla, envasado, almacenamiento, preparación, expendio, suministro de productos o prestación de servicios de cualquier naturaleza para los consumidores (artículo 3.1.).

Otro ejemplo de lo anterior en el caso del Indecopi, en el ámbito de la libre competencia, lo encontramos en la denominada “Guía de Programa de Cumplimiento de las Normas de Libre Competencia” (Indecopi, 2020). A través de este documento se regulan los programas de cumplimiento, mecanismos que, según indican, poseen una doble finalidad: (i) “sirven como herramientas de autorregulación que tienen por ... [objeto] crear una cultura de cumplimiento de las normas de libre competencia a fin de evitar la comisión de infracciones en esa materia”; y (ii) constituyen medidas adicionales y alternativas a aquellas medidas reactivas (sanciones- multas) que se orientan más al castigo o la disuasión, pero que en la práctica resultan insuficientes para garantizar un adecuado cumplimiento de las normas de libre competencia (Indecopi, 2020, p. 9).

Por lo expuesto, se observa que los contenidos y postulados del *legal compliance* en el marco del derecho del mercado se encuentran presentes en este último. Es relevante estacar que el propio Indecopi estima necesario implementar e interiorizar los principales alcances de la gestión integral de riesgos al momento de ejercer su función. Su objetivo es promover que las organizaciones empresariales cumplan con la diversa normativa en materia de libre competencia, competencia desleal y protección al consumidor.

#### **4.5. La batalla contra las otras áreas de la organización**

Es importante de indicar que muchas veces resulta difícil que las otras áreas de la empresa acepten las acciones que el área legal les proponga implementar, debido a que sus metas se encuentran enfocadas en maximizar sus ingresos. Sin embargo, se debe ser persuasivo acerca de mostrar las consecuencias de no implementar el referido protocolo. En ese sentido, es recomendable plantear la siguiente pregunta, mejor si es ante el directorio de la empresa: ¿Cuáles serían las repercusiones para la empresa si esta fuese denunciada por un caso de libre competencia, competencia desleal o afectación derechos de los consumidores? La reputación, las sanciones patrimoniales, la utilización de tiempo y recursos para solucionar el problema, entre otros, son considerablemente mayores que la inversión en medidas preventivas.

Hoy en día, con las redes sociales, las noticias se expanden con gran rapidez, más aún si son noticias negativas que fácilmente se pueden convertir en los llamados *fake news*<sup>13</sup>. Al respecto, Alcalde (2018) que el daño que estas falsas noticias causan puede ser muy grandes y difíciles de revertir. El Perú no es ajeno a este tipo de situaciones, pues hemos tenido casos vinculados al derecho ordenador del mercado donde las empresas no contaban con una estrategia para afrontar una situación que los afectó. Un ejemplo de ello es el caso de Pura Vida de la empresa Gloria en el año 2017.

## 5. Conclusiones

- Los programas de cumplimiento que deben ser parte de la gerencia integral que se plantea, pues, como se plantea en el Decreto Supremo N.º 185-2019-PCM, tienen como objetivo detectar y gestionar los riesgos de incumplimiento de la normativa de parte de los proveedores, así como implementar medidas correctivas y preventivas que mejoren la gestión interna de los procesos de fabricación, elaboración, manipulación, acondicionamiento, mezcla, envasado, almacenamiento, preparación, expendio, suministro de productos o prestación de servicios de cualquier naturaleza para los consumidores. (artículo 3.1)

Es de esta manera que la gerencia legal adopta un enfoque proactivo, en tanto se adelanta a las posibles contingencias, buscando prever situaciones problemáticas en lugar de limitarse únicamente a resolverlas. Se trata, entonces, de prever incendios en lugar de simplemente apagarlos, ya que en muchas ocasiones resulta sumamente difícil extinguirlos sin sufrir consecuencias negativas.

- Para poder lograr lo que aquí planteamos es muy importante que el gerente legal conozca cómo funciona su organización, estudie los procesos, camine por la empresa, converse con todos los involucrados. Sin una comprensión cabal del negocio difícilmente se podrán identificar los riesgos, y sin riesgos bien definidos los programas de *compliance* y el rol proactivo e integral no serán eficientes.
- Así, las políticas y procedimientos orientados al cumplimiento de la normativa son lineamientos establecidos por las empresas, de naturaleza privada e implementados voluntariamente (autorregulación) (artículo 6.1. del Decreto Supremo N.º 185-2019-PCM). Asimismo, como se establece en el Decreto Supremo N.º 185-2019-PCM, estos lineamientos, puede[n] constar en manuales de buenas prácticas comerciales, manuales de organización y funciones, manuales de atención al cliente y, en general, en políticas internas del proveedor donde se evidencien estipulaciones destinadas a cumplir con la normativa. (artículo 6.3 del Decreto Supremo N.º 185-2019-PCM)

---

13 Para mayor detalle, ver el artículo "Las 'fake news' viajan más rápido que las verdaderas escrito por Alcalde (2018).

- Dichos manuales, como establece el Decreto Supremo N.º 185-2019-PCM podrán ser requeridos en cualquier momento por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del Indecopi, dentro del ámbito de sus funciones, para su posterior verificación y seguimiento; ello sin perjuicio, de los requerimientos que cualquier órgano resolutivo pueda realizar, dentro del marco de un procedimiento administrativo en materia de protección al consumidor o publicidad comercial” (artículo 6.4)<sup>14</sup>
- Las políticas y procedimientos, como lo establece el Decreto Supremo N.º 185-2019-PCM, se deciden en base a los riesgos que pretende controlar el proveedor y dependiendo de los principios y derechos aplicables; siendo que cada proveedor podrá identificar la tipología de riesgos aplicable al sector o actividad en la que opere, de tal manera, que le permita cumplir con toda la normativa de protección del consumidor. (artículo 6.2)
- La implementación de dichos programas, como señala el Decreto Supremo N.º 185-2019-PCM, incluyen mecanismos internos para disciplinar, corregir y prevenir eventuales incumplimientos a la normativa. Para tales fines, el proveedor podrá implementar un código de conducta, establecer un régimen de incentivos para los trabajadores que cumplan con la normativa, así como un régimen de faltas, medidas disciplinarias o sanciones a los trabajadores que incidan en incumplimientos a la normativa. (artículo 9)
- Es muy importante estar bien informado de las tendencias y caso resueltos por entidades a cargo de los temas de mercado vinculados al negocio de la organización, ya sea de forma directa o indirecta. Esta práctica no solo establece una pauta, sino que también posibilita la anticipación de riesgos, lo que contribuye a una gestión eficiente y proactiva.

---

14 Al respecto, ver el Decreto Supremo N.º 185-2019-PCM, que aprueba el Reglamento que promueve y regula la implementación voluntaria de programas de cumplimiento normativo en materia de protección al consumidor y publicidad comercial.



## REFERENCIAS

- Alcalde, J. (08 de marzo de 2018). Las “fake news” viajan más rápido que las verdaderas. *La Razón*. <https://www.larazon.es/tecnologia/las-fake-news-viajan-mas-rapido-que-las-verdaderas-AL17854224/>
- Arévalo, M. (13 de octubre de 2022). Importancia de la gestión de riesgos dentro de las empresas. *Pirani*. <https://www.piranirisk.com/es/blog/conozca-la-importancia-de-la-gestion-de-riesgos-dentro-de-las-empresas>
- CESCE (23 de noviembre de 2021). Los 5 cambios en los hábitos de consumo de la era post pandemia. *Blog Asesores de Pymes*. <https://www.cesce.es/es/w/asesores-de-pymes/habitos-consumo-postpandemia>
- Chávez Cangahuala, P. (2019). ¿Por qué es importante la gestión integral de riesgos? *Blog de la Escuela de Posgrado de la Universidad Continental*. <https://blogposgrado.ucontinental.edu.pe/por-que-es-importante-la-gestion-integral-de-riesgos>
- Chávez Huertas, D. (2019a). Compliance, Integridad, Derecho Administrativo y el COVID-19. Eslabonamiento del Compliance en el sistema conceptual regulatorio y su utilidad en el contexto de la pandemia. *Revista De Derecho Administrativo*, (18), 436-466. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/22872>
- Chávez Huertas, D. (2019b). *El Estado y las organizaciones empresariales peruanas en la Era del Compliance* [Archivo PDF]. [https://www.academia.edu/40611567/El\\_Estado\\_y\\_las\\_organizaciones\\_empresariales\\_peruanas\\_en\\_la\\_Era\\_del\\_Compliance](https://www.academia.edu/40611567/El_Estado_y_las_organizaciones_empresariales_peruanas_en_la_Era_del_Compliance)
- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). (11 de octubre de 2018). *La CNMC incoa expediente sancionador contra Acciona Construcción, Corsán-Corviam, Dragados, FCC Construcción, Ferrovial Agromán, OHL y Sacyr Construcción* [Nota de prensa] [cnmc.es/node/371804](https://cnmc.es/node/371804)
- Conexión Esan (15 de julio de 2016). La gestión integral de riesgos. *Esan*. <https://www.esan.edu.pe/conexion-esan/la-gestion-integral-de-riesgos>
- Denegri, M. (12 de setiembre de 2018). El nuevo rol del Gerente Legal. *Idealex.press*. <https://idealex.press/el-nuevo-rol-del-gerente-legal/#:~:text=En%20estos%20casos%2C%20el%20rol,legales%20inherentes%20en%20cualquier%20decisi%C3%B3n.>

- Deza Sandoval, T. (2013). *Principio de libre competencia y procesos de contratación* [Diapositiva PowerPoint]. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1561877/Principio%20de%20libre%20competencia%20y%20procesos%20de%20contrataci%C3%B3n.pdf>
- Diez Canseco, L. (1997). Función regulatoria, promoción de la competencia y legislación antimonopólica. *Themis, Revista de Derecho*, (36), 39-63. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11725>
- Estébanez, M. E. (2003). Impacto social de la ciencia y la tecnología: Estrategias para su análisis. En Red de Indicadores de Ciencia y Tecnología Interamericana e Iberoamericana (RICYT) (Ed.), *El Estado de la Ciencia. Principales Indicadores de Ciencias y Tecnología Iberoamericanos/Interamericanos 2002* (pp. 1-15). RICYT. [https://www.rieyt.org/wp-content/uploads/2019/09/Estado\\_2002\\_14.pdf](https://www.rieyt.org/wp-content/uploads/2019/09/Estado_2002_14.pdf)
- Frison-Roche, M. A. (2001). Le droit de la régulation. *Dalloz*, (7), 610-616. <https://www.mafr.fr/fr/article/42-le-droit-de-la-regulation/#>
- Garat, M. P. (2018). El compliance de las empresas: un instrumento para el cumplimiento normativo y una garantía para los derechos fundamentales. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 68 (271), 555-575. <https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2018.271.65375>
- García-Madurga, M. A., Grilló-Méndez, A. J., y Morte-Nadal, T. (2021). La adaptación de las empresas a la realidad COVID: una revisión sistemática. *Retos: Revista de Ciencias de la Administración y Economía*, 11(21), 55-70. <https://doi.org/10.17163/ret.n21.2021.04>
- Gestión (05 de febrero de 2019). Caso Leche: Indecopi confirma sanción a Gloria y Nestlé por engaño a consumidores. *Diario Gestión*. <https://gestion.pe/economia/caso-leche-indecopi-confirma-sancion-gloria-nestle-engaño-consumidores-257867-noticia/>
- Güell, O. (14 de noviembre de 2022). Competencia multa con 10,25 millones a la farmacéutica que multiplicó por 1.000 el precio de un medicamento esencial. *El País*. <https://elpais.com/sociedad/2022-11-14/competencia-multa-con-1025-millones-a-la-farmacéutica-que-multiplifico-por-1000-el-precio-de-un-medicamento-esencial.html>
- Guzmán Napurí, C. (2022). ¿Qué es la protección y defensa al consumidor? *Universidad Continental. Blog Escuela de Posgrado*. <https://blogposgrado.ucontinental.edu.pe/que-es-la-proteccion-y-defensa-al-consumidor>

- Heinmann, C. (20 de julio de 2020). El gerente-líder en tiempos de la COVID-19. *La Cámara. Revista Digital de la Cámara de Comercio de Lima*. <https://lacamara.pe/el-gerente-lider-en-tiempos-de-la-covid-19/>
- Herrera, A., Corona, L., Dagnino, R., Furtado, A., Gallopín, G., Gutman, P. y Vesuri, H. (1994). *Las nuevas tecnologías y el futuro de América Latina. Riesgo y oportunidad*. Editorial de la universidad de las Naciones Unidas y Siglo XXI editores.
- ICEX España Exportación e Inversiones (julio de 2020). *Cambios en las tendencias de consumo de los franceses*.
- ICEX España Exportación e Inversiones (enero de 2021). *Cambio en las tendencias en el consumo de vino en Reino Unido*.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (Indecopi) (2015). Informe Técnico N.º 067-2015/ST-CLC-INDECOPI de fecha 11 de noviembre de 2015.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (Indecopi) (2017). Resolución N.º 0738-2017/SDC-INDECOPI del Expediente N.º 008-2010/CLC; 27 de diciembre de 2017.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (Indecopi) (2018a). Sala Especializada en Defensa de la Competencia. Resolución N.º 107-2019/CCD-INDECOPI del Expediente N.º 154-2018/CCD; 2 de julio de 2019.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (Indecopi) (2018b). Sala Especializada en Protección al Consumidor. Resolución N.º 0466-2018/SPC-INDECOPI del Expediente N.º 147-2017/CC2; 5 de marzo de 2018.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (Indecopi) (2018c). Sala Especializada en Protección al Consumidor. Resolución N.º 0467-2018/SPC-INDECOPI del Expediente N.º 148-2017/CC2; 5 de marzo de 2018.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (Indecopi) (2018d). Sala Especializada en Protección al Consumidor. Resolución N.º 0162-2018/SPC-INDECOPI del Expediente N.º 0032-2017/CC3; 24 de enero de 2018.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (Indecopi) (2020). Guía de Programas de Cumplimiento de las normas de Libre Competencia. Secretaría Técnica de la Comisión

- de Defensa de Libre Competencia. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2131129/Gu%C3%ADa%20de%20Programas%20de%20Cumplimiento%20de%20las%20Normas%20de%20Libre%20Competencia.pdf?v=1629901602>
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (Indecopi) (2019). Sala Especializada en Protección al Consumidor. Resolución N.º 0752-2019/SPC-INDECOPI del Expediente N.º 0164-2017/CC3-SIA; 20 de marzo de 2019.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI). (2019). *Encuesta Nacional de Programas Presupuestales 2011 – 2018*. <http://proyecto.inei.gob.pe/enapres/wp-content/uploads/2019/07/libro.pdf>
- iProUP. (27 de diciembre de 2022). “Sólo queda una habitación disponible”: cómo son las prácticas engañosas que utiliza Booking para reservar alojamiento. <https://www.iproup.com/innovacion/36956-bajo-la-lupa-conoce-las-practicas-poco-eticas-de-booking>
- J&A Garrigues S.L.P. (2021). *¿Qué ha cambiado el COVID-19 para las empresas en materia legal?* <https://www.garrigues.com/doc/especial-estado-alarma-covid-19/>
- La Ley (16 de agosto de 2022). Indecopi: “La Lucha” es sancionada por difundir publicidad “machista” y “discriminatoria” hacia las mujeres. *La Ley*. <https://laley.pe/2022/08/16/indecopi-la-lucha-es-sancionada-por-difundir-publicidad-machista-y-discriminatoria-hacia-las-mujeres/>
- Luna, J. (2022). *¿Por qué contar con una adecuada gestión de riesgos?* KPMG.
- Medina, A. (2022). *Introducción a la Gestión de Riesgos*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Escuela de Posgrado Derecho y Empresa.
- Modaes (22 de mayo de 2013). *La crisis acelera los cambios en los hábitos de consumo en Alemania, Reino Unido e Italia*. <https://www.modaes.com/back-stage/la-crisis-acelera-los-cambios-en-los-habitos-de-consumo-en-alemania-reino-unido-e-italia#:~:text=Cambios%20en%20la%20distribuci%C3%B3n,una%20mejor%20selecci%C3%B3n%20y%20variedad>
- Pérez, S. (2021). Los 12 cambios de hábitos del consumidor peruano tras la pandemia. *Diario Gestión*. <https://gestion.pe/tendencias/los-12-cambios-de-habitos-del-consumidor-peruano-tras-la-pandemia-noticia/>
- Rojas, Ch. (prólogo de Esteve Prado, J.). (2019). *Riesgos y Derecho Administrativo. Desde el control a la regulación*. DER Ediciones.

- Rojas Arias, J. (2020). Epistemología del compliance como criterio de funcionamiento social y empresarial. *Pensamiento Jurídico*, (52), 181-200. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7697087>
- Sanclemente-Arciniegas, J. (2021a). El compliance: repercusiones en la concepción de la empresa. *Revista Escuela de Administración de Negocios (EAN)*, (90), 193-212. <https://doi.org/10.21158/01208160.n90.2021.2975>
- Sanclemente-Arciniegas, J. (2021b). Compliance y derecho de la competencia. *Justicia*, 26(39), 255-272. <https://doi.org/10.17081/just.26.39.3920>
- Seddon, P. B., Lewis, G. P., Freeman, P., y Shanks, G. (2004). The case for viewing business models as abstractions of strategy. *Communications of the association for Information Systems*, 13(25), 427-442. <https://doi.org/10.17705/1CAIS.01325>
- Starkey, F.O. (2021). *El impacto de COVID-19 en el consumidor británico. El rol de la innovación en la industria de alimentación* [Trabajo de Fin de Grado para obtener el grado en Administración y Dirección de Empresas con Mención en Internacional, Universidad Pontificia Comillas. Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales]. Repositorio Comillas - Universidad Pontificia Comillas.
- Tejeira Rodríguez, M. (2015). Legal Compliance: Conceptualización en el marco de la regulación corporativa. En M. J. Morillas Jaramillo, P. Perales Viscasillas y L. J. Porfirio Carpio (Eds.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz* (pp. 935-948). Universidad Carlos III de Madrid.

### **Anexo de legislación**

- Constitución Política del Perú [Const.]. Artículo 61. 29 de diciembre de 1993 (Perú).
- Decreto Legislativo N.º 1034 [Poder Ejecutivo]. Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. 25 de junio de 2008.
- Decreto Legislativo N.º 1044 [Poder Ejecutivo]. Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal. 26 de junio de 2008.
- Decreto Supremo N.º 185-2019-PCM [Poder Ejecutivo]. Decreto Supremo que aprueba el Reglamento que promueve y regula la implementación voluntaria de programas de cumplimiento normativo en materia de protección al consumidor y publicidad comercial. 30 de noviembre de 2019.



# CUMPLIMIENTO NORMATIVO Y PREVENCIÓN DE RIESGOS PENALES: DESCENTRALIZACIÓN DEL CONTROL DE RIESGOS A PARTIR DE LA LEY N.º 30424

*Armando Sánchez-Málaga<sup>1</sup>*

## **Resumen**

En el presente capítulo se presentan las bases de un modelo de prevención de delitos en la empresa. Se analiza el sistema de incentivos creado a partir de la entrada en vigencia de la Ley N.º 30424 y se presenta el contenido mínimo de este tipo de modelos que implica la implementación estructurada y dinámica de una cultura de cumplimiento, de procesos de análisis de los riesgos y de procedimientos de prevención. Por otro lado, se presta atención al rol de la asesoría legal en la identificación y prevención de riesgos al interior de estructuras empresariales.

**Palabras clave:** Empresa, riesgo, corrupción, cumplimiento normativo, incentivos, incumbencias, modelo de prevención.

## **Abstract**

This chapter presents the bases of a criminal compliance program in a company. The article analyzes the incentives system created by Law 30424 and develops the minimum content of a program to prevent crimes, which implies a structured and dynamic implementation of compliance culture with top-level commitment, risk assessment and risk prevention procedures. Likewise, the author focuses on the role of legal advice in the identification and prevention of risks within business structures.

**Keywords:** Company, risk, corruption, compliance, incentives, incumbency, compliance program.

## **1. Introducción**

La publicación de la Ley N.º 30424, “Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas”, marcó un antes y un después en la perspectiva que adoptan las empresas peruanas con relación a la prevención del riesgo

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Barcelona. Profesor ordinario del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú a cargo de los cursos de Compliance y Derecho Penal Económico en el Área Derecho y Empresa de la Escuela de Posgrado. *ICA Certificate in Compliance* por la International Compliance Association de Londres. Socio en Yon Ruesta, Sánchez Málaga & Bassino Abogados. Correo electrónico: asanchezmalagac@pucc.edu.pe

de comisión de delitos en su actividad. La norma establece la posibilidad de procesar y sancionar de manera autónoma a las personas jurídicas por delitos de corrupción (colusión, cohecho activo genérico, cohecho activo transnacional, cohecho activo específico y tráfico de influencias), lavado de activos y financiamiento del terrorismo que fueran cometidos en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio directo o indirecto por sus socios, directores, administradores de hecho o derecho, representantes legales o apoderados<sup>2</sup>. También incluye los casos de otros trabajadores de menor jerarquía en la organización que cometan delitos bajo las órdenes o autorización de las personas mencionadas en la oración anterior o debido al incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control de estas últimas.

A través de la mencionada ley, publicada el 21 de abril de 2016, cuyo reglamento fuera aprobado mediante el Decreto Supremo N.º 002-2019-JUS de fecha 9 de enero de 2019, se establece la importancia que tiene adoptar e implementar al interior de la organización un modelo de prevención de delitos que sea adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características, y que cuente con medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir o reducir significativamente el riesgo de comisión de los delitos que podrían ser objeto de responsabilidad administrativa de la persona jurídica. Bajo una óptica de prevención general negativa, el artículo 12 de la Ley N.º 30424 establece que después de la comisión del delito y antes del inicio del juicio oral, se debe llevar a cabo la adopción e implementación del modelo de prevención de delitos, así como la acreditación parcial de sus elementos mínimos. Estos elementos constituyen circunstancias atenuantes de la responsabilidad administrativa de la persona jurídica. Desde el mismo enfoque, el artículo 17 exime de responsabilidad al ente correspondiente cuando el modelo es adoptado de forma adecuada antes de la comisión del delito. Es decir que, como ha ocurrido previamente en casos como el español y el chileno (Artaza Varela, 2014, pp. 231-236), se supera los primigenios modelos de códigos éticos o de buen gobierno corporativo y se construye un sistema legal más amplio y ambicioso que tiene como objetivo promover en las empresas, a través de la amenaza de sanción corporativa (responsabilidad penal o administrativa derivada de delito de las personas jurídicas), la creación de estructuras particulares destinadas a la identificación, evaluación y prevención de riesgos penales y de otra naturaleza, incluidos los incumplimientos de estándares de *soft law*.

---

2 Luego de haber culminado la redacción de este trabajo, fue publicada la Ley N.º 31740, Ley que modifica la Ley N.º 30424. Entre las modificaciones principales se encuentran la posibilidad de hacer responsables a las personas jurídicas por delitos tributarios y delitos aduaneros; la aplicación de la ley a personas jurídicas extranjeras que desarrollen actividades en el territorio nacional; la inaplicación de la eximente de responsabilidad por adoptar e implementar un modelo de prevención de delitos cuando el delito es cometido por los socios, directores, administradores de hecho o derecho, representantes legales o apoderados, con capacidad de control de la persona jurídica; y la valoración del informe técnico de la Superintendencia del Mercado de Valores como pericia institucional no vinculante.

A mi criterio, el marco normativo peruano tiene como fuente directa el Decreto Legislativo italiano 231/2001<sup>3</sup>, el cual establece en un supuesto similar al regulado por la norma nacional que la persona jurídica no será responsable si el órgano de dirección ha adoptado y aplicado efectivamente, antes de la comisión del delito, modelos organizativos y de gestión adecuados para prevenir delitos del tipo del cometido; la tarea de supervisión del funcionamiento de los modelos y su actualización ha sido encomendada a un órgano con facultades independientes de iniciativa y control; las personas físicas cometieron el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y gestión, y no se verifica una omisión o supervisión insuficiente por parte del órgano de supervisión.

El trasfondo del sistema normativo peruano de cumplimiento normativo es crear incentivos para que las empresas adopten modelos de prevención de delitos y así contribuyan con el Estado en la tarea de prevenir riesgos de corrupción, lavado de activos y financiamiento del terrorismo<sup>4</sup>. Desde la perspectiva estatal, se produce lo que Silva Sánchez y Ortiz de Urbina (2020) denominan el fenómeno de “descentralización del control de riesgos”, que se manifiesta tanto en la producción normativa como en la persecución de ilícitos y que implica “la configuración de una red de agentes privados que actúan como colaboradores de las Administraciones [sic.] públicas” (p. 37). En ese sentido,

el fenómeno de máxima extensión de la red descentralizada de policía, al tiempo que de máxima densidad de esta, viene dado por la conversión de toda persona jurídica en un gestor de prevención de los delitos que se puedan cometer en su seno. (*ibid.*, p. 37)

Más allá de la fuerza vinculante que pudiera atribuirse al nuevo modelo, lo cierto es que ya son manifiestos los cambios que ha producido en la dinámica empresarial, cambios que serían de mayor intensidad a los que se produjeron cuando la regulación del mercado de valores introdujo normas imperativas de buen gobierno corporativo o cuando la regulación del sistema financiero introdujo deberes específicos para los sujetos obligados a prevenir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. En esa línea, recogiendo la experiencia del modelo español, Gómez-Jara (2018) sostiene que, con la implementación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en dicho país,

se ha evidenciado una mejora sustancial en la cultura de *compliance* por parte de las personas jurídicas relevantes del país. Asimismo, han proliferado los cursos de formación en materia de *compliance* y, en general, se percibe una concienciación respecto de la importancia de esta materia que resultaba desconocida hasta la entrada en vigor de la normativa penal. (p. 29)

3 Consultar en: <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/04/09/responsabilita-amministrativa-delle-societa-e-degli-enti-dlgs-231#3030>

4 Existe actualmente en debate el Proyecto de Ley N.º 676/2021-PE que propone incorporar a la ley más delitos, entre los que se encuentran los delitos tributarios y los delitos aduaneros.

Se trata de un fenómeno muy parecido al que asisten hoy diversas empresas peruanas, algunos entes del Estado como la Superintendencia del Mercado de Valores y la universidad.

En este capítulo, luego de un breve análisis acerca de las razones por las que las empresas peruanas habrían comenzado a adoptar modelos de prevención de delitos (punto 2), desarrollaré algunas características principales del modelo peruano de cumplimiento normativo (punto 3) y el rol que podrían desempeñar los asesores legales en materia de identificación y prevención de riesgos de delitos según los niveles de cumplimiento normativo de las empresas (punto 4).

## 2. ¿Por qué las empresas adoptan modelos de prevención de delitos?

El Estado tiene como rol proteger la libertad de las personas (físicas y jurídicas), así como evitar, en la medida de lo posible, la comisión de delitos y, en suma, promover una convivencia pacífica entre sus ciudadanos. El derecho penal es una herramienta más para conseguir dichos objetivos y la normativa sobre cumplimiento normativo es hoy la pieza clave de ese modelo.

Hace varios siglos, Hobbes (2006, p. 140) planteaba que los seres humanos viven en el estado de naturaleza, que es un estado de guerra latente permanente, donde cada uno se guía por sus apetitos y aversiones, y por un afán incontrolado de poder, hasta que surja un poder que pueda limitar las causas de la discordia. La manera de que los seres humanos salgan del Estado de guerra era, para el filósofo, “conferir todo su poder y fortaleza a un hombre o a una asamblea de hombres, todos los cuales, por pluralidad de votos, puedan reducir sus voluntades a una voluntad” (*ibid.*, p. 102). A partir de ello, la misión del soberano consistiría en “el fin para el cual fue investido con el soberano poder, que no es otro sino el de procurar la seguridad del pueblo” (*ibid.*, p. 275).

Recientemente, Pawlik (2016) ha sostenido con acierto que “la principal tarea del Derecho y, sobre todo, del Derecho penal consiste en asegurar la aspiración de que todos puedan conducir su vida según su propia visión de las cosas” (p. 36). A partir de ello, el Estado les permite a los individuos “una configuración de su propia existencia que esté libre de un temor paralizante y de una heterodeterminación abrumadora” (*ibid.*, p. 36). En este punto se plantea el rol sustancial del Estado en la prevención y, de no ser posible esta, en la sanción de los delitos que cometan sus ciudadanos, incluidos aquellos que involucran la actividad de las empresas. Lo que sí resulta difícil de asumir es que exista un deber de cooperación de los ciudadanos para el mantenimiento de un Estado de derecho de libertades, como Pawlik propone como siguiente paso con la frase: “A quien quiere hacer uso de las libertades del orden del Estado de Derecho se le exige que también contribuya con lo suyo a la preservación y defensa de estas libertades” (*ibid.*, p. 43).

Más allá de proponer que los ciudadanos somos responsables de las tareas concretas de nuestros roles sociales, resulta complejo —a mi criterio— conciliar una propuesta que imponga a los particulares deberes generales de prevención de delitos con el núcleo de nuestra Constitución Política que se centra en la

protección de la autodeterminación y de las libertades individuales de los ciudadanos, incluidas las empresas (artículo 1). En ese sentido, la exposición de motivos del Reglamento de la Ley N.º 30424, citando el documento de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC por sus siglas en inglés) (2013) titulado “Programa anticorrupción de ética y cumplimiento para las empresas: Guía práctica”, sostiene que

el Estado debe trabajar de la mano con el sector privado, en tanto las personas jurídicas tienen la responsabilidad de actuar como buenos ciudadanos corporativos, teniendo en cuenta que hoy en día la actividad empresarial está intrínsecamente relacionada a la globalización, y en ese marco, en su interrelación con el Estado y sus funcionarios. (Congreso del Perú, 2019)

Es decir, que, si bien la normativa peruana atribuye a las personas jurídicas una responsabilidad de realizar buenas prácticas corporativas, en ningún caso se podría elevar ello a la categoría de deber de evitación de delitos. Es más, cuando se ha querido establecer algún deber de naturaleza específica, la ley lo ha hecho de forma expresa. Este es el caso de los deberes de prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo que la normativa de la Unidad de Inteligencia Financiera impone a los sujetos obligados.

¿Cuál es, entonces, el rol de los agentes económicos privados y especialmente de la empresa frente a la prevención de delitos que podrían cometerse en el marco de su actividad? Más allá del interés que pudiera tener en no asumir los costos (económicos, legales, reputacionales) de ser involucrada en un proceso penal, ¿puede afirmarse que la empresa tiene el deber de establecer mecanismos para evitar que las personas físicas que laboran para ella y que forman parte de su estructura corporativa cometan delitos?

Si bien puede afirmarse que en algunos casos las empresas ostentan deberes de aseguramiento consistentes en promover buenas prácticas corporativas que tienen como efecto reducir el riesgo de comisión de delitos en su actividad, es muy distinto concluir que el incumplimiento de dichos deberes podría tener algún efecto de naturaleza penal. En nuestro sistema normativo no existe un sistema general de deberes de prevención de delitos imputables a las personas jurídicas (tampoco a las personas físicas, salvo que desempeñen cargos públicos específicos, por ejemplo, en el Ministerio Público, o asuman el rol de oficial de cumplimiento de un sujeto obligado a reportar operaciones sospechosas de lavado de activos). Tampoco creo que sería admisible una regulación de tal naturaleza en un modelo de democracia constitucional, en el que se privilegia la autodeterminación de los ciudadanos y se limita el poder punitivo del Estado. Comparto, así, la premisa que plantea Robles Planas (2009), quien parte del principio de culpabilidad propio de un modelo democrático, según el cual no puede exigirse a la empresa que tenga un comportamiento colaborador con el Estado en la prevención y detección del delito. Sin embargo, “dado que es deseable que la empresa se organice de acuerdo con las exigencias —*mutatis mutandi*— de un “ciudadano fiel al Derecho”, puede, en caso contrario, no jugar a su favor la exención o disminución

de la responsabilidad previamente fundamentada” (Robles Planas, 2009, p. 11). Que es justamente la exención o disminución de sanción que establece la Ley N.º 30424 para las personas jurídicas que cuentan —*ex ante* o *ex post*— con modelos de prevención de delitos.

Lo que sí se establece en la normativa peruana sobre cumplimiento normativo es una fórmula de autorregulación coaccionada, en la que “el Estado a través de sanciones positivas o negativas incentiva la autorregulación” (Nieto Martín, 2015, p. 36). Así, se valora la existencia de un interés por parte de las empresas de adoptar modelos de prevención de delitos a efectos de evitar colocarse en un riesgo de condena de acuerdo con lo establecido en la Ley N.º 30424, pero no se les sanciona, al menos directamente, por no implementar dichos modelos.

Algunos autores sostienen que lo que tienen las empresas son incumbencias (en alemán, *obliegenheiten*), entendidas como el interés de la persona jurídica en disponer de una defensa para evitar *ex ante* una eventual atribución de responsabilidad. Según Montiel (2014, p. 9), el incumplimiento de las incumbencias no da lugar a una sanción específica, sea penal o de otra naturaleza, sino a la caducidad de una posibilidad de defensa. Por su parte, Sánchez-Ostiz (2017) describe a la incumbencia como “una suerte de obligación de menor entidad, débil, o funcional, en cuanto encaminada a determinar y precisar otra obligación, que sería de carácter ‘fuerte’, en cuanto claramente expresada” y añade que, en este caso, el destinatario de la norma goza de un amplio margen de libertad de acción, por lo que se espera que sea él quien detalle la norma de conducta (p. 1213).

En suma, cuando existe una incumbencia, como lo es la de incorporar modelos de prevención de delitos en las empresas, no se trataría “del anuncio de una pena por su infracción, sino de la consecuencia de que la imputación no va a verse impedida” (*ibid.*, p. 1215). Lo que hace la norma no es establecer un deber de cumplimiento categórico (Coca Vila, 2013), sino limitar las posibilidades de defensa de la empresa a efectos de excluir su responsabilidad administrativa (o penal) por el hecho delictivo cometido por su directivo, representante o trabajador (Sánchez-Málaga, 2018).

En suma, Robles Planas (2009) concluye que

pese a que no pueda imponerse directamente un deber a la empresa de organizarse conforme a un determinado modelo cuya finalidad sea la prevención y detección de delitos, sancionando el incumplimiento del mismo, sí puede exigirse indirectamente, esto es, no otorgándole el beneficio de la exoneración o atenuación de responsabilidad cuando no cumpla con las condiciones de una organización interna orientada a la prevención y detección del delito. (p. 10)

En esta línea, pueden plantearse hasta tres clases de respuestas a la pregunta de por qué las empresas peruanas vienen adoptando modelos de prevención de delitos. En primer lugar, cabe plantear que la implementación y puesta en marcha de un modelo de prevención responde a la entrada en vigencia de la Ley N.º 30424, su Reglamento y los Lineamientos de la Superintendencia del Mercado

de Valores en esta materia. Sería la confirmación de que el elemento de coacción de la norma ha surtido efecto y los particulares han “decidido” autorregularse por temor a no contar con las defensas que la ley prevé. Posiblemente sea esta la razón más fuerte que ha llevado a que las empresas implementen modelos de prevención de delitos, capaciten a su personal y busquen certificar determinados procesos (a través de normas como la ISO 37001, que regula el protocolo de gestión antisoborno), aun cuando el artículo 49 del Reglamento de la Ley N.º 30424 otorga expresamente un valor meramente referencial a la certificación.

En segundo lugar, algunos aluden a la existencia de motivos éticos que guiarían a las empresas a adoptar estrategias de prevención del incumplimiento normativo. Sería una exigencia moral la que guía la conducta de la alta dirección de la empresa. En este punto, cabe hacer referencia al ideal kantiano según el cual todo ser racional

existe como fin en sí mismo y no sólo como medio para cualesquiera usos de esta o aquella voluntad, y debe ser considerado siempre al mismo tiempo como fin en sus acciones, no sólo las dirigidas a sí mismo sino las dirigidas también a los demás seres racionales. (Kant, 2004, p. 102)

Sin embargo, los motivos morales no deberían ser tomados en cuenta por el Estado, ya que su existencia es independiente de cualquier decisión o accionar de lo público (Sánchez-Málaga, 2022, p. 53). A ello se suma el hecho de la posibilidad de que el sentido de una empresa es generar riqueza en el marco de la legalidad y esto podría concretarse a través de medios que, siendo legales, podrían colisionar con criterios morales de un grupo.

En otras palabras, para el derecho (y para la Ley N.º 30424) no es necesariamente relevante si el agente económico actúa bajo un imperativo categórico, según el cual representa sus acciones por sí mismas como objetivamente necesarias sin referencia a ningún otro fin, o si lo hace bajo un imperativo hipotético en el que se representa la necesidad práctica de una acción posible como medio de conseguir otra cosa que se quiere (o que es posible que se quiera) (Kant, 2004, p. 83). Justamente podría ser la lógica del imperativo hipotético la que guíe mejor un sistema de incentivos económicos y que consiga como resultado la adopción más eficiente de modelos de prevención de delitos.

En esa línea, los motivos económicos sean quizás los más importantes y los más consistentes con un sistema de incentivos para la incorporación de modelos de prevención de delitos en las empresas. Sin embargo, parecen merecer una importancia secundaria en nuestro sistema normativo. Más allá de que un amplio sector considere superada la teoría del análisis económico para explicar la decisión de delinquir de los agentes económicos, las propias concepciones que se basan en la economía del comportamiento y verifican la existencia de sesgos cognitivos en la dinámica corporativa (Silva Sánchez y Ortiz de Urbina, 2020, p. 32) no niegan que la actividad empresarial tiene como un importante motor la generación de utilidad. En ese sentido, resultaría apropiado que, desde el Estado, se creen más incentivos que animen a las empresas a adoptar modelos de prevención, por

ejemplo, a través de beneficios tributarios, ventajas en la realización de trámites ante entidades del Estado, subsidios, entre otros. Un interesante ejemplo se encuentra, para variar, en la actividad privada de empresas extranjeras que exigen a sus pares peruanas, que cuenten con modelos de gestión antisoborno para contratar. En algunos casos se trata de exigencias provenientes de la legislación de los países de los que dichas empresas son originarias, y en otros casos son los propios compromisos de *compliance* de estas empresas los que llevan a elevar los estándares de exigencia en esta materia.

### **3. Características principales del modelo peruano de cumplimiento normativo**

El artículo 17.2 de la Ley N.º 30424 establece cuáles son los elementos mínimos de un modelo de prevención de delitos de una empresa peruana. Para la ley, un modelo adecuado deberá contar con un encargado de prevención autónomo designado por el máximo órgano de administración de la persona jurídica; un perfil de riesgos que conlleve procesos de identificación, evaluación y mitigación de riesgos para prevenir la comisión de delitos a través de la persona jurídica; la implementación de procedimientos de denuncia; la difusión y capacitación periódica del modelo de prevención, y la evaluación y monitoreo continuo del modelo de prevención.

Coincidimos en algunos puntos con Gómez-Jara (2018), ya que llama la atención a primera vista que no se considere la implementación de sistemas de investigaciones internas, así como la elaboración de protocolos de actuación frente a situaciones específicas de riesgo. Otras omisiones relevantes en la norma peruana son la ausencia de mayor detalle en relación con las sanciones disciplinarias para el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el modelo de prevención, así como la omisión de la necesidad de dotar de recursos para la elaboración, implementación y funcionamiento del modelo de prevención (*ibid.*, pp. 37-38).

En relación con el poco desarrollo de protocolos de prevención específicos, cabe indicar que dicho problema pretende ser parcialmente subsanado por el Reglamento de la Ley N.º 30424, el cual establece en su artículo 33 que las personas jurídicas pueden (no deben) complementar el modelo de prevención con elementos como políticas para áreas específicas de riesgos; registro de actividades y controles internos; la integración del modelo de prevención en los procesos comerciales de la persona jurídica; la designación de una persona u órgano auditor interno; la implementación de procedimientos que garanticen la interrupción o remediación rápida y oportuna de riesgos; y la mejora continua del modelo de prevención. De estos últimos, cabe destacar la introducción de políticas para áreas específicas de riesgos, que, según la propia norma, implica el establecimiento de controles específicos e idóneos de prevención, detección y mitigación de riesgos enfocados en ámbitos especialmente sensibles que puedan estar vinculados a la actividad u objeto social de la empresa, tales como pagos de facilitación; regalos, auspicios, hospitalidad, viajes y entretenimiento, y contribuciones a campañas políticas.

La ley peruana confiere a la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV) la competencia de verificar que los modelos de prevención de delitos que adopten las personas jurídicas sean adecuados a la naturaleza, riesgos, necesidades y características de las mismas, así como que cuenten con medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir o reducir significativamente el riesgo de comisión de los delitos que podrían ser objeto de responsabilidad administrativa de la persona jurídica. En esa línea, el 31 de marzo de 2021 fue publicada la Resolución SMV N.º 006-2021-SMV/01 que aprueba los “Lineamientos para la Implementación y Funcionamiento del Modelo de Prevención” (en adelante, los Lineamientos de la SMV), los cuales “buscan constituirse en un referente para aquellas personas jurídicas que opten por implementar un modelo de prevención y que busquen conocer el marco legal vigente sobre la responsabilidad administrativa de estas en el Perú” (Ministerio de Economía y Finanzas [MEF], 2021, p. 4).

Los Lineamientos de la SMV reconocen la existencia de tres elementos fundamentales del cumplimiento normativo en las empresas: (i) cultura de cumplimiento, (ii) perfil de riesgo y (iii) modelo de prevención. Si bien la SMV se centra en desarrollar el contenido mínimo del modelo de prevención —que es la herramienta operativa del cumplimiento normativo en la empresa—, es clara al establecer que cualquier acción orientada a la implementación y funcionamiento de dicho modelo ha de estar precedida por la consolidación de una cultura de cumplimiento en la empresa. Esto no es otra cosa que el compromiso y liderazgo de la alta dirección de la persona jurídica con una cultura de integridad y prevención en todos los niveles de la organización.

En relación con el perfil de riesgo, la SMV lo trata como un elemento mínimo del modelo de prevención, ya que así lo establece la Ley N.º 30424; sin embargo, se precisa con acierto que la persona jurídica, sobre la base de la identificación, evaluación y análisis de los riesgos de comisión de delitos que sean inherentes a sus actividades u operaciones, asume e implementa controles y medidas de prevención, detección o corrección. Es decir, el perfil de riesgo no solo es un elemento mínimo del modelo de prevención, sino que es también un presupuesto para su implementación. En ese sentido, es consistente con la exigencia doctrinal que dicta que “no es posible considerar un programa de cumplimiento eficaz sin haber realizado un análisis de riesgo previo” (Nieto Martín, 2015, p. 153).

Para la elaboración del perfil de riesgos, resulta imprescindible seguir una secuencia que atienda a las variables de identificación, evaluación, tratamiento y revisión de los riesgos específicos que los procesos y subprocesos de una persona jurídica pueden conllevar. En esa línea, Nieto Martín (2015) sostiene que el procedimiento de análisis de riesgos se inicia con la fijación del objeto, lo que implica determinar el sector de la empresa o actividad en la que se analizarán los riesgos penales; a lo que sigue la identificación de las posibles infracciones que puedan afectar al sector de la empresa o actividad sobre la que se realizará el análisis de riesgos; la determinación de la probabilidad de que aparezca un determinado delito o infracción; la evaluación que implica clasificar los riesgos atendiendo a su importancia; el tratamiento del riesgo que conlleva concretar los criterios que

debe adoptarse para su reducción, y la revisión que debe realizarse de manera constante (*ibid.*, pp. 154-158).

En relación con los elementos mínimos del modelo de prevención en sí mismo exigidos por la normativa peruana, cabe hacer algunas anotaciones:

- La norma peruana exige el nombramiento por parte de la alta dirección de un encargado de prevención que se encargue de velar por la aplicación, ejecución, cumplimiento y mejora continua del modelo de prevención, así como asegurar el cumplimiento de las políticas y objetivos del modelo de prevención (Decreto Supremo N.º 002-2019-JUS, artículo 35). Entre los requisitos que debe cumplir el encargado de prevención se incluyen la autonomía, autoridad e independencia, además es necesario que posea la calificación técnica suficiente y esté libre de conflictos de intereses. En cuanto a los conocimientos, es esencial que conozca el derecho, pero también la dinámica del negocio (Juanes Peces, 2017, p. 24). Si bien la normativa permite que, en el caso de sujetos obligados, el cargo sea asumido por el oficial de cumplimiento designado ante la UIF (Ley N.º 27693, artículo 10), lo ideal es que la labor del encargado de cumplimiento sea asumida a dedicación exclusiva.
- Ahora bien, considero que más apropiado hubiera sido hacer referencia a un concepto más amplio de órgano de cumplimiento como instancia de la persona jurídica encargada de coordinar y asistir a la alta dirección en la elaboración y puesta en funcionamiento del modelo de prevención. Más allá de las personas físicas que pudieran estar a cargo de la conducción de esta tarea, resulta fundamental que, en la empresa, se creen estructuras de cumplimiento normativo que trasciendan al desempeño individual de los directivos y trabajadores.
- Otro asunto de fundamental importancia es planteado por Lascuráin (2014), quien se pregunta si el encargado de cumplimiento puede ser sancionado penalmente por no evitar los delitos que cometan los trabajadores, administradores o representantes de la persona jurídica. Al respecto, partiendo de la idea de que el oficial de cumplimiento es un órgano asesor y es la alta dirección de la empresa la principal responsable por el cumplimiento normativo, sostiene que el oficial de cumplimiento podría ser responsable como autor cuando se le haya delegado un deber de garantía específico que vaya más allá de sus funciones generales (por ejemplo, un deber de supervisión) o como partícipe por omisión cuando incumpla un deber específico de actuación cuyo cumplimiento hubiera impedido o dificultado la comisión del delito (*ibid.* p. 333).
- Otra exigencia del modelo de prevención de delitos es que cuente con un procedimiento de denuncias implementado y en funcionamiento. Se trata de un canal de denuncias interno que habilite la posibilidad de que cualquier persona, sea parte de la persona jurídica o no, reporte cualquier intento, sospecha o comisión de un delito o de cualquier otro acto que determine el incumplimiento o debilidad del modelo de prevención

(Decreto Supremo 002-2019/JUS, artículo 39). Un punto esencial para los Lineamientos de la SMV es que la persona jurídica implemente un esquema de incentivos para motivar el compromiso y la participación del personal y de terceros que se relacionen con la persona jurídica en la presentación de denuncias. Entre estos incentivos, se distinguen los económicos (ascensos de personal, bonificaciones, capacitaciones pagadas, días de descanso, vales de consumo) de los disuasivos (publicación interna de las sanciones impuestas, tolerancia cero frente a la comisión de ilícitos, imposición de sanciones por denuncias maliciosas) (MEF, 2021, p. 39). Al respecto, surge la discusión de si un canal de denuncias confidencial es suficiente para materializar los incentivos o si es necesario recurrir al anonimato del denunciante, con el riesgo que ello trae de que se utilice el canal de denuncias interno como un medio de represalias.

- Entre las ventajas de implementar un canal de denuncias interno, el profesor Ragués i Vallès (2014, p. 479) sostiene que permite ofrecer a las compañías la posibilidad de comprobar previamente la veracidad de la denuncia evitando el riesgo reputacional de que se presenten denuncias infundadas ante la autoridad, así como ofrece a la persona jurídica la posibilidad de acceder a beneficios procesales vinculados a la confesión sincera, colaboración eficaz, entre otros. Si bien es cierto que podría cuestionarse el hecho de que, a través del canal de denuncias interno, se podría estar privatizando la investigación de un asunto de interés público, también lo es que no existe un deber general de denunciar hechos ilícitos, más aún si pudiera tratarse de hechos en agravio de la propia compañía.
- Una clara omisión de la Ley N.º 30424 se refiere a los sistemas de investigaciones internas, hecho que pretende ser subsanado en los Lineamientos de la SMV. En este último documento se sostiene que las denuncias que se reciban a través del canal de denuncias interno deberán ser investigadas por la propia persona jurídica o por un tercero especialista. Quizás esta última alternativa sea mejor para garantizar la imparcialidad en las investigaciones y la reducción del riesgo de conflicto de interés. Debe recordarse que la decisión final sobre la sanción ha de corresponder a la alta dirección de la empresa o al ente que esta designe. En cualquier caso, el límite para la imposición de sanciones será la legislación laboral. Al respecto, Gómez Martín (2014) sostiene que tanto los canales de denuncias como los sistemas de investigaciones internas, al tratarse de mecanismos habituales de los modelos de prevención, deben mostrarse “escrupulosamente respetuosos con los derechos de los trabajadores” (p. 454).
- Otra exigencia es que el modelo de prevención de delitos cuente con difusión y capacitación periódica. Al respecto, el Reglamento de la Ley N.º 30424 precisa que la difusión del modelo de prevención debe ser tanto interna como externa y debe contener, como mínimo, aspectos relacionados con la política de cumplimiento y prevención de delitos, los procedimientos implementados, el modelo de prevención y el deber de

cumplimiento; los riesgos de incurrir en delitos; las circunstancias en las que pueden presentarse dichos riesgos; las formas de reconocimiento de las situaciones de riesgo; la identificación de los canales de denuncia; las formas de colaboración para la prevención de riesgos; las consecuencias legales de incumplir el modelo de prevención, y la información sobre los recursos de capacitación disponibles (Decreto Supremo N.º 002-2019/JUS, artículo 41).

- Si bien la capacitación resulta importante, es necesario llamar la atención sobre el hecho de que el sistema normativo peruano contenga un exiguo desarrollo del contenido de las políticas de prevención de riesgos en áreas específicas de la actividad de las empresas. En relación con esto último, resulta vital destacar la importancia que tienen los protocolos de actuación como directrices específicas de conducta (Juanes Peces, 2017, p. 36) que permiten hacer accesible el modelo de prevención de delitos y las normas internas de la persona jurídica a todos los intervinientes. Una capacitación acerca de lo que dice la ley y cuáles son los riesgos legales de determinada actuación resulta importante, pero es posible que su contenido sea fácilmente olvidado por los trabajadores de la empresa. La entrega de materiales de difusión, que contengan cartillas informativas sobre el funcionamiento del modelo de prevención de delitos y especialmente sobre cómo actuar en situaciones específicas de riesgo (por ejemplo, qué debe hacer un vendedor de la empresa cuando un funcionario público le solicita un soborno), puede resultar mucho más eficiente como mecanismo de cooperación con el buen funcionamiento del modelo de prevención.
- Se exige también que el modelo de prevención contenga procedimientos de evaluación y monitoreo continuo. Al respecto, es importante mencionar que la prevención de riesgos en las personas jurídicas no es una actividad que se limite a un momento específico, como es el planteamiento de la incorporación de un modelo de prevención de delitos. Por el contrario, debe tratarse de una actividad permanente que aplique de forma continua procedimientos de seguimiento y, cuando sea necesario, de reingeniería de las acciones de prevención ya implementadas.
- Un aspecto positivo del modelo peruano es que los Lineamientos de la SMV permiten el desarrollo de criterios prácticos para verificar tanto la implementación como la puesta en funcionamiento de cada uno de los elementos mínimos del modelo de prevención de delitos. Queda por ver cómo asumirán los fiscales penales y los jueces penales el resultado del análisis que lleven a cabo los especialistas de la SMV y, particularmente, el impacto que esto tendrá sobre los juicios de antijuridicidad e imputación personal que se realicen para establecer la responsabilidad administrativa (en realidad, penal) de las personas jurídicas que regula la Ley N.º 30424.

#### 4. Identificación y prevención de riesgos de delitos en la actividad empresarial

A partir de un estudio del derecho anglosajón, Martín Fernández y Santana Lorenzo (2018, p. 37) afirman que son pilares fundamentales del cumplimiento normativo la diligencia debida en el funcionamiento operativo de las actividades corporativas y la realización de evaluaciones de los riesgos en curso de la empresa. El nivel de desarrollo de ambos pilares en las empresas no es uniforme. Depende del compromiso de la alta dirección, la disposición de recursos, el carácter técnico y multidisciplinario de los encargados de hacer el perfil de riesgos, entre otros factores. En ese sentido, el grado de cumplimiento normativo que alcance una persona jurídica es distinto en cada caso.

Planteo, entonces, que los procesos de identificación y prevención de riesgos penales en una empresa, así como el rol de los asesores legales frente a ellos, serán distintos según el nivel de disposición y de desarrollo que tenga la persona jurídica en relación con el cumplimiento normativo en general. A partir de ello, se pueden formular dos reglas. La primera regla es que la introducción de procesos de identificación y prevención de riesgos penales en una empresa será solo posible cuando exista un mínimo grado de disposición al cumplimiento normativo. De lo contrario, cualquier intento de formular un modelo de prevención en la empresa sería artificioso y constitutivo de lo que se denomina “cumplimiento normativo cosmético” (*make up compliance*). La segunda regla es que, una vez que se verifica la existencia de un mínimo grado de disposición al cumplimiento normativo, es necesario evaluar el nivel de desarrollo que tienen los mecanismos de prevención de riesgos al interior de la empresa. En este punto cobra relevancia el rol de la asesoría legal como complemento importante a la tarea del encargado de cumplimiento como asesor de la alta dirección en materia de cumplimiento normativo.

En relación con la aplicación de la primera regla, puede acudirse a la distinción que hacen Silva Sánchez y Ortiz de Urbina (2020, p. 30) de los casos de empresas lícitas, en las que puede ocurrir eventualmente la comisión de un delito, pero cuya actividad es, en general, conforme a la ley, y de los casos de organizaciones económicas ilícitas o empresas criminales, que se integran a la estructura de organizaciones criminales más amplias. Un ejemplo del primer caso sería el de una clínica privada que presta servicios médicos y que, en una ocasión, para obtener una licencia municipal de estacionamiento, realiza un pago de facilitación a un funcionario de menor jerarquía. Un ejemplo del segundo caso sería el de una empresa dedicada exclusivamente a lavar los activos provenientes de una organización de narcotráfico. Queda claro que en el primer caso se trata de una empresa en la que existe disposición al cumplimiento normativo, mientras que en la segunda no. Es decir, en las empresas que responden al paradigma del primer caso, cabría formular un modelo de prevención, mientras que en el caso de las empresas que respondan al paradigma del segundo caso, cualquier intento estaría destinado al fracaso o, más posiblemente, sería parte de la estructuración de una empresa de fachada fabricada para encubrir actividad criminal.

El problema está en los casos intermedios, aquellos en los que se ubican las empresas,

cuya forma de ejercer la actividad económica conlleva —en mayor o menor medida— la comisión de delitos. Estas son, por ejemplo, aquellas que sistemáticamente proceden a pagar sobornos a funcionarios para la adquisición de sus productos o la contratación de sus servicios por parte de las administraciones públicas. (*ibid.*, p. 30)

Podría afirmarse que en estos casos todavía existe la posibilidad de verificar la existencia de un mínimo grado de disposición al cumplimiento normativo, más aún cuando su objeto principal de negocio es plenamente lícito, con lo que no quedaría cerrada la posibilidad de aplicar la segunda regla y evaluar el nivel de desarrollo —aunque precario— que tienen los mecanismos de prevención de riesgos al interior de la empresa a efectos de establecer la necesidad de intervención de la asesoría legal como mecanismo de refuerzo —ya no como mero complemento— al rol de cumplimiento normativo en la compañía.

A mayor detalle y a efectos de aplicar la segunda regla, cabe mencionar que Silva Sánchez y Ortiz de Urbina (2020, p. 31) distinguen cuatro clases de empresas en torno al nivel de desarrollo de sus estructuras de cumplimiento normativo:

- En primer lugar, tenemos a las empresas que cuentan con modelos de prevención de delitos que resultan *ex ante* idóneos (caso i). En estos casos, existe el máximo grado de disposición al cumplimiento normativo que se refleja en un resultado de alto desarrollo del modelo de prevención.
- En segundo lugar, tenemos a las empresas que adoptan algunas medidas de cumplimiento normativo, pero que resultan *ex ante* insuficientes (caso ii). En estos casos, si bien existe buena disposición al cumplimiento normativo, el desarrollo del modelo de prevención es exiguo.
- En tercer lugar, tenemos a las empresas que no adoptan medidas de cumplimiento normativo o, en todo caso, presentan modelos cosméticos de prevención (caso iii). En estos casos, no hay claros indicios de una disposición al cumplimiento normativo, lo que se traduce en el nulo o mínimo desarrollo de sus modelos de prevención. Sin embargo, no se cierra las puertas a que, con medidas de reingeniería en la gestión empresarial, puedan corregirse errores estructurales y adoptar a futuro mejores prácticas en materia de cumplimiento normativo.
- En cuarto lugar, tenemos a las empresas en las que se lleva a cabo una organización del trabajo con fines delictivos (caso iv). En estos casos, no solo no existe disposición al cumplimiento normativo, sino que ni siquiera existen las bases para valorar a futuro la introducción de medidas de prevención.

¿Cuál es el rol, entonces, que corresponde a la asesoría legal en cada caso? Cabe precisar algunos roles. En primer lugar, la responsable del cumplimiento normativo es siempre la empresa y, en consecuencia, es la alta dirección como su representante la encargada de materializarlo. En segundo lugar, el órgano de cumplimiento de la empresa, que puede ser un órgano colegiado o un encargado de cumplimiento en solitario, es el órgano técnico asesor de la alta dirección en

materia de cumplimiento normativo. Así, sus tareas están centradas en organizar el proceso de implementación y puesta en funcionamiento del modelo de prevención de delitos, para lo cual deberá establecer las bases de la realización de un perfil de riesgos. Hay que tener en cuenta que las decisiones en todos estos procesos corresponderán finalmente a la alta dirección de la empresa, que es de quien depende la materialización efectiva de la cultura de cumplimiento en la organización.

El asesor legal, desde el punto de vista que aquí se estudia, es un agente profesional con conocimientos especializados en la materia jurídica que desempeña un rol ajeno a la gestión de la empresa. Las características esenciales de un asesor son tres. En primer lugar, se trata de un profesional o especialista que brinda un servicio altamente especializado, de naturaleza técnica y que responde a su amplia formación y experiencia. En segundo lugar, la labor del asesor está circunscrita a aspectos previamente determinados y consensuados con el asesorado, por lo general a través de un contrato de locación de servicios. En tercer lugar, los actos de asesoría se desempeñan con independencia de las funciones de administración o gestión de la empresa. En ese sentido, un asesor no puede al mismo tiempo tomar decisiones que involucren a la empresa cuya materia o actividad es objeto de la asesoría. Un aspecto formal, aunque muchas veces discutido, es si el asesor legal debe ser un abogado titulado y colegiado ante el colegio de profesionales correspondiente. Desde una concepción amplia debe entenderse que puede ser asesor legal cualquier experto en materia legal, con la formación y la experiencia suficientes para el objeto de la asesoría, aun cuando no ejerza efectivamente la profesión o no se encuentre inscrito ante un colegio de profesionales.

Si el rol técnico en materia de implementación de un modelo de prevención de delitos corresponde al órgano de cumplimiento normativo de la empresa, cabe preguntarse qué tareas podría asumir en este sentido un asesor legal. En principio, podría pensarse que le corresponde llevar a cabo las tareas de asesoramiento de la alta dirección en materia de cumplimiento normativo cuando la empresa no cuenta con un órgano de cumplimiento y el asesor legal es contratado para asumir como externo dicha tarea. Se trata de una situación que podría ser común en micro y pequeñas empresas, más aún si se tiene en cuenta el marco legal peruano. Sin embargo, resulta compleja cuando se trata de empresas con mayor desarrollo y con estructuras de negocio que requieren de una asistencia permanente en materia de cumplimiento normativo. En estos casos parece que la tarea de un asesor legal diligente podría consistir en diseñar las bases de un modelo de prevención de delitos, recomendar la creación de un órgano de cumplimiento en la empresa y, más adelante, asistir al órgano recién creado en la implementación del diseño inicialmente planteado. De lo contrario, existirían elementos para considerar que la intervención del asesor legal forma parte de la elaboración de una estructura cosmética a efectos de evadir responsabilidades legales por parte de la empresa.

En este punto, cabe retomar la clasificación de Silva Sánchez y Ortiz de Urbina (2020) respecto de las cuatro clases de empresas en torno al nivel de desarrollo de sus estructuras de cumplimiento normativo. En el caso (i), el rol del asesor legal

parece ser muy limitado. Al tratarse de empresas con modelos de prevención de delitos que resultan *ex ante* idóneos, cabría entender que cuentan con órganos de prevención calificados y que desarrollan una función permanente o suficiente en la empresa. El asesor legal externo podría ser requerido en estos casos para brindar algún tipo de capacitación al personal o asesorar en el reforzamiento de los elementos legales de las medidas ya existentes. Podría formar parte también del equipo multidisciplinario a cargo de actualizar el perfil de riesgos de la empresa. Cabe recordar que el órgano de cumplimiento de la empresa puede estar a cargo de un abogado, pero que este no será especialista en todos los ámbitos legales sobre los que el sistema de cumplimiento normativo de la empresa requiera asistencia. Aquí podrían ser requeridos también los servicios del asesor legal.

Ahora bien, en un sistema complejo de cumplimiento normativo, que responde a estructuras empresariales de gran magnitud (empresas con una organización funcional, divisional o matricial), la labor del asesor legal podría tener carácter permanente. Aunque, siempre accesorio a efectos de atender, con mayor imparcialidad y sin los conflictos de interés que podrían surgir al interior de la empresa, algunos procedimientos que formen parte del modelo de prevención de la empresa.

Así, cabe entender que el asesor legal externo pueda estar a cargo de atender el canal de denuncias interno de la empresa, de formar parte del equipo multidisciplinario que lleve a cabo las investigaciones disciplinarias que surjan a raíz de las denuncias recibidas por el canal de denuncias interno, emitir un dictamen con la opinión legal y sugerencia de sanción en los procedimientos de investigaciones internas, elaborar el contenido de los documentos de prevención y políticas para áreas específicas de riesgos (por ejemplo, los protocolos de hospitalidad, los protocolos de protección de datos personales, los protocolos de uso del canal de denuncias interno, los protocolos de reglas para las investigaciones internas, entre otros).

En el caso (ii), al tratarse de una empresa que ha adoptado algunas medidas de cumplimiento normativo que resultan *ex ante* insuficientes, cabe entender que se trata de una organización que cuenta con algún personal a cargo de cumplimiento normativo, aunque claramente se trate de personal no especializado o con experiencia insuficiente. En estos casos, la asesoría legal externa puede asumir un rol más activo y con carácter de permanencia. Así, es posible que se requiera sus servicios para formar parte del equipo multidisciplinario que esté a cargo de revisar y rediseñar el perfil de riesgos de la empresa o para asistir en la adecuación de los elementos del modelo de prevención existentes a los requisitos que establecen los lineamientos de la SMV. Cabe indicar que la labor de corrección de fallas en el ámbito legal que podría encomendarse al asesor legal externo en ningún caso sustituye el rol que el órgano de cumplimiento de la empresa y, en especial, la alta dirección tiene atribuido.

En el caso (iii), el asunto es más complejo, ya que nos encontramos frente a una empresa que no ha adoptado medidas de cumplimiento normativo, muy posiblemente debido a la falta de cultura de cumplimiento. La adopción de modelos

cosméticos de prevención no sería más que la confirmación de tal ausencia. En ese sentido, cualquier intervención del asesor legal externo podría producirse en una situación de riesgo. Al respecto, cabría entender que existe una asesoría legal legítima, neutra en sentido de imputación objetiva, únicamente cuando la alta dirección de la empresa muestre una disposición evidente a revisar la gestión empresarial, corregir errores estructurales y adoptar mejores prácticas en materia de cumplimiento normativo. La evidencia de dicha disposición podría mostrarse, por lo menos, de dos formas. Por un lado, a través del compromiso de la alta dirección de someterse a las nuevas reglas de conducta que la asesoría legal recomienda. Por otro lado, a través del compromiso de inversión con reflejo financiero que la adopción de las nuevas políticas de cumplimiento normativo conlleve.

En el caso (iv), al tratarse de una empresa en la que se lleva a cabo una organización del trabajo con fines delictivos, no queda lugar para la asesoría legal. Cabría entender que cualquier intervención del asesor legal debiera ser analizada a partir de los principios de la participación punible.

Finalmente, si bien no es materia del presente estudio, resulta necesario mencionar algunas pautas sobre los posibles escenarios de responsabilidad penal del asesor legal cuando no cumple adecuadamente su rol de asesoramiento en materia de cumplimiento normativo. En ese sentido, coincido con quienes plantean que la imputación penal del asesor legal puede ser abordada desde una perspectiva bifronte, tanto desde el punto de vista de su repercusión sobre la exclusión o atenuación de la responsabilidad penal del asesorado que pudiera alegar un error de tipo o un error de prohibición como desde la perspectiva de la fundamentación de la propia responsabilidad del asesor legal (Rodríguez Estévez, 2010, p. 1). Un estudio interesante sobre la materia es el efectuado por Luzón Peña (2011), quien sostiene que es necesario distinguir los casos de actuaciones perjudiciales para el cliente de los casos de actuaciones favorables al cliente. En el primer grupo de casos, el autor diferencia los supuestos de figuras delictivas específicas, que incluyen la comisión de conductas delictivas genéricas contra bienes jurídicos o intereses de sus clientes (por ejemplo, estafa en agravio del cliente), la comisión de delitos especiales (por ejemplo, violación del secreto profesional) y la realización de actos de obstrucción de la justicia; de los casos de asesoramiento que induce a error al cliente, en los que la atención se centra en la responsabilidad civil del abogado frente al cliente, además de la responsabilidad profesional ante el colegio de profesionales correspondiente. En el segundo grupo de casos, se distinguen los supuestos de asesoramiento y favorecimiento activo de la conducta delictiva del cliente, y las omisiones respecto de la conducta delictiva del cliente (*ibid.*, pp. 46-68).

Este último grupo de casos es el que suscita más debate en torno a la responsabilidad penal del asesor legal, sea en temas de cumplimiento normativo o de otra naturaleza. Al respecto, cabe indicar que pueden ser aplicables los criterios de imputación objetiva de la teoría del delito y, específicamente, la teoría de la prohibición de regreso frente a conductas neutras. En ese sentido, la asesoría legal consistiría en la realización de comportamientos socialmente adecuados, que no

pueden dar lugar a una imputación objetiva. Es más, algunos autores sostienen, siguiendo el criterio de los ámbitos de responsabilidad, que “las personas no requieren representarse las distintas posibilidades de comportamiento ilícito de terceros derivados de su actuación” y que, “para afirmar una organización conjunta no basta que se realice una aportación (dolosa) al hecho, sino que es necesario que ese aporte tenga el sentido objetivo de alcanzar consecuencias delictivas” (García Cavero, 2007, pp. 374-374).

En el caso concreto de la asesoría legal, siguiendo a un buen sector de la doctrina, podemos distinguir, por lo menos, cinco supuestos distintos. Los tres primeros no aportan dudas acerca de su neutralidad. Se trata de los casos en los que el asesor proporciona información neutra sobre el derecho que pudiera incorporarse a los documentos del modelo de prevención (por ejemplo, sobre lo prohibido, las sanciones); el asesor proporciona información neutra sobre la dimensión fáctica de la persecución de comportamientos ilícitos y la aplicación del derecho a aquellos (esto es, elabora juicios de subsunción), y el asesor proporciona información fáctica sobre las diversas alternativas de actuación de hecho (por ejemplo, en torno a la implementación de estrategias de prevención del delito). Sin embargo, resultan más difíciles aquellos casos en los que el asesor proporciona consejo sobre acciones a tomar en el marco de la ejecución del modelo de prevención de delitos o cuando el asesor realiza otras actividades al margen del asesoramiento en sentido estricto (por ejemplo, realiza transferencias de dinero o forma parte de tribunales disciplinarios de la empresa). En estos casos surge la duda planteada por Corcoy Bidasolo (2016) en el sentido de “si es posible afirmar que en la actividad económica existen conductas objetivamente neutrales con independencia del conocimiento que tenga el profesional sobre las circunstancias en que está actuando” (p. 86).

## 5. Conclusiones

Debo reafirmar que nuestra sociedad es cada vez más consciente, en general, de que la prevención es más adecuada que la intervención cuando ya se ha producido el resultado lesivo (Corcoy Bidasolo, 2017, p. 296). Una clara manifestación de dicho cambio de actitud se encuentra en la medicina, rama del conocimiento en la que se prefiere la prevención, aun cuando en este campo es posible en muchos casos, sin prevención, lograr la curación eficaz tras la aplicación de un tratamiento. Si en la medicina, donde la evitación del resultado lesivo es posible en un gran número de casos, se prefiere la prevención, con mayor razón debería preferirse esta última en aquellas ramas del conocimiento, como el derecho penal y el cumplimiento normativo, en los que no es posible evitar el resultado o, al menos, no a través de su medio más convencional: la pena privativa de la libertad (Sánchez-Málaga, 2021, p. 412).

¿Qué puede hacer entonces el Estado, además de castigar, para incentivar en las empresas la adopción de medidas de prevención de riesgos penales? Parece que la adopción de un modelo de autorregulación coaccionada, como el que plantea la Ley N.º 30424, es el primer paso en buen número de países de nuestro entorno. Sin embargo, creo que la regulación estatal es insuficiente (International

Compliance Association [ICA], 2016, pp. 3-16). Además de establecer mejoras en la regulación sobre elementos mínimos del modelo de prevención, así como verificar la adecuada implementación de los Lineamientos de la SMV, resulta necesario crear, desde el Estado, mayores incentivos para que las empresas adopten modelos de prevención de riesgos penales, más allá de la incorporación de un mandato ético dirigido al cumplimiento normativo. Son los incentivos económicos los que podrían tener un mejor resultado y sobre los que deberíamos trabajar.



## REFERENCIAS

- Artaza Varela, O. (2014). Programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad jurídico-penal. En S. Mir Puig, M. Corcoy Bidasolo, y V. Gómez Martín (Dir.), *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal* (pp. 231-271). B de F.
- Coca Vila, I. (2013). ¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?. En J. M. Silva Sánchez (Dir.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas* (pp. 43-76). Atelier.
- Congreso del Perú (2019). *Exposición de motivos de la Ley N.º 30424., "Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas"* [Archivo PDF].
- Corcoy Bidasolo, M. (2016). Imputación objetiva. Riesgo permitido. Conductas neutrales. En M. Corcoy Bidasolo y Gómez Martín (Dir.), *Manual de Derecho Penal Económico y de empresa. Parte General y Parte Especial*. Tomo 2 (pp. 75-87). Tirant lo Blanch.
- Corcoy Bidasolo, M. (2017). Prevención limitada vs. neo retribucionismo. En J.M. Silva Sánchez, J. J. Queralt Jiménez, M. Corcoy Bidasolo, M. T. Castiñeira Palou (Coords.), *Estudios de Derecho Penal: Homenaje al profesor Santiago Mir Puig* (pp. 285-297). B de F.
- García Cavero, P. (2007). *Derecho Penal Económico. Parte General* (2ª ed.). Grijley.
- Gómez-Jara, C. (2018). *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Perú: Directrices para su interpretación*. Instituto Pacífico.
- Gómez Martín, V. (2014). Compliance y derechos de los trabajadores. En S. Mir Puig, M. Corcoy Bidasolo, y V. Gómez Martín (Dir.), *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal* (pp. 421-458). B de F.
- Hobbes, T. (2006). *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil* (2ª ed. en español, 14ª reimp.). Fondo de Cultura Económica.
- International Compliance Association (ICA) (2016). *Course Manual* (4ª ed). International Compliance Training Ltd.
- Juanes Peces, Á. (2017). *Memento Experto. Compliance Penal*. Francis Lefebvre.
- Kant, I. (2004). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (16ª ed.). Espasa Calpe S.A.

- Lascuraín, J. (2014). Salvar al Oficial Ryan (sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento). En S. Mir Puig, M. Corcoy Bidasolo, y V. Gómez Martín (Dirs.), *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal* (pp. 301-336). B de F.
- Luzón Peña, D. M. (2011). Responsabilidad penal del asesor jurídico. *Revista de Derecho*, (15), 45-72. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5973534>
- Martín Fernández, J. y Santana Lorenzo, M. (2018). *La prevención de los delitos contra la Hacienda Pública y el blanqueo de capitales a través del compliance: Aspectos prácticos*. Aranzadi.
- Ministerio de Economía y Finanzas (MEF). (2021). *Lineamientos para la Implementación y Funcionamiento del Modelo de Prevención, aprobada por Resolución SMV N.º 006-2021-SMV/01*.
- Montiel, J. P. (2014). ¿Existen las Obliegenheiten en el Derecho Penal? *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, (4), 1-29. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4873318>
- Nieto Martín, A. (2015). *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Tirant lo Blanch.
- Pawlik, M. (2016). *Ciudadanía y derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*. Atelier.
- Ragués i Vallès, R. (2014). El fomento de las denuncias como instrumento de política criminal contra la criminalidad corporativa: whistleblowing interno vs. whistleblowing externo. En S. Mir Puig, M. Corcoy Bidasolo, y V. Gómez Martín (Dirs.), *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal* (pp. 459-485). B de F.
- Robles Planas, R. (2009). El “hecho propio” de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008. *InDret Penal*, (2), pp. 1-12.
- Rodríguez Estévez, J. M. (2010). *Responsabilidad penal del asesor de empresa*. Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico.
- Sánchez-Málaga, A. (2018). Compliance: ¿autorregulación o deber? *Revista Iberoamericana de Derecho Penal y Criminología*, (1). <https://ar.lejister.com/mobile/pop.php?option=articulo&Hash=38a82ac842c706071fc4d-d1a038eaad7>
- Sánchez-Málaga, A. (2021). Neo retribucionismo en el contexto de una pandemia. En *Derecho y Medicina. Una perspectiva legal sobre la salud* (pp. 411-425). Themis Editorial Jurídica.

- Sánchez-Málaga, A. (2022). Prevención de riesgos y dinámica empresarial: apuntes acerca de los modelos de prevención de la corrupción. En R., Chanjan e Y., Montoya (Dirs.), *Sistema Penal y Corrupción* (pp. 43-59). Ius et Veritas.
- Sánchez-Ostiz, P. (2017). Imputación e incumbencias en Derecho penal. *Política criminal*, 12(24), 1211-1227. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992017000201211>
- Silva Sánchez, J. M. y Ortiz de Urbina, I. (2020). Introducción al Derecho penal económico-empresarial. En J. M., Silva Sánchez y R. Robles (Dir.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa. Parte general y especial* (pp. 27-46). Atelier.
- Superintendencia del Mercado de Valores (2021). Lineamientos para el Modelo de Prevención.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) (2013). Programa anticorrupción de ética y cumplimiento para las empresas: Guía práctica.

### **Anexo de legislación**

- Constitución Política del Perú [Const.]. Artículo 1. 29 de diciembre de 1993 (Perú).
- Decreto Legislativo N.º 231/2001. Responsabilità amministrativa delle società e degli enti (Responsabilidad administrativa de empresas y entidades). 8 de junio de 2021.
- Decreto Supremo N.º 002-2019-JUS. Reglamento de la Ley N.º 30424, Ley que regula la Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas. 9 de enero de 2019.
- Ley N.º 27693. Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera – Perú. 12 de abril de 2002.
- Ley N.º 30424. Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional. 21 de abril de 2016.
- Ley N.º 31740. Ley que modifica la Ley 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, para fortalecer la normativa anticorrupción referida a las personas jurídicas y promover el buen gobierno corporativo. 13 de mayo de 2023.



# REFLEXIONES SOBRE EL MARCO NORMATIVO DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR DE SEGUROS, EN LA JURISPRUDENCIA JUDICIAL Y ADMINISTRATIVA

*Lorena Cecilia Ramírez Otero*<sup>1</sup>

## **Resumen**

A once años de la promulgación de la Ley de Contrato de Seguro, existe una relevante casuística en que tribunales judiciales y administrativos han debido pronunciarse sobre conflictos que afectaban derechos de consumidores, discerniendo entre su aplicación y la del Código de Protección y Defensa del Consumidor. La ley cede, en su artículo I, a la aplicación supletoria del código cuando el asegurado es consumidor o usuario, para finalizar indicando que, en caso de conflicto, se deberá aplicar siempre lo más favorable a este, que no necesariamente se encuentra en los preceptos o principios del derecho de consumo. En el presente capítulo reflexionamos sobre el marco normativo de protección del consumidor de seguros, y, a partir de la cita a ciertos pronunciamientos emblemáticos y su análisis a la luz de los principios jurídicos positivos sectoriales del seguro, buscamos ayudar a establecer criterios que sirvan a la aplicación e interpretación de las diversas disposiciones de seguros y de derecho de consumo vigentes. Esta investigación contiene una breve descripción de la operación económica de seguro y referencias puntuales a las correspondientes normas de regulación, que nos sirven para resolver una cuestión anotada por el Tribunal Constitucional en sentencia emitida en el Expediente N.º 04904-2019-PA/TC: si las razones de los pronunciamientos emitidos a favor del consumidor —denunciante o parte de un proceso— son correctas o no desde la perspectiva del derecho de seguros. Se concluye que la inexistencia de esta conformidad tiene implicancias adversas para los derechos de los consumidores y no solo para las aseguradoras.

**Palabras clave:** Principios, seguro, mutualidad, consumidor.

## **Abstract**

After eleven years of the enactment of the Insurance Contract Law, there is a relevant case history in which judicial and administrative courts have had to rule on conflicts that affected consumer rights, discerning between its application and the Consumer Protection and Defense Code. Article I of the

---

<sup>1</sup> Profesora contratada a tiempo completo de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico. Doctora por la Universidad de La Coruña.

Law yields to the supplementary application of the Code when the insured is a consumer or user, to conclude by indicating that in case of conflict, the most favorable to the consumer must always be applied, which is not necessarily found in the precepts or principles of consumer law. In this paper we reflect on the Regulatory Framework for the protection of insurance consumers, and from the citation of certain emblematic pronouncements and their analysis in the light of the positive sectoral legal principles of insurance, we seek to help establish criteria that serve the application and interpretation of the various provisions of insurance and consumer law in force. This research contains a brief description of the economic insurance operation and specific references to the corresponding regulatory standards, which help us to resolve an issue noted by the Constitutional Court in a judgment issued in file 04904-2019-PA/TC: whether the reasons for the pronouncements issued in favor of the consumer —complainant or part of a process— are correct or not from the perspective of insurance law. It is concluded that the lack of this compliance has adverse implications for the rights of consumers and not only for insurers.

**Keywords:** Principles, insurance, mutuality, consumer.

## 1. Introducción sobre el estado de la cuestión

En virtud del artículo 105 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, el Indecopi es la autoridad con competencia primaria y de alcance nacional para conocer de las infracciones a los derechos del consumidor. En este contexto, debe resolver en temas que son materia de regulación especial como infracciones a derechos de consumidores de seguros. Algunas de sus interpretaciones de la Ley de Contrato de Seguro (LCS) del 27 de noviembre de 2012 han sido acogidas en leyes, como su pronunciamiento a favor de la cobertura de preexistencias cruzadas en virtud del artículo 118 de la LCS. Sin embargo, en pocas ocasiones el Indecopi o la justicia contencioso-administrativa ha realizado un análisis sobre el orden de aplicación de la normativa de seguros y las disposiciones del Código de Protección y Defensa del Consumidor (Código), y salvo en algunos casos —como el de Miguel Angel Céliz Ocampo y Rímac Seguros por discriminación— son aún escasos sus desarrollos relativos al derecho de seguro privado.

A fines del 2020, en el marco del Expediente N.º 04904-2019-PA-TC, el Tribunal Constitucional (TC) emitió una sentencia de tipo interlocutorio en el recurso interpuesto por Mapfre Seguros contra la resolución de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, que en Casación N.º 11817-2014 reformó la resolución de la Octava Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima que anuló la resolución del Indecopi que ordenaba indemnizar a las víctimas de un accidente que viajaban a bordo de un vehículo sin SOAT, como “terceros no ocupantes” del vehículo asegurado.

Pronunciamientos como los antes señalados de sentido contradictorio entre la Corte Suprema y las salas de la Corte Superior de Lima vienen emitiéndose desde,

aproximadamente, el 2014. En su resolución de fines de 2020, si bien el TC no emitió un pronunciamiento sobre el fondo, fue claro en indicar que correspondía a la judicatura ordinaria analizar la corrección de la interpretación de los artículos 17 del Decreto Supremo N.º 024-2002-MTC y 30.2 de la Ley N.º 27181 —citada en el fundamento 8 de la STC— desde la perspectiva del derecho de seguros (STC Exp. N.º 04904-2019-PA/TC, fj. 9).

Esta breve alusión pone en evidencia que ninguna de las disposiciones de la LCS sobre el marco normativo aplicable al consumidor de seguros ha sido analizada por las instancias judiciales ni por el Indecopi al interpretar el alcance de la cobertura del SOAT. Este caso de cobertura a ocupantes de vehículos sin certificado SOAT ni CAT<sup>2</sup> y otros resueltos por la autoridad de consumo, nos servirán para las presentes reflexiones sobre el marco normativo de protección del consumidor de seguros.

El título I de las disposiciones generales de la LCS contiene los siguientes artículos, con disposiciones sobre el orden de aplicación de sus normas y las de derecho común y de protección al consumidor:

Artículo I: La presente Ley se aplica a todas las clases de seguro y tiene carácter imperativo, salvo que admita expresamente lo contrario. No obstante, se entenderán válidas las estipulaciones contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado.

En el caso de seguros obligatorios y aquellos que se encuentren regulados por leyes especiales, esta ley es de aplicación supletoria.

En los seguros de caución son aplicables las disposiciones específicas contenidas en esta ley, así como las normas sobre la materia dictadas por la Superintendencia.

En los contratos de seguro en los que el contratante o asegurado tengan la condición de consumidor o usuario es de aplicación el Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley 29571, y demás normas pertinentes, en lo no expresamente regulado por esta ley.

No obstante, en caso de conflicto son de aplicación las normas más favorables al consumidor o usuario.

Artículo IV: En la interpretación del contrato de seguro se aplican las reglas siguientes:

Primera. Todas las cuestiones jurídicas se rigen por esta ley y por las que convencionalmente se acuerden, en cuanto no vulneren los principios esenciales de la naturaleza jurídica del seguro. Solo se aplica el derecho común a falta de disposiciones de derecho de seguros o de protección al consumidor. (Artículos I-IV)

El artículo IV de la LCS refrenda la imperatividad de la LCS frente a las disposiciones de derecho común, que se desprende también del primer párrafo del artículo I de la LCS. En segundo lugar, este artículo IV establece que las cláusulas de

---

2 En adelante nos referiremos únicamente a SOAT y aseguradoras sin hacer mención expresa a certificados CAT y a las Afocat, solo por motivos de una mejor exposición, considerando que la regulación es igual en ambos casos.

la póliza no pueden vulnerar la naturaleza jurídica del contrato de seguro; disposición sobre la que volveremos hacia el final de este trabajo, que ahora iniciamos con el análisis del artículo I de la LCS, ya que la casuística está más relacionada con la aplicación conjunta de la LCS y el Código.

## **2. La aplicación imperativa de la LCS (caso de las preexistencias cruzadas)**

Conforme al primer párrafo del artículo I de la LCS, esta ley se aplica a todas las clases de seguro con carácter imperativo, salvo que se admita expresamente lo contrario. Esta disposición está referida a los seguros voluntarios y los que no tuvieran una ley especial. Este párrafo plantea *a priori* dos cuestiones. La primera es que los grandes riesgos no han quedado excluidos de la aplicación de la LCS, mientras que la segunda cuestión alude a la posibilidad de que las partes del contrato negocien estipulaciones “más beneficiosas” para el asegurado. A ninguno de estos temas nos referiremos con detalle, por las evidentes razones de que quien tenga interés asegurable respecto de un “gran riesgo” difícilmente disfrutará del servicio de cobertura como destinatario final, y porque la “asimetría organizacional” propia de un consumidor resulta incompatible con la posibilidad de negociar una cláusula. No obstante, considerando que un tomador sin “asimetría organizacional” podría negociar algo más beneficioso para un consumidor asegurado o tercer beneficiario. Debemos señalar que la razón última de que las disposiciones de la LCS sean imperativas es que todo el derecho del seguro privado está infundido de una vis protectora del derecho del asegurado. Por tal motivo, se creyó conveniente no excluir de tal protección a los grandes riesgos y que sea el juez quien discierna el carácter negociado de una determinada cláusula. A este correspondería, también, en tal caso estimar el “beneficio de la norma” para el consumidor de seguros.

Para los seguros obligatorios (como SOAT, SCRT, Vida Ley) y aquellos que se encuentren regulados en leyes especiales (como el seguro de caución y los microseguros), la LCS también es de aplicación imperativa. Así, pues, cuando el párrafo segundo del artículo I de la LCS indica que para estos tipos de seguro la LCS es de aplicación supletoria, deberemos entender que sus disposiciones serán imperativamente aplicables en todo lo que no esté expresamente regulado en la ley especial o del seguro obligatorio en cuestión. Se trata de la aplicación del principio general de especialidad (Zegarra Mulánovich, 2017), conforme al cual la LCS les resulta aplicable a los seguros obligatorios y regulados por leyes especiales, pero supletoriamente. El Tribunal del Indecopi se pronunció sobre esta aplicación supletoria de la LCS, al resolver sobre la garantía de continuidad de cobertura de preexistencias cruzadas. En el 2014, la Sala Especializada de Protección al Consumidor (SPC) N.º 2 del Indecopi resolvió que el artículo 118 de la LCS era aplicable supletoriamente, puesto que si bien —entonces— tanto el sistema de seguros como el de EPS contaban con una regulación especial en cuanto a continuidad de las preexistencias verticales en la Ley N.º 28770 y en la Ley N.º 29571, ninguna de estas excluía o prohibía la continuidad de cobertura de preexistencias cruzadas, ni establecía que se trate de sistemas totalmente

cerrados en los que no sea posible la aplicación del artículo 118 de la LCS, por lo que correspondía aplicar supletoriamente este artículo que establecía una garantía de continuidad de cobertura de preexistencias, como la cobertura cruzada reclamada por Don Oscar Segovia de Pacífico Seguros (Resolución N.º 4357-2014/SPC-INDECOPI, fj. 59).

Si revisamos los artículos sobre el SOAT que contiene su legislación especial (Decreto Supremo N.º 024-2002-MTC y la Ley N.º 27181), ninguna de estas normas, ni las de desarrollo de menor rango contienen un régimen completo o auto-suficiente. Solo regulan los aspectos característicos de este seguro y del procedimiento de gestión de siniestros. De ahí la lógica, necesaria y constante remisión a la LCS para resolver los conflictos suscitados en su ámbito de contratación o ejecución. Pero para este seguro obligatorio y cualquier otro regulado por ley especial, la LCS es norma de remisión obligada por una razón mayor: en el artículo II de sus Disposiciones Generales se enumeran los “principios que rigen el contrato de seguro”, que deben ser tenidos en cuenta en la aplicación, interpretación e integración de cualquier disposición de las leyes especiales que los regulan.

El cuarto y quinto párrafo del artículo I de la LCS contienen disposiciones sobre la norma aplicable a los casos en que el tomador o asegurado tengan la condición de consumidor:

En los contratos de seguro en los que el contratante o asegurado tengan la condición de consumidor o usuario es de aplicación el Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley 29571, y demás normas pertinentes, en lo no expresamente regulado por esta ley.

No obstante, en caso de conflicto son de aplicación las normas más favorables al consumidor o usuario.

La locución adverbial “no obstante” con que inicia el quinto párrafo de este artículo I de la LCS da cuenta de que, en algunos casos, podría no resultar aplicable la disposición del cuarto párrafo anterior, y no necesariamente que no sería aplicable un artículo de la LCS. Antes de analizar cuáles podrían ser estos supuestos, desarrollaremos en el siguiente apartado la necesaria aplicación de los principios del seguro contenidos en el artículo II de la LCS.

### **3. Naturaleza y función de los principios contenidos en el artículo II de la LCS y su imperatividad**

Según el artículo II de las disposiciones generales de la LCS:

El contrato de seguro se rige por los siguientes principios:

- a) Máxima buena fe
- b) Indemnización
- c) Mutualidad
- d) Interés asegurable
- e) Causa adecuada
- f) Las estipulaciones insertas en la póliza se interpretan, en caso de duda, a favor del asegurado.

Coincidimos con lo señalado por la doctrina nacional sobre que estos principios del artículo II de la LCS son principios jurídicos positivos sectoriales (Zegarra Mulánovich, 2017, p. 71), propios del sector del seguro privado. De manera muy especial respecto de dos de estos —el principio de mutualidad y el pro asegurado—, resultan aplicables las palabras del profesor Vigo (2006) que al referirse a esta clase de principios señala:

Cada norma, conjunto de normas, institución jurídica o rama del derecho positivo está animada por uno o varios principios reguladores que aquellas pretenden traducir con la mayor fidelidad a través de la particular estructura formal normativa. Una norma jurídica implica una ordenación prudente de conductas asignando lo suyo a los sujetos a los que se dirige, y la razón y voluntad generadora de aquélla ha fijado ese orden o esa asignación de conformidad con algún principio que quede impreso en la norma. El fin de la norma equivale al principio de la misma, ella tratará de ser fiel al principio que busca explicitar determinando y mandado ciertas conductas. (p.116)

Por ser el seguro privado una operación económica de cobertura recíproca, que inicia antes de la celebración del contrato y se continúa durante toda la ejecución de las relaciones jurídicas a que este da origen, necesariamente las normas que regulan el contrato de seguro llevan la impronta de la mutualidad que nombra el principio mencionado en el apartado f) del artículo II de la LCS cuyo contenido —por tratarse de un principio sectorial y no fundacional del ordenamiento jurídico— es más técnico que valorativo.

Es necesario tener en cuenta el principio de mutualidad y todos los señalados en el artículo II de la LCS, incluido el principio pro asegurado, para una correcta comprensión e interpretación de cualquier disposición de la LCS o de otra ley de seguros, contractual o regulatoria. Las normas de este sector no pueden afectar estos principios, como tampoco puede hacerlo su intérprete, bajo riesgo de que la norma o la decisión queden afectadas en su validez (Vigo, 2006, p. 134). De ahí que los principios contenidos en el artículo I de la LCS siempre serán de imperativa aplicación.

En este contexto, cuando el Indecopi buscó desarrollar una interpretación finalista de lo dispuesto en el artículo 17 del Decreto Supremo N.º 024-2002-MTC y de la finalidad social del SOAT, debió tener en cuenta los principios jurídicos positivos sectoriales del seguro privado previstos en el artículo II de la LCS. La omisión llevó a esta autoridad de consumo a concluir una interpretación que no dejó de ser literal del término “tercero no ocupante” (Resolución N.º 2445-2010/SC2-INDECOP, fj. 21 al 29; Resolución N.º 3825-2015/SPC-INDECOP, fj. 32 al 36; entre otros).

A los principios jurídicos positivos sectoriales —como los del artículo II de la LCS— se les reconoce una triple función:

- (a) Fundamentación de las normas pertenecientes al sector o rama del derecho al que pertenece el principio. A través de la aplicación de un principio

puede establecerse reglas o disposiciones no literales o no expresas en la ley, dada la eficacia directiva del principio respecto de las demás fuentes del derecho. De la misma forma, el principio también tiene eficacia fundamentadora “negativa” por ser capaz de derogar o “reducir” el alcance de normas formalmente vigentes.

- (b) Orientadora o Interpretativa en la aplicación el derecho positivo vigente, es decir que los intérpretes del derecho no pueden ignorar los principios, ya que sirven para dilucidar el sentido y alcance correctos de las normas.
- (c) Fuente supletoria o integradora, dado que se aplican también a falta de ley o costumbre. (Zegarra Mulánovich, 2017; Vigo, 2006)

Como ya hemos señalado, los principios jurídicos positivos sectoriales del seguro privado resultan aplicables también a los seguros obligatorios y regulados por ley especial, y cuando el contratante o asegurado tiene la calidad de consumidor, de forma que ninguna norma de seguros puede emitirse ni interpretarse de manera contraria a uno de estos principios. Estos cuentan con una intrínseca y necesaria juridicidad, las normas no pueden afectar el contenido radicalmente jurídico de un principio, y de hacerlo, los principios prevalecen, y las normas contrarias quedarían afectadas en su validez (Vigo, 2006, p. 134).

Cuando el contratante o el asegurado tengan la condición de consumidores o usuarios, según el cuarto párrafo del artículo I de la LCS, es de aplicación el Código y demás normas pertinentes, pero “en lo no expresamente regulado” por la LCS. Parte del contenido regulado en la LCS en el artículo II son los principios del derecho de seguros, y aunque no estén definidos —ni precisan estarlo, ya que son principios del derecho—, no pueden omitirse como “no regulados expresamente” aplicando antes un artículo o principio del Código, o interpretando una norma de seguros en contra de uno de estos. Como veremos más adelante, este camino conduciría a pronunciamientos aquejados de invalidez.

Por su juridicidad intrínseca o esencial, la circunstancia de que un principio sea ratificado por el derecho positivo solo repercute en el plano de su juridicidad accidental o extrínseco. Su incorporación al ordenamiento jurídico o derecho vigente es natural y no autoritaria ni fáctica. Entonces, al no estar los principios integrando el derecho vigente en virtud de decisión humana, no es posible consagrar la nómina definitiva de estos, ni se positiviza con precisión acabada los supuestos en que operan y las consecuencias; estos prescriben actos relativamente inespecíficos, lo que exige una activa intervención de los juristas (Vigo, 2006, págs. 135, 140, 141). Por ello, también, puede afirmarse que los principios del derecho de seguro privado no se agotan en los del artículo II de la LCS, así el principio de subrogación no está contemplado en este artículo, pero inspira muchos preceptos de la LCS como los artículos 99, 100 y 116 de la LCS. Zegarra Mulánovich (2017) elabora el siguiente cuadro de principios sectoriales del seguro a partir de lo desarrollado por el derecho y doctrina comparados:

**Tabla 1**  
**Principios sectoriales del seguro a partir de lo desarrollado por el derecho y doctrina comparados**

	Art. II LCS	Illescas (2014)	García-Pita (2009)	Principles of European Insurance Contract Law
1	Máxima buena fe	Muy buena fe	Máxima buena fe	Buena fe
2	Mutualidad	Aleatoriedad gestionada	Mutualidad	-.-
3	Interés asegurable	Interés asegurado	Interés asegurable	[Interés cubierto]
4	Indemnidad	Indemnizatorio	Indemnización	Cobertura o indemnidad
5	En la duda por el asegurado	Tutela del contratante débil	-.-	[Adecuada protección del tomador]
6	Causa adecuada	Causa próxima	-.-	-.-
7	-.-	-.-	Subrogación	[Subrogación]

*Fuente:* Zegarra Mulánovich (2017, p. 75).

Existen fundadas razones para proponer reiniciar la interpretación y el análisis de las normas de seguros desde la técnica de los principios del derecho, puesto que, como señala García de Enterría (2009), “lo jurídico no se encuentra limitado a las disposiciones escritas, sino que se extiende a los principios y a la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones” (p. 160).

#### 4. El principio de mutualidad

El seguro privado es un contrato, pero antes de su celebración y durante toda la ejecución de las relaciones jurídicas a que da lugar, el seguro es una operación económica. No es la promesa o la obligación contractual de pagar una indemnización, capital o renta, ante la ocurrencia de un siniestro —aunque esta sea legalmente exigible—, lo que hace del promitente o proveedor una aseguradora, ni hace de una relación obligatoria una de seguro privado. Todos los mecanismos contractuales y de coerción legal no servirían para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las aseguradoras con la masa de asegurados y beneficiarios, aunque se cuente con el poder sancionador del ente rector y de la autoridad de consumo. La cobertura no es consecuencia de la obligatoriedad del vínculo jurídico contractual ni del poder de coerción de la potestad sancionadora del Estado. En este sentido, puede afirmarse que no es asegurador el que promete, sino el que puede hacerlo de forma segura (Vicent Chulià, 1990, págs. 480, 498). Contrato y operación económica de seguro privado son dos caras de una misma moneda, que deben ser tenidas en cuenta al reglamentar, supervisar y juzgar en materia de seguros.

La mutualidad es un principio de contenido económico y, como bien anotaba el profesor Donati (1961), para la ciencia económica no hay seguro sin fragmentación

social del riesgo. Es decir, no hay seguro sin mutualidad ya sea directa (como en la explotación mutual del origen de las Afocats) o a través de intermediario que opera por espíritu especulativo que es modelo imperante de explotación comercial con traslación jurídica de las consecuencias económicas del riesgo sobre la aseguradora (*ibid.*). Por ello, es posible afirmar que, si el contrato de seguro privado es indisolublemente operación económica, entonces el seguro es mutualidad.

Conforme a la definición de mutualidad mantenida desde los inicios de las escuelas de seguro alemana (Manes, 1930), italiana (Ramella, 1934) y española (Garrigues Díaz-Cañabate, 1979) que pueden leerse hasta la fecha en cualquier obra que defina este término, la mutualidad alude al mecanismo de cobertura de riesgos propio del seguro privado, conforme al cual a través de contribuciones de varios sujetos expuestos a un mismo tipo de riesgo —economías igualmente amenazadas<sup>3</sup>— se recauda riqueza para contribuir a cubrir la necesidad pecuniaria generada por los riesgos que se verifiquen como siniestros dentro de ese colectivo. La mutualidad es la cobertura mutua de posibles necesidades que pueden valorarse en dinero entre varias economías igualmente amenazadas (Manes, 1930; Donati, 1961). El apartado f) del artículo II de la LCS recoge el principio jurídico positivo sectorial de mutualidad, y su aplicación debe infundir la interpretación de cualquier norma de seguros, no siendo válido un sentido que sea contrario a este principio rector que, como hemos expuesto, es sinónimo de operación económica de seguro.

Es obligatorio considerar el principio de mutualidad en la interpretación finalista del concepto de “tercero no ocupante”, cuyas lesiones o muerte a causa de un accidente son parte de la cobertura obligatoria del SOAT según los artículos 30.2 de la Ley N.º 27181 y 4, 28 y 29 del Decreto Supremo N.º 024-2002-MTC, y también en la interpretación sistemática y finalista de cuáles serían los pagos que debieron realizar las aseguradoras que el párrafo cuarto del artículo 17 del Decreto Supremo N.º 024-2002-MTC ordena les sean reembolsados.

El artículo 29 de la Ley N.º 27181 establece un sistema de responsabilidad objetiva por los daños a la vida e integridad personales sufridos en accidentes de tránsito. Como parte de este sistema, el artículo 30.1 de la Ley N.º 27181 establece la obligación de que todo vehículo automotor que circule por el territorio de la República del Perú cuente con una póliza de SOAT, que bajo la modalidad de seguro de accidentes personales cubra —con el contenido de los artículos 30.2 de la Ley N.º 27181 y 28 y 29 del Decreto Supremo N.º 024-2002-MTC— los riesgos de muerte y lesiones corporales que sufran sus ocupantes y “terceros no ocupantes”, a consecuencia del accidente de tránsito en que dicho vehículo intervenga. Este

---

3 Para Ramella (1934) en verdad de seguro sólo puede hablarse en el curso de una multiplicidad de casos sometidos al mismo riesgo, de modo que opere una compensación entre los casos favorables y aquellos desfavorables, gracias a la contribución de los primeros al riesgo que afecta a los segundos. Este criterio se aplica, decía el maestro italiano, a cualquier forma de seguro, reposando este por naturaleza sobre el principio de mutualidad, sobre la creación de un fondo de indemnización con las contribuciones de los asegurados participantes a la comunidad de riesgos y vinculados en la prosperidad y adversidad entre ellos (p. 1).

seguro obligatorio no es uno de responsabilidad civil, sino un seguro de personas, que, ante un accidente con consecuencias dañinas en la vida, el cuerpo o la salud de estas, se debe activar de forma inmediata e incondicional como disponen los artículos 14, 16 y 20 del Decreto Supremo N.º 024-2002-MTC. Si el SOAT hubiera sido diseñado como un seguro de responsabilidad civil sería uno de daños patrimoniales (artículo 81 de la LCS), en que el siniestro ocurre cuando surge la deuda de responsabilidad civil a cargo del patrimonio del asegurado, y entonces, según el artículo 109 de la LCS, la aseguradora podría condicionar el pago de la indemnización a la existencia de una sentencia firme que determine la responsabilidad de su asegurado por los daños del tercero perjudicado, salvo que celebre transacción con este o sus sucesores. El SOAT, en cambio, es un seguro de personas del ramo de accidentes personales que, según el artículo 14 del Decreto Supremo N.º 024-2002-MTC, se caracteriza por ser inmediato, es decir, el pago de la indemnización se realiza sin investigación ni pronunciamiento previo de autoridad alguna, solo basta la demostración del accidente y la consecuencia de muerte o lesión que originó. Los artículos 16 y 20 del Decreto Supremo N.º 024-2002-MTC añaden al SOAT la característica de incondicional, ya que las víctimas incluidas en la cobertura y sus beneficiarios tienen acción directa contra la aseguradora, que no puede oponerles ninguna excepción que podía alegar contra el tomador. El TC señaló, así, que, con este sistema de responsabilidad objetiva y la obligatoriedad de un seguro de estas características, se busca que la víctima de un accidente de tránsito tenga un pago anticipado de un monto que evite el empeoramiento de su situación con el tiempo, hasta reclamar y recibir una indemnización del sujeto civilmente responsable (STC N.º 001-2005-PI/TC y STC N.º 2736-2004-PA/TC).

Desde su Resolución N.º 1784-2009/SC2, el Indecopi interpreta que la aseguradora de SOAT de un vehículo está obligada a indemnizar a las víctimas que viajaban a bordo de otro vehículo automotor, participante en el mismo accidente que no contaba con SOAT, y, luego, pedir el reembolso a tenor de lo dispuesto en el cuarto párrafo del artículo 17 Decreto Supremo N.º 024-2002-MTC, según el cual:

En el caso que alguno de los vehículos que participa en el accidente de tránsito no contase con el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, el propietario, el conductor y en su caso, el prestador del servicio de transporte responden solidariamente frente a los ocupantes de dicho vehículo, terceros no ocupantes, establecimientos de salud y compañías de seguros por el monto de los gastos incurridos y/o indemnizaciones que éstos hubieren pagado a los accidentados frente a los cuales, los sujetos antes mencionados, resulten responsables.

Para el tribunal del Indecopi, según una interpretación literal de este párrafo del artículo 17, la única respuesta, necesaria, lógica y natural es que la aseguradora a la que los obligados solidarios ahí mencionados debían devolverle las indemnizaciones pagadas no es otra si no la aseguradora de SOAT del otro vehículo que participó en el mismo accidente con el vehículo sin SOAT que ocupaban las víctimas (Resolución N.º 2445-2010/CPC, fj. 16, 17 y 18), según una interpretación

sistemática de este párrafo con lo señalado por los artículos 30.2 de la Ley N.º 27181 y 4 y 28 del Decreto Supremo N.º 024-2002-MTC, el SOAT debe cubrir a todas las víctimas de un accidente de tránsito de forma inmediata e incondicional según los artículos 14 y 16 del mismo decreto, aunque se trate de ocupantes de otro vehículo automotor, que tendrían también la condición de “terceros no ocupantes” cuyas lesiones o muerte deben cubrir las aseguradoras en virtud del certificado de SOAT emitido para otro de los vehículos participantes, si aquel en que viajaban las víctimas no contaba con SOAT, (Indecopi, SPC, Resolución N.º 2445-2010/CPC, fj. 27).

Finalmente, desde una interpretación finalista o teleológica de este último párrafo del artículo 17 del Decreto Supremo N.º 024-2002-MTC, el Indecopi considera que este, igual que las demás disposiciones pertinentes del mismo decreto y de la Ley N.º 27181, buscan que se otorgue cobertura inmediata a todas las víctimas de un accidente de tránsito, lo que a su criterio se fundamenta en lo sostenido por el TC en la STC 2736-2004-PA/TC, que señala que el objeto del SOAT consiste en cubrir a todas las personas, sean ocupantes o terceros no ocupantes, que sufran lesiones o muerte como producto de un accidente de tránsito, y que su finalidad se encuentra orientada a proteger los derechos fundamentales a la vida y a la integridad personal, por lo que se trata de un seguro configurado como una medida idónea y pronta para otorgar debida protección a estos derechos fundamentales<sup>4</sup>. Para el Indecopi, los seguros obligatorios tienen una finalidad social que los hace actuar con una racionalidad distinta de los voluntarios, mientras estos buscan liberar al asegurado de una carga económica, los que son obligatorios se orientan a asegurar que las víctimas perciban la indemnización (Resolución N.º 2445-2010/CPC, fj. 23).

Esta interpretación de la autoridad de consumo ha sido confirmada por las salas de la Corte Suprema de Justicia de la República que en reiterados pronunciamientos<sup>5</sup> señalan que este párrafo del referido artículo 17 alude al reembolso que debe hacerse a las aseguradoras de SOAT de lo pagado a consecuencia del previo cumplimiento que estas deben hacer de su obligación impuesta en los artículos 30.2 de la Ley N.º 27181 y 4 y 29 del Decreto Supremo N.º 024-2002-MTC de indemnizar en virtud de la cobertura del SOAT a todas las víctimas de un accidente de tránsito, aunque se trate de ocupantes a su vez de un vehículo participante que no contaba con SOAT, los que tendrían en ese caso la calidad de “terceros no ocupantes”; interpretación que sería la acorde con el principio pro consumidor. Para la Corte, esta interpretación del artículo 17 del Decreto Supremo N.º 024-2002-

---

4 Disidentes de esta interpretación los vocales de la Segunda Sala Hernando Montoya Manfredi y Francisco Pedro Ernesto Mujica Serelle, para quienes la finalidad del SOAT de procurar cobertura inmediata a todas las víctimas de un accidente de tránsito, no significa que la cobertura de un vehículo determinado deba extenderse a uno no asegurado; sino que el amparo de estas víctimas se logra instituyendo la obligación solidaria del conductor, propietario y/o prestador del servicio de transporte de dicho vehículo de responder ante ellas (Resolución N.º 02445-2010/SC2-INDECOPI, fj. 11 del voto en discordia).

5 Entre otras podemos citar la Casación N.º 12291-2014 de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente y la Casación N.º 4159-2017, Casación N.º 3683-2017 y Casación N.º 16658 de la Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria.

MTC no vulnera el artículo 1183 del Código Civil, ya que la obligación de cubrir a las víctimas del accidente a bordo de otro vehículo participante en el accidente que circulaba sin SOAT está establecida en los artículos 30.2 de la Ley N.º 27181 y 29 del Decreto Supremo N.º 024-2002-MTC que señalan que este seguro debe cubrir a todas las víctimas del accidente, por lo que la definición de “tercero no ocupante” incluye a estas personas. Igualmente, la Corte Suprema fundamenta esta interpretación en que la naturaleza del SOAT busca salvaguardar los derechos fundamentales a la vida e integridad personal consagrados en la Constitución.

Para las salas especializadas en lo contencioso administrativo sub especializadas en temas de mercado de la Corte Superior de Lima, no cabe aplicar el principio pro consumidor, ya que la única interpretación plausible de este párrafo del referido artículo 17 es la inexistencia de tal obligación de la aseguradora de SOAT de indemnizar a las víctimas del mismo accidente que viajaban al interior de otro vehículo que no contaba con SOAT. A su criterio, lo que aquí se regula es el reembolso tanto a los centros asistenciales como a las aseguradoras, cuando incurran en gastos médicos o paguen indemnizaciones o gastos de las personas frente a las cuales estaban obligadas a responder contractualmente<sup>6</sup>. En fallos más recientes, estas salas de la Corte Superior de Lima han explicitado que estos supuestos serían los del peatón que sufre lesiones o muerte a consecuencia de un accidente entre un vehículo sin SOAT y uno con certificado SOAT cuya aseguradora haya sido la única que asumió sus gastos, de los que, por ser también responsables el propietario, conductor o prestador del servicio de transporte, tiene opción de solicitarles reembolso (S. Exp. N.º 18770-2016, fj. 13)<sup>7</sup>.

De conformidad con el artículo 12 del Decreto Supremo N.º 024-2002-MTC, las cláusulas de la póliza de SOAT no son diseñadas por las aseguradoras como predisponentes de contenido por adhesión, y, por ser un seguro obligatorio, sus coberturas están establecidas por ley en los artículos 30.2 de la Ley N.º 27181 y 4, 28 y 29 del Decreto Supremo N.º 024-2002-MTC que han sido objeto de interpretación. Entonces, en sus pronunciamientos tanto los órganos jurisdiccionales como el Indecopi están interpretando la cobertura obligatoria de un contrato de seguro y no obligaciones *ex lege* a cargo de las aseguradoras<sup>8</sup>.

6 Este criterio puede verse, entre otras, en las siguientes sentencias de la Corte Superior de Justicia de Lima, Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo Subespecialidad de Temas de Mercado: sentencia del Exp. N.º 4620-2013 de 03 de marzo de 2017; en sentencia del Exp. 1106-2015 de 16 de octubre de 2018, sentencia del Exp. 4437-2016 de 23 de octubre de 2017, sentencia del Exp. 18770-2016 de 12 de noviembre de 2019, sentencia del Exp. 7752-2015 de 19 de septiembre de 2022, y en sentencia del Exp. 13158-2017 de 22 de abril de 2021.

7 Lo mismo señalaron los vocales Hernando Montoya Manfredi y Francisco Pedro Ernesto Mujica Serelle, que los gastos a reembolsar son los que tuvo que asumir la aseguradora SOAT en virtud de la solidaridad establecida en el segundo párrafo del artículo 17º del Reglamento de SOAT (Resolución N.º 1784-2009/SC2-INDECOPI, fj. 7 del voto en discordia).

8 El Vigésimo Sexto Juzgado contencioso administrativo con subespecialidad en temas de mercado de la Corte Superior de Lima, también ha señalado en la sentencia del Exp. 04437-2016 de 14 de febrero de 2017, que si bien el origen del SOAT es legal se encuentra supeditado a la celebración de una relación contractual con una aseguradora que asume la obligación de cubrir los siniestros dentro de los límites y términos que fueron pactados o sean ordenados por la ley.

Como hemos señalado, la mutualidad expresa la forma de explotación de la actividad de seguro privado. Así, pues, frente a otros negocios jurídicos que también sirven para otorgar seguridad ante una necesidad fortuita —por ejemplo la fianza—, o que ofrecen una prestación ante la ocurrencia de un evento aleatorio —por ejemplo, la apuesta—, lo que distingue al seguro privado es precisamente el hecho de que la cobertura de las necesidades pecuniarias del sujeto sometido al riesgo que finalmente sufre el siniestro, se presta mediante la distribución de su costo entre un colectivo de personas sometidas al mismo riesgo, a través de la gestión de sus aportaciones (Garrigues Díaz-Cañabate, 1979, págs. 252, 258). La operatividad del seguro privado requiere en principio de la celebración en masa de contratos para asegurar un mismo tipo de riesgo, ya que la nota característica de su cobertura es la existencia de

un grupo de personas que están amenazadas por el mismo evento o, si se quiere, que están sometidas al mismo riesgo, de tal manera que las aportaciones de todas estas personas cubren la necesidad del sujeto que sufra el evento que la genere, de modo que aparece una mutualidad entre dichas personas. (Sánchez Calero, 1961, p. 45)

El seguro es mutualidad o no es seguro, afirmación que se le atribuye al profesor Antígono Donati (1961, p. 670) al señalar que, para la ciencia económica, el seguro era mutualidad. Desde el punto de vista jurídico, la mutualidad es un principio jurídico positivo sectorial que, en virtud de su función fundadora, aplicado por el intérprete del derecho puede establecer reglas o disposiciones no literales en la ley y también reducir sus posibles alcances. Entonces, lo cierto es que una interpretación según la cual el cuarto párrafo del artículo 17 del Decreto Supremo N.º 024-2002 regula el reembolso que debe efectuarse a la aseguradora de SOAT de uno de los vehículos, de lo que debió pagar en virtud de esa cobertura a las víctimas del accidente ocupantes de otro vehículo que no contaba con certificado SOAT, es darle a este precepto un sentido contrario al principio de mutualidad regulado en el artículo II.f de la LCS. Según esta interpretación, la aseguradora de SOAT de uno de los vehículos debió cubrir un siniestro ocurrido dentro de otro, que al circular —ser conducido— por una vía pública causaba o tenía el mismo riesgo de ocasionar daños a la vida e integridad física personales, pero respecto del cual, sin embargo, no se aportó a la cobertura recíproca de los daños que causara en un siniestro de accidente; lo cual es exactamente lo opuesto al tipo de mecanismo de cobertura del seguro privado llamado mutualidad.

Sin tener en cuenta el principio de mutualidad, las interpretaciones del significado de “tercero no ocupante” al que alcanza la cobertura de SOAT de los artículos 30.2 de la Ley N.º 27181 y 4, 28, y 29 del Decreto Supremo N.º 0204-2002-MTC como referido a toda persona que no viaje a bordo del vehículo asegurado, son en realidad interpretaciones solo literales e inválidas por ser contrarias a un principio del seguro privado. El fin de la norma equivale al principio jurídico positivo sectorial (Vigo, 2006, p. 216) normalmente de contenido técnico, por lo que no es literalmente como deben interpretarse las normas que regulan un contrato de

seguro, sino en concordancia con los principios del derecho del seguro privado, sobre todo los que, como el de mutualidad, aluden a la operación económica de seguro que da sustento y diferenciación a este contrato.

Estamos de acuerdo en que —como ha señalado el TC— el SOAT tiene por finalidad proteger los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal y a la salud, reconocidos en el artículo 2.1. y 7 de la Constitución y que se orientaría “a asegurar que la víctima perciba la indemnización que le corresponde por los daños ocasionados, por lo que cumple una finalidad social” (STC Exp. N.º 0001-2005-PI/TC, fj. 29 y 39). Para que así ocurra, el artículo 14 del Decreto Supremo N.º 024-2002-MTC, conforme a la característica de inmediatez del SOAT, establece que las aseguradoras procederán al pago e indemnización con la sola demostración del accidente y el daño, sin investigación ni pronunciamiento previo de autoridad alguna, y con independencia de la responsabilidad del conductor propietario o transportista o de la forma de pago o cancelación de la prima. Sin embargo, esta característica de inmediatez y la finalidad social no fundamentan ni adecuada ni suficientemente el extender la cobertura del SOAT a las víctimas ocupantes de otros vehículos que no contaban con certificado SOAT.

Así, no puede ordenarse a las aseguradoras indemnizarlas como ejecución o parte de su servicio de cobertura de seguro privado, puesto que tal actividad o prestación no constituye parte del seguro por ser contraria al mecanismo típico de cobertura de este llamado “mutualidad”, ya que implica cubrir un riesgo (en el mejor de los casos similar al del certificado SOAT emitido) respecto del que no se ha contribuido con aportes parciales —prima— con el fin cubrir los siniestros que ocurran dentro de la respectiva unidad de riesgo. En tal sentido, debe colegirse, más bien, que estas víctimas del accidente no han dejado de ser “ocupantes” de un automotor, que solo podía circular lícitamente si contaba con un certificado SOAT<sup>9</sup> y contribuyendo con su respectiva prima a la cobertura recíproca que es y en que consiste el seguro privado. La existencia o no de seguro privado no depende de la buena fe del pasajero acerca de la cobertura de SOAT del vehículo que aborda.

El Indecopi, en sus loables esfuerzos de que ninguna de las víctimas de un accidente de tránsito quede sin cobertura, ha ordenado como medida correctiva a las aseguradoras prestar un servicio ajeno a su actividad como proveedores y a sus obligaciones contraídas en virtud del certificado SOAT emitido. Así también, lo deja entrever la Quinta Sala de la Corte Superior de Lima, que en su sentencia de 12 de noviembre de 2019 emitida en el Expediente N.º 18770-2016 señaló:

Erróneamente la apelante interpreta en su recurso de apelación que la obligación de la aseguradora es pagar a la víctima un monto establecido por ley y la

9 En sentido similar, acertadamente la Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas de Mercado de la Corte Superior de Lima ha resaltado que el SOAT es un seguro obligatorio, por lo que cada vehículo automotor debe contar con su propia póliza a efecto de poder cubrir los gastos derivados de los accidentes, y que en caso de incumplimiento de la Ley, la responsabilidad no recaerá sobre las aseguradoras de los otros vehículos siniestrados, ya que dichas pólizas solo cubren a los ocupantes de los vehículos cubiertos y a los terceros no ocupantes del vehículo, que a criterio de esta Sala son los peatones (Exp. N.º 18770-2016, fj. 15).

del propietario o conductor es pagar la indemnización por daños y perjuicios determinada en la vía judicial. (fj. 14)

Una definición correcta de “tercero no ocupante” está contenida en las directivas administrativas del Ministerio de Salud (Minsa) en la Directiva Administrativa N.º 210-MINSA/DGSP.V.A1 de fecha 16 de noviembre de 2015, el cual se refiere a este como “persona que sin ser ocupante de un vehículo automotor resulta víctima de un accidente de tránsito en el que ha participado el vehículo automotor asegurado. Son las personas que se encuentran fuera del vehículo, pueden ser peatones o ciclistas” (artículo 5.1).

En la determinación de las personas del asegurado, contratante, beneficiario y tercero perjudicado, luego de aplicar a su identificación las normas de la LCS o de la ley que regule el tipo de seguro del que se trate, puede aplicarse el principio de primacía de la realidad del artículo V.8 del Código para hacer prevalecer lo regulado por estas leyes que son imperativas según el artículo I de la LCS y aplicables según las reglas primera y segunda del artículo IV de la LCS, sobre lo estipulado en la póliza que por ejemplo califique como contratante a un sujeto distinto de que asume la obligación de pago de la prima, cuando con ello se estuvieran vulnerando los derechos de un consumidor.

## **5. El principio de mutualidad y la explotación conforme a plan. Las notas técnicas**

La cobertura recíproca en la que consiste la mutualidad no es efectuar aportaciones en conjunto para cubrir riesgos que puedan ser disímiles en tipo, intensidad o frecuencia. Independientemente de que exista un compromiso de derrama pasiva de parte de los sujetos que aportan a la cobertura (como en las mutuas de seguros), lo imprescindible de la cobertura recíproca llamada mutualidad es la explotación o desarrollo conforme a plan, conforme a los cálculos actuariales que arrojan el costo de la prima pura de un mismo riesgo<sup>10</sup>. Es así como las aseguradoras organizan la contratación masiva para formar y gestionar lo que se denomina “unidades de riesgo”: mutualidades de riesgos de un mismo tipo, cuantitativa y cualitativamente homogéneos, agrupados a efectos de su gestión. Cada valor de prima pura de riesgo y comercial corresponde a la gestión que debe hacerse de una determinada unidad de riesgo.

La prima que paga el tomador jurídicamente es la contraprestación de las obligaciones de la aseguradora de cobertura del riesgo y de pago de la indemnización, capital o renta ante la ocurrencia del siniestro. Como concluye Zegarra Mulánovich (2017), la obligación de cobertura completa la definición de contrato de seguro privado y ella alude necesariamente a la técnica de la mutualidad (pp. 39-40), su gestión incluida. Aunque no se aprecia tan claramente respecto de esta obligación de cobertura el sinalagma genético y funcional propio del contrato de seguro privado (Ramírez Otero, 2006), debido a que es el regulador el encargado

---

10 A la estadística de siniestros en la operación de seguro se refiere también Herrmannsdorfer (1933, pp. 17-20).

de supervisar y exigir el conjunto de operaciones que son el contenido de la cobertura.

Con la celebración del contrato de seguro opera la traslación de las consecuencias económicas del riesgo sobre el patrimonio de la aseguradora, que asume así el compromiso jurídico de indemnizar las consecuencias desfavorables de su verificación (siniestro). De ahí que pueda afirmarse que una póliza es un pasivo financiero para la aseguradora, mientras que para el asegurado significa la propiedad de un activo (Sánchez López y Martín Peña, 1998, p. 446). En el seguro privado se produce una inversión del ciclo productivo que implica que solo después de acontecido el siniestro puede conocerse exactamente cuál era el coste del servicio o prestación otorgado por la aseguradora<sup>11</sup>. Como cobertura recíproca del riesgo que opera a coste parcial, para hacer un seguro privado resulta imprescindible el calcular previamente el grado de probabilidad y la intensidad de los siniestros que pueden producirse dentro de la mutualidad. Si no fuera posible este cálculo o si no se respetan sus estimaciones, el número o la magnitud de los siniestros ocurridos podría superar el monto dinerario reunido con los aportes de la mutualidad, en cuantía que haga imposible cumplir con el pago de las indemnizaciones a que se ha obligado la aseguradora. El grado de probabilidad e intensidad de los siniestros, que determina el monto de la prima a pagar, se calcula de manera aproximada gracias a la ciencia estadística y actuarial.

Debido a la necesidad de determinar cuál es la frecuencia e intensidad del evento dañino e incierto para darle cobertura, los riesgos que cubre una aseguradora son inciertos y fortuitos, pero no incalculables; es decir, siempre deben ser riesgos tasables o estadísticamente mensurables (Garrigues Díaz-Cañabate, 1983, pp. 12-15). La posibilidad de cálculo —tasabilidad— debe poder predicarse respecto del número de siniestros factibles de ocurrir dentro de una mutualidad, la cuantía que alcanzarían los mismos y los fondos necesarios en número e importe para cubrirlos (Manes, 1930, pp. 8-9).

La cobertura recíproca del riesgo permite que el seguro privado ofrezca al sujeto la satisfacción a coste parcial de sus necesidades pecuniarias generadas por el siniestro, pues estas se cubrirán no solo con su ahorro personal sino con las aportaciones de todos los que constituyen el presupuesto personal y económico de la mutualidad. En este sentido, desde muy temprano, la doctrina afirmó que las aseguradoras eran enlace entre varias economías amenazadas por los mismos riesgos, obteniendo de cada una de ellas una contribución económica que va a engrosar un fondo suficiente para responder ante cada asegurado en caso de siniestro. Por lo que la cobertura recíproca del riesgo en que consiste el seguro privado, exige un tipo especial de gestión que unos llamaron explotación en masa y con arreglo a plan (Garrigues Díaz-Cañabete, 1979, p. 256) y de la que cabe destacar la formación de unidades de riesgo. Ese plan inicia con la elaboración de las notas

---

11 Sánchez López y Martín Peña (1998) refieren la peculiaridad de que en el seguro el ingreso precede al gasto (p. 446). La inversión del ciclo productivo es unánimemente advertida por la doctrina, entre otros por García-Pita y Lastres (2000); Tirado Suárez (1989); Martín Retortillo (1988); Vázquez Padura (1984); Del Caño Escudero (1983); Prölss et al. (1974).

técnicas que es sustento estadístico y actuarial necesario para el desarrollo solvente del seguro privado y que también es exigido por la norma de regulación.

Todos los productos de seguro privado deben contar con una nota técnica, tanto los que requieren de una autorización previa al registro de su póliza y colocación (masivos, obligatorios y de personas), como los que admiten la revisión posterior, incluidos los que se negocian de modo individual y no son objeto de registro (Resolución SBS N.º 7044-2021, artículo 6, 10, 13 y tercera disposición complementaria). En el caso del SOAT, el artículo 30.8 de la Ley N.º 27181 exige, además, que la nota técnica se publique en la página web de la aseguradora. Según los artículos 2.j y 21 de la Resolución SBS N.º 7044-2013, la nota técnica es el documento que contiene y describe de forma expresa la metodología y las bases aplicadas para el cálculo de la prima pura o de riesgo y, también, de la prima comercial, todos los conceptos, hipótesis, parámetros y procedimientos utilizados para el cálculo actuarial de estas primas, así como la definición clara y precisa del riesgo y de las obligaciones contractuales cubiertas, estadísticas y demás fuentes de información u otro elemento que ha servido para fundamentar actuarialmente la prima resultante. Antes, la nota técnica se presentaba para su registro junto con el modelo de póliza a que daba sustento, pero desde la Resolución SBS N.º 1825-2019 queda en la aseguradora a disposición de la SBS que puede requerir su presentación cuando lo considere conveniente, para evaluar los principios actuariales, el cumplimiento normativo y la actualización de su contenido a cualquier modificación realizada en la práctica.

Según el artículo 6.c. de la Resolución SBS N.º 7044-2013, es obligación y responsabilidad de las aseguradoras, verificar la congruencia entre lo establecido en las obligaciones contractuales y su nota técnica. Para modelos de pólizas no sujetos a autorización previa, el artículo 13 de esta resolución exige que las aseguradoras presenten adicionalmente un informe legal suscrito por el gerente o asesor legal y por el gerente general, con su pronunciamiento específico sobre el cumplimiento de esta congruencia. Por último, en el artículo 21 de la Resolución SBS N.º 7044-2013, también, se exige que el profesional encargado de la elaboración de la nota técnica suscriba la siguiente declaración jurada:

Por el presente declaro que la metodología aplicada para la determinación de la prima y demás elementos técnicos considerados en la presente nota técnica cumplen con las disposiciones vigentes; asimismo, declaro que he verificado que las obligaciones asumidas en el modelo de la póliza del producto denominado (nombre del producto) se encuentran debidamente respaldadas mediante cálculos actuariales descritos en la presente nota técnica.

Esta necesaria y adecuada consonancia entre los riesgos cubiertos en la póliza con los calculados actuarialmente en la nota técnica, justifica y da verdadero sentido a la regla de interpretación séptima del artículo IV de la LCS —también infundida del principio de mutualidad—, cuyo fin es garantizar en el plano jurídico el respeto a la explotación de la mutualidad conforme a plan, que sirve al desarrollo solvente del seguro. Según esta regla, en la interpretación del contrato,

“la cobertura, exclusiones y, en general, la extensión del riesgo, así como los derechos de los beneficiarios, previstos en el contrato de seguro, deben interpretarse literalmente” (LCS, artículo IV). No cabe, pues, aplicar analogía ni métodos de interpretación similares para extender esta cobertura. Esta literalidad rigurosa está establecida siempre en beneficio de la mutualidad de asegurados o asegurado colectivo y no de la aseguradora. Por lo que, si se hubiera redactado deficientemente la póliza, entonces y para el caso concreto, debe aplicarse más bien la regla tercera del artículo IV de la LCS.

Extender la cobertura del SOAT a los ocupantes de un vehículo cuya placa no es la señalada en las condiciones particulares del certificado, tiene consecuencias negativas en el desarrollo solvente del seguro privado conforme a plan, ya que para este seguro obligatorio el vehículo identificado por su número de placa es la condición particular que delimita el riesgo cubierto<sup>12</sup>. El SOAT es un seguro de accidentes personales en el que la cadencia e intensidad de los siniestros que puedan sufrir los asegurados no está determinada en función de sus condiciones personales (edad, ocupación, etc.), sino —como no podía ser de otro modo— en función de la “peligrosidad” del vehículo cuya placa se anota en el certificado SOAT para causar daño a la vida, salud e integridad personales o por no proteger de él a sus ocupantes y terceros no ocupantes, según su tipo y uso.

En ese sentido, entonces, cuando la Corte Suprema y el Indecopi interpretan que los artículos 30 de la Ley N.º 27181 y 4, 28 y 29 del Decreto Supremo N.º 024-2002-MTC establecen la obligación de que la aseguradora SOAT de uno de los vehículos, en virtud de la cobertura de este seguro indemnice también a los ocupantes de otro de los vehículos participantes en el mismo accidente que no contaba con SOAT, están interpretando las condiciones particulares del certificado de SOAT contra la regla séptima del artículo IV de la LCS y, por ende, alterando la explotación de la mutualidad conforme a plan, en perjuicio de la mutualidad de asegurados o colectivo de asegurados integrantes de la respectiva unidad de riesgo.

Todo riesgo observado acaba siendo medible (ley de los grandes números), y puede cubrirse si se acota debidamente en el contrato a través de las cláusulas de delimitación del riesgo, pero si no se respetan estas cláusulas, se pone en peligro el pago de la indemnización conforme al seguro privado, no el pago a la persona concreta que reclama cobertura sino al asegurado colectivo de la respectiva unidad de riesgo. El riesgo del vehículo sin SOAT con el que impacta el automotor asegurado, de no proteger a sus ocupantes de sufrir lesiones o muerte y la intensidad que puede alcanzar este siniestro, no han sido medidos ni se contienen en el valor parcial de la prima de riesgo del certificado de SOAT del vehículo con el que impactó, su número de placa no aparece en las condiciones particulares de este. Como nos señaló un magistrado al final de una conferencia: el criterio de considerar como “tercero no ocupante” a quien viaja al interior de otro vehículo sin SOAT, va a obligar, en

---

12 Según la definición de condiciones particulares de la normativa reglamentaria de la SBS, son aquellas en las que se individualiza el riesgo asegurado por una póliza determinada, ya sea en función a las partes, al asegurado, o como en el caso del SOAT, en función a la placa del vehículo (Resolución S.B.S. N.º 7044-2013, artículo 2.10).

algún momento, a tener que ordenar que se aplique la cobertura de un certificado SOAT de un vehículo de cuatro pasajeros, a indemnizar los daños sufridos por los ocupantes del bus con que impactó que circulaba sin SOAT.

Cabe preguntarse si desde el punto de vista del derecho del seguro privado la cobertura obligatoria del SOAT de los artículos 30.2 de la Ley N.º 27181 y 4, 28 y 29 del Decreto Supremo N.º 024-2002-MTC incluye en la cobertura de los “terceros no ocupantes” la de las víctimas a bordo de otro vehículo participante en el accidente que no contaba con certificado SOAT. Considerando que los artículos 30.1 de la Ley N.º 27181 y 3 del Decreto Supremo N.º 024-2002-MTC establecen que el SOAT es obligatorio para todo vehículo automotor que circule por el territorio de la República, si este incluyese dentro de su cobertura la de estas víctimas, su nota técnica tendría que haber tasado además el riesgo de la informalidad en el cumplimiento de la ley: determinar los sectores con informalidad, la cadencia —frecuencia— con que los vehículos automotores de ese sector participan en un accidente de tránsito y la cadencia e intensidad de daños a la vida e integridad que las personas pueden sufrir con ocasión de la circulación de estos. Claro que estamos solo teorizando, porque el valor de este hipotético riesgo no se incluye en las notas técnicas de SOAT, sería un supuesto de discriminación negativa obligar a que se incluya en desmedro de quienes sí cumplen con la ley, y en todo caso, este extremo debió consultarse a la SBS. Además, una regulación de este tipo resultaría contraria a la cultura de previsión que, según ha señalado el TC, contribuye a promover un sistema de seguros obligatorios (STC Exp. N.º 0001-2005-PI/TC, fj. 28).

No es aseguradora la que promete, sino la que puede hacerlo de forma segura, sobre la base de cálculos previos actuariales de la prima pura de riesgo y comercial que le corresponde al riesgo delimitado en las condiciones particulares de la póliza. A garantizar este desarrollo solvente de la actividad aseguradora se abocan las normas de ordenación o regulación de la operación de seguro privado, de forma que la SBS puede solicitar las notas técnicas a fin de evaluar su contenido, sustento técnico y congruencia con el modelo de póliza a que corresponden, formulando observaciones cuya no subsanación constituye infracción sancionable, y ordenando otras medidas como la suspensión de la comercialización del producto (Resolución SBS N.º 7044-2013, artículo 24).

La gestión de lo que se denomina unidades de riesgo empieza con su formación durante el proceso de suscripción u organización de la contratación mediante la selección de riesgos, y su gestión forma parte de la actividad de cobertura. De modo que la homogeneidad presente en la observación y cálculo iniciales que sirvió para determinar el valor del riesgo debe buscar reproducirse en la contratación de cobertura de riesgos que se realice<sup>13</sup>, y luego hacerse la gestión en unidades de riesgos homogéneos de la cobertura de los contractualmente asegurados.

---

13 Es necesario que el proceso de suscripción respete los datos de la nota técnica. La doctrina afirma que para que la actividad de seguros sea un negocio estable debe ejercerse profesionalmente y ajustada a todas las normas de la técnica aseguradora incluido el reaseguro (Del Caño Escudero, 1983, p. 53).

Nunca puede soslayarse la consideración de la ley de los grandes números, que de una u otra forma infunde la gestión de la mutualidad, y según la cual es la observación prolongada de un mismo riesgo la que sirve para determinar y estimar cuantitativamente su cadencia e intensidad. En este sentido, los aseguradores deben observar el principio de la homogeneidad cuantitativa de los riesgos<sup>14</sup>. Lo que implica que, además de solo cubrir los riesgos comprendidos en los ramos para los cuales han sido autorizadas, las aseguradoras deberán constituir reservas especiales para cada uno de ellos. De lo contrario, sería imposible aplicar correctamente el cálculo de probabilidades —que varía de unos riesgos a otros—, así como adecuar las reservas a los siniestros de probable producción, introduciendo, de no respetarse aquel principio, la inseguridad en el pago de las indemnizaciones a sus asegurados (Broseta Pont y Martínez Sanz, 2022, p. 405).

La homogeneidad que debe respetarse al formar unidades de riesgos implica que el valor o suma asegurada de los riesgos cubiertos no puede sobrepasar una determinada cantidad promedio dentro de la mutualidad. Al respecto, como señaló la doctrina:

las unidades de riesgo no se forman atendiendo exclusivamente a la probabilidad del daño de los objetos, sino teniendo también en cuenta las cantidades que puedan gravitar sobre la empresa en caso de producirse el accidente. La igualdad de valor representado sobre los riesgos es, pues, el ideal de una unidad de riesgos. (Manes, 1930, p. 226)<sup>15</sup>

A esta unificación cuantitativa para alcanzar el valor promedio de la materia asegurada, contribuyen el coaseguro y el reaseguro, que también ayuda a la unificación cualitativa, ya que al ampliar la zona de difusión de los riesgos e incluso internacionalizarlos se logra “una mayor regularidad en el desenvolvimiento del conjunto” (Herrmannsdorfer, 1933, p. 24).

Para entender la explotación conforme a plan, sirve el graficar a las aseguradoras como gestores de riesgos: los riesgos del cálculo o tasación del evento dañino e incierto —cuyo error da lugar a desviaciones favorables o desfavorables de la siniestralidad—, los riesgos a cuya cobertura se obligan por contrato —y, que ante un inadecuado proceso de producción, da lugar a los riesgos de suscripción—, los riesgos de gestión de siniestros —que implica asumir siniestralidad adversa por fraude no detectado o por inadecuada evaluación de las solicitudes de cobertura— y los riesgos propios del proceso de inversión de las reservas técnicas a través de la intermediación financiera. La actividad de cobertura inicia, entonces, antes del contrato con un concreto tomador y podría resumirse en esta gestión de riesgo que describimos. El garantizar un ejercicio solvente del seguro privado conforme a plan está en el germen de la vis protectora del derecho de los asegurados que posee el derecho del seguro privado contractual y regulatorio.

14 Herrmannsdorfer (1933) vincula este principio de homogeneidad, con la formación de grupos de riesgos del mismo tipo o clase (incendios, robos, etc.) y de la misma intensidad (p. 24).

15 En el mismo sentido, Herrmannsdorfer (1933) señalaba que “la cuantía de los seguros debe ser uniforme en todo lo posible” (p. 23).

## 6. El derecho de subrogación del asegurador y el principio indemnizatorio

La subrogación del asegurador en los derechos que corresponden al asegurado contra el tercero responsable del siniestro está regulada en la LCS en sus artículos 99 y 100 del capítulo II y en el artículo 116 del capítulo III. El artículo 99 de la LCS reconoce este derecho del asegurador con carácter general para los seguros de daños patrimoniales; y el artículo 116 de la LCS lo admite en los seguros de personas para que el asegurador se haga cobro de gastos efectuados por asistencia médica. Señala el primero de estos artículos titulado “Subrogación”:

El asegurador que ha pagado la indemnización se subroga en los derechos que corresponden al contratante y/o asegurado contra los terceros responsables en razón del siniestro, hasta el monto de la indemnización pagada.

Es lícito pactar la renuncia a la subrogación, salvo en el supuesto de dolo. (LCS, artículo 99).

La aseguradora se subroga en los derechos del asegurado contra los sujetos civilmente responsables de los daños del siniestro, y contratante y asegurado tienen el deber de no perjudicar y garantizar en la medida de lo posible que la aseguradora llegue a adquirir estos derechos. Prever la subrogación del asegurador es “establecer un mecanismo de actuación del principio indemnitario” (Tato Plaza, 2002, p. 53). Así, pues, ya sea que se reconozca como un principio autónomo o como un desarrollo del principio indemnizatorio (regulado en el artículo II.b de la LCS), el derecho de subrogación del asegurador tiene su fundamento en evitar que el asegurado obtenga un lucro a consecuencia del siniestro.

Al ser distintas las causas del derecho a resarcimiento (el hecho ilícito) y la del pago de la indemnización (el contrato de seguro), el abono de esta no debería suponer la liberación del tercero responsable, ya que el hecho dañino fue condición y no causa del pago de la indemnización contractualmente prevista. Por ello, con la subrogación del asegurador se evita que el asegurado, ejerciendo sus acciones contra el responsable, acabe percibiendo una reparación que supere el importe del daño sufrido a consecuencia del siniestro. Adicionalmente, la atribución a la aseguradora de los derechos contra el tercero responsable se fundamenta en que el pago de la reparación por parte de este tendría para ella un efecto liberador de su obligación contractual de pagar la indemnización prometida. El asegurador tiene en esencia un derecho de reembolso contra el asegurado, de tal modo, injustamente enriquecido. Pero, por razones prácticas y dogmáticas, las leyes de seguro reconocen a las aseguradoras desde el inicio el derecho a ejercer directamente las acciones de su asegurado contra el tercero, ya que una vez indemnizado un asegurado carecería de incentivo para ejercerlas, más aún si puede ser demandado en reembolso por su asegurador (Tato Plaza, 2002, pp. 41-55)<sup>16</sup>. También

16 En contra de quienes fundamentan la subrogación en la transferencia de las consecuencias dañosas del siniestro hacía la aseguradora que opera *inter partes* por el contrato de seguro a cambio de la prima (Isern Salvat, 2017, pp. 548-549), como especie de sustitución integral de la aseguradora también en los derechos del asegurado. Esta tesis, dice Tato Plaza (2002), ve al asegurador como perjudicado con un derecho propio al resarcimiento, empero su obligación de pago es indepen-

es propio del derecho de seguros, en atención a la técnica aseguradora, buscar evitar efectos perversos de desviación o incremento de la siniestralidad prevista (siniestralidad adversa), lo que se daría si, indirectamente, se fomenta un accionar imprudente o temerario de terceros, con la confianza de que las consecuencias dañinas de su conducta en la integridad o propiedad de otros, no solo será cubierto por los seguros de estos, sino que —sin subrogación— tampoco existe entonces una probabilidad cierta (necesidad o incentivo) de que la víctima del daño o sus sucesores accionen en su contra.

Por su fundamento —evitar un lucro a consecuencia del siniestro—, la subrogación del asegurador se concede en los seguros que se rigen estrictamente por el principio indemnizatorio, que en general son los de daños patrimoniales, así se regula en el artículo 99 de la LCS. Pero las leyes de seguro también han atendido a que existen aspectos de ciertos seguros de personas, como la forma en que los seguros de accidentes dan cobertura a los gastos de curación, en que se aplican los mismos criterios de indemnización objetiva que en un seguro de daños patrimoniales y, por tanto, no existe razón para excluir al asegurador de subrogarse también en estos casos (Tato Plaza, 2002, pp. 55-56). Así, el artículo 116 de la LCS —del Capítulo III de disposiciones generales sobre seguros de personas— regula el derecho del asegurador de subrogarse en los derechos que tenga su asegurado contra un tercero a consecuencia del siniestro, para recuperar u obtener reembolso de los gastos médicos o de asistencia sanitaria pagados, ya que en su cobertura un seguro de persona opera como si fueran de daños o patrimoniales en sentido estricto (como de indemnización efectiva) (Sánchez Calero, 2010a, pp. 2084-2085). Ciertos seguros de personas, como el de accidentes, pueden otorgar indemnizaciones de suma (por lesiones corporales y muerte) de importe preestablecido en una tarifa legal o convencional, por lo que tal resarcimiento será siempre parcial, y, en sus coberturas de los daños emergentes del siniestro —como honorarios, gastos por asistencia médica y farmacéuticos—, aplicar a plenitud el principio indemnizatorio (Stiglitz, 2016, pp. 6-7), lo que permite que se otorgue el derecho a la aseguradora de subrogarse en el reembolso de estos últimos así liquidados, para evitar el lucro posterior del asegurado.

Aplicando el artículo 116 de la LCS y el principio indemnizatorio del artículo II.b de la misma, a la interpretación del cuarto párrafo del artículo 17 del Decreto Supremo N.º 024-2002-MTC, podemos señalar que este regula el derecho de las aseguradoras de accidentes personales (ramo 061) y de asistencia médica (ramo 064) de las víctimas ocupantes del vehículo sin SOAT, a subrogarse en los derechos de estas y solicitar a los terceros responsables el reembolso de los gastos médicos que les pagaron en virtud de estos seguros. Ante la inexistencia de SOAT, las coberturas de cualquiera de estos dos tipos de seguros necesariamente debieron activarse desde el inicio, y no sobre el exceso como hubiera correspondido a tenor del artículo 30.6 de la Ley N.º 27181. Entonces, bajo una interpretación

---

diente de la causa del siniestro, y el simple pago no lo convierte tal sino en todo caso cabe reconocer que sufre un perjuicio indirecto (pp. 48-51).

sistemática de todo el régimen de SOAT, resulta lógico que el cuarto párrafo del artículo 17 del Decreto Supremo N.º 024-2002-MTC regule el derecho de estas aseguradoras de seguros de salud<sup>17</sup> a subrogarse para obtener reembolso de los gastos médicos pagados de parte de los terceros responsables, que serían el conductor, propietario y prestador del servicio de transporte, conforme a la responsabilidad solidaria que atribuyen los artículos 29 de la Ley N.º 27181 y 2 del Decreto Supremo N.º 024-2002-MTC por los daños y perjuicios sufridos por los ocupantes de un vehículo en un accidente. La legislación de otros países, como España, admiten que el asegurador de accidentes personales y de asistencia sanitaria del perjudicado pueda subrogarse en los derechos que correspondan a su asegurado, no solo contra el conductor que causó el siniestro sino también contra su aseguradora de responsabilidad civil, siempre para reembolso de gastos de asistencia sanitaria o gastos médicos en que incurrió en cumplimiento de sus obligaciones contractuales de seguro (Sánchez Calero, 2010a, pp. 2099-2100).

La Quinta Sala (anteriormente Octava Sala) de la Corte Superior de Justicia de Lima, hasta la fecha, mantiene el criterio conforme al cual el cuarto párrafo del artículo 17 del Decreto Supremo N.º 024-2002-MTC regula el derecho de repetición que permite a las aseguradoras el reembolso de lo pagado a las personas con las cuales estaban obligadas a responder contractualmente (Exp. N.º 7752-2015). Para esta sala, este supuesto sería aquel en que la aseguradora de SOAT tuvo que cubrir al 100 % los daños sufridos por un peatón, debido a que el otro vehículo interviniente no contaba con SOAT. Se trata de un criterio acorde a los principios positivos sectoriales del seguro privado, pero conviene precisar que el supuesto descrito por la Sala Superior no puede interpretarse como un derecho de subrogación de la aseguradora de SOAT en los derechos que contra los terceros responsables tengan aquellos a los que pagó indemnizaciones por muerte, incapacidad o invalidez, sino que la aseguradora estaría, en tales casos, ejerciendo un derecho propio que le concede la ley al reembolso de aquella parte que debió pagar porque el vehículo que conducían o del que eran propietarios estos sujetos responsables fue puesto en circulación sin SOAT.

### **7. Vis protectora del derecho del seguro privado. El principio pro asegurado**

La intervención estatal que recae sobre la aseguradora y su actividad se justifica en la especialidad de la operación económica de seguro privado y en los intereses generales que dependen de su correcto desarrollo. Los artículos 345 y 347 de la Ley N.º 26702 establecen que es objeto y finalidad de la SBS proteger los intereses del público en el ámbito del sistema de seguros, cautelando la solidez económica y financiera de las personas sujetas a su control, y velando por el cumplimiento de las normas legales, reglamentarias y estatutarias que las rigen, y ejerciendo para ello el más amplio control de todas sus operaciones y negocios. La exposición de motivos de la Ley de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades

---

17 Los denominados seguros de salud del artículo 117 de la LCS abarcan los ramos de asistencia médica y accidentes personales (Busto Lago, 2017, págs. 648, 657).

aseguradoras y reaseguradoras española, ha descrito con mayor detalle la función tutelar del derecho del seguro privado:

El papel esencial en la economía que juegan el sector financiero y, en particular, el sector asegurador, ha justificado históricamente una regulación e intervención pública mayor que en otros sectores. Desde la Ley de 14 de mayo de 1908, que inició en España la ordenación del seguro privado, esta regulación se ha caracterizado históricamente por su función tutelar de los tomadores, asegurados, beneficiarios y terceros perjudicados de contratos de seguro privado. La actividad aseguradora supone el intercambio de una prestación presente y cierta, la prima, por una prestación futura e incierta, la indemnización. Esta situación exige garantizar que cuando eventualmente se produzca el siniestro que motive el pago de la indemnización la entidad aseguradora esté en situación de poder hacer frente a su obligación. Ello justifica que la ordenación y supervisión de las entidades aseguradoras por los poderes públicos resulte una materia de interés público, para comprobar que mantienen una situación de solvencia suficiente que les permita cumplir su objeto social. (Ley 20/2015 de 14 de julio, preámbulo)

La función tutelar o vis protectora del derecho de seguros privado opera desde la regulación y supervisión de la actividad que las aseguradoras desarrollan como objeto exclusivo, ya que, al tomador, al asegurado y a los terceros, beneficiario y perjudicado, se les protege garantizando el solvente desarrollo de la operación de seguro. En la cobertura recíproca en que consiste el seguro privado, el asegurador se coloca como enlace, gestor de riesgos (Ramírez Otero, 2012, p. 63) o administrador de fondos (Núñez Del Prado Simons, 2015), de forma que la ordenación y regulación de su actividad resulta necesaria en protección cuanto menos de los siguientes intereses públicos:

- (a) Los intereses de la mutualidad de asegurados a que atiende cada unidad de riesgo, a los cuales el ejercicio solvente del seguro o la corrección de la actividad de cobertura bajo permanente supervisión, les proporciona satisfacción de su necesidad de seguridad frente al riesgo a la que Sánchez Calero y Sánchez-Calero (2015) llamó necesidad “actual” (p. 492), cumpliéndose así la función social del seguro de “sustituir la ansiedad paralizadora de las actividades por la seguridad” (Vicent Chulià, 1990, p. 368).
- (b) En segundo lugar, el interés general de que cuando se verifiquen siniestros dentro de la mutualidad, los asegurados y terceros beneficiarios o perjudicados —colocados a veces incluso en estado de necesidad— puedan ser indemnizados o recibir el capital y la renta contratados, a pesar de la inversión del ciclo productivo.
- (c) El interés de las unidades económicas deficitarias del mercado en que las aseguradoras invierten —como inversionistas institucionales— las primas recaudadas, sobre todo a efectos de acreditar la adecuada cobertura de las reservas técnicas según su tipo.

No se puede atender a la satisfacción de estos intereses solo contractualmente, sino, más bien, es necesario regularlos principalmente a nivel regulatorio, supervisando, garantizando y, también, permitiendo el solvente desarrollo de la operación económica de seguro privado conforme al plan. Entonces, la vis protectora del derecho de seguro privado opera respecto del contractual y del regulatorio, y tanto a nivel individual en protección del tomador, asegurado, tercer beneficiario y perjudicado que contrató o para el que se contrató el seguro, que sufre el siniestro, que solicita su cobertura y espera el pago de la indemnización, suma o renta, como a nivel del asegurado colectivo o de la mutualidad de sujetos de la respectiva unidad de riesgo. Zegarra Mulánovich (2017) ha propuesto, también, una visión dual para analizar el concepto de asegurado que es sujeto de protección en la LCS, distinguiendo entre el asegurado *in concreto*, es decir, el individualmente considerado y el asegurado *in abstracto*, como categoría a la que denomina posición de asegurado en el contrato de seguro y que se corresponde con el conjunto o colectivo de todos los asegurados individuales (p. 49).

La protección a nivel individual es evidente en las leyes que regulan el contrato de seguro, la documentación contractual, el contenido mínimo de las pólizas, los derechos y deberes de ambas partes, la gestión del siniestro y la actividad de los auxiliares e intermediarios de seguros, entre otras. En su casi totalidad, la mutualidad de contratos se logra a través del recurso a la contratación por adhesión y condiciones generales de contratación. Esto se ha plasmado en el artículo III de la LCS, que parte de la premisa de que el contrato de seguro se celebra por adhesión, por lo que la LCS cuya aplicación es imperativa, según su artículo I, da al tomador la protección propia de la parte débil de la relación contractual con asimetría organizacional.

Desde la promulgación de la LCS se criticó que se aplique incluso al seguro de grandes riesgos para el que sus normas podrían resultar hasta inadecuadas, mientras que otros lo consideran adecuado por ser siempre preferible que sea el juez quien determine cuándo se aplica la excepción por cláusulas negociadas o más beneficiosas (Núñez Del Prado Simons, 2015). Particularmente, considero que no excluir a los grandes riesgos de la aplicación de la LCS es una solución más acorde a nuestra realidad nacional que no posee una fuerte cultura de seguro y donde existe no solo una asimetría organizacional sino también una fuerte asimetría informativa. He podido asistir a casos que se dieron antes de la promulgación de la LCS, en los que una aseguradora (que hoy ya no forma parte del mercado) emitió pólizas para cubrir determinados riesgos a nivel nacional de una entidad del sistema financiero, y resultó que, al producirse el siniestro, la póliza era inejecutable, debido a que sus cláusulas contenían normas de gestión de siniestros y liquidación de ajuste de daños, adecuadas a un siniestro de incendio muy distinto del que se solicitó cubrir. De este tamaño es la asimetría informativa del tomador y asegurado, tanto así, que esta se encuentra en el nacimiento mismo de la figura de los corredores de seguros y en su parcialidad a favor del tomador y asegurado (art. 337 de la Ley N.º 26702) cuya asimetría

se buscaría reducir, y sería la razón última de que su comisión la paguen las aseguradoras.

El caso antes citado puede servir, también, de ejemplo del estado de necesidad de cobertura de lo que Sánchez Calero y Sánchez-Calero (2015) llamó necesidad actual de protegerse o deseo de previsión, en la que, por definición, se encontraría siempre la contraparte de la aseguradora. A este estado alude Zegarra Mulánovich (2017) como sustento de la protección de la posición de asegurado en el contrato de seguro que dispensa la LCS, un estado de necesidad que dice pertenece a la estructura misma de este contrato, y que se corresponde con una “vulnerabilidad” mucho más radical e inevitable que el hecho de padecer una asimetría organizacional en el poder de negociación (que podría ser pasajera o no existir), y que explica que la protección de la LCS se imponga imperativamente haya o no contrato por adhesión y sea o no consumidor la contraparte de la aseguradora (p. 57). El Indecopi contempló este estado de necesidad en el caso Segundo David Ipanaque y Mi Banco y La Positiva Seguros al señalar:

en el caso del mercado de seguros, el asegurado o tomador es objeto de una especial protección por parte del derecho de seguros, cuya vis protectora sobre este sujeto encuentra su causa en el hecho de que padece un riesgo o amenaza que lo compele a entregar una prestación económica actual a cambio de una promesa de cobertura futura. Este riesgo coloca al asegurado en un estado de necesidad desde las etapas precontractuales hasta el momento de ejecución de la cobertura, haciendo necesario que, para que pueda alcanzar una cobertura efectiva, reciba un asesoramiento que redunde en una mejor transparencia en el mercado. En este sentido, las normas del derecho de seguros que regulan a los mediadores –agentes y corredores-, e incluso al personal de las aseguradoras encargado de la producción de seguros, exigen de estos unos conocimientos especializados y en algunos casos independencia respecto del proveedor, a fin de que puedan reducir la asimetría informativa del asegurado. De esta manera, las normas reguladoras del derecho de seguros reconocen explícitamente la existencia general de una asimetría informativa relevante entre todo contratante de seguros, sea o no consumidor, y la empresa aseguradora. (Resolución N.º 552-2014/INDECOPI-PIU, fj. 36)

En la LCS, esta vis protectora del derecho de seguros como principio pro asegurado se regula en el artículo II.f, que señala: “El contrato de seguro se rige por los siguientes principios: [...] f) Las estipulaciones insertas en la póliza se interpretan, en caso de duda, a favor del asegurado” (LCS, artículo II.f). En este apartado, en cuya literalidad se lee, más bien, una regla de interpretación del contrato de seguro, se recoge el principio pro asegurado, con la fortuna de que, por tratarse de un principio del derecho, su juridicidad no depende de que sea regulado — con más acierto — por una norma. Puede que el legislador de la LCS, centrándose en la importancia de proteger al asegurado en su asimetría informativa y organizacional frente a las aseguradoras que estipulan e imponen el contenido contractual, no advirtiese que lo que regulaba era solo la dimensión interpretativa del principio pro asegurado.

De lo antes indicado hace denuncia Zegarra Mulánovich (2017) al referir que, además de no contenerse una adecuada cita de ese principio, se legisla reducido a la póliza que incluso podría no existir por ser el seguro un contrato consensual, cuando, en cambio, este principio posee las siguiente otras dimensiones en el ámbito contractual:

- 1) Una dimensión fundamentadora de la regulación legal del contrato de seguro, que esta implícita en el primer párrafo del artículo I de la LCS y en la regla de interpretación decimosegunda del artículo IV de la LCS.
- 2) Una dimensión integradora de la regulación legal del contrato de seguros en tanto tenga lagunas normativas.
- 3) Una dimensión interpretativa de la regulación legal conforme a la cual las disposiciones de la LCS y de cualquier norma de seguro privado deben interpretarse en caso de duda, a favor del asegurado, a semejanza indica el autor, del pro consumidor y del pro operario del derecho laboral.
- 4) Una dimensión interpretativa del contrato que es la que se alude en el apartado f) del artículo II LCS y en otros estos otros lugares como en las reglas tercera, octava y novena del art. IV, segundo párrafo del artículo 26 y 31. (Zegarra Mulánovich, 2017, págs. 89, 90, 101, 102).

Tanto el principio pro consumidor como el principio pro asegurado, en su dimensión interpretativa, se aplican a la interpretación de leyes y cláusulas contractuales, pero una comparación entre ambos solo podría reflexionarse o intentarse a nivel de protección del asegurado individual que tenga, a su vez, la condición de consumidor conforme al artículo IV.1. del Código. Pero, si consideramos la vis protectora del derecho del seguro privado contractual y regulatorio, es necesario concluir que, por regla general, el ámbito de protección que dispensa la LCS siempre será un ámbito de protección cualificado por técnico, ya que todas las normas de contrato de seguro —y también las leyes especiales de seguro— están inspiradas en los principios jurídicos sectoriales del seguro, no pueden contradecirlos y debe huirse de cualquier interpretación que les otorgue un sentido contrario; lo que explica que la LCS sea imperativa según el artículo I de la LCS.

Por otro lado, consumidores de seguros individual pueden ser todos los sujetos intervinientes como tomador, asegurado, o terceros, beneficiario o perjudicado, en tanto “utilizan” o disfrutan del servicio de cobertura de riesgos” (Sánchez Caballero, 1997), siempre que lo hagan como destinatarios finales a criterio del derecho de consumo o se trate de microempresarios con los requisitos del artículo I.1.1.3 del Código. A todos estos consumidores individuales de seguros y también a los no consumidores les protege el derecho de seguro privado, ya que parte de la premisa de que el contrato de seguros es por adhesión, y que todos estos sujetos tienen asimetría organizacional e informativa frente a las aseguradoras. Como señala Núñez del Prado Simons (2015), las leyes de contrato de seguro no están limitadas a amparar solo a las personas naturales y a las mypes, como sí ocurre con el Código (p. 50).

La vis protectora del derecho de seguro privado abarca, al mismo tiempo, al consumidor de seguros individual y al consumidor de seguros colectivo. Existen supuestos en que los riesgos de toda la unidad o mutualidad están referidos en su totalidad a consumidores respecto de las prestaciones contratadas con la aseguradora, como, por ejemplo, lo son los asegurados del SOAT, para los que se contrata un certificado a fin de cubrirlos cuando en su condición de víctimas de un accidente de tránsito como “ocupantes” o “terceros no ocupantes”, sufran el siniestro de muerte o lesión que afecte su vida, salud o integridad física, y requieran —ellos o sus deudos— de un resarcimiento en forma de indemnización o cobertura de gastos médicos o de sepelio.

No obstante, hay que señalar que no se precisa que la unanimidad de asegurados a la que se refiera la unidad de riesgo tenga la condición de consumidor, ni mucho menos, ya que la protección del consumidor de seguros colectivo alude a la necesidad de protegerle como parte de una mutualidad o unidad de riesgos, garantizándose, respetando, sin afectar ni poner en riesgo la indemnización de su futura y eventual necesidad pecuniaria, protegiéndolo de la siniestralidad adversa que encarece su prima. En resumen, teniendo en consideración estos intereses suyos, aunque no sea parte de un procedimiento administrativo sancionador o de un proceso judicial. Esta interpretación concuerda con lo señalado por la Quinta Sala de la Corte Superior de Lima, en sentencia de apelación en el Expediente N.º 13158-2017, sobre que la ampliación de las obligaciones de las aseguradoras de SOAT a beneficiarios no contemplados, tiene un claro efecto nocivo en tanto se trasladarán los gastos de quienes no contrataron el SOAT a las personas que sí lo hicieron, ellos pagarán finalmente las indemnizaciones a través del aumento de las primas (fj. 3.8); y recordando a los órganos jurisdiccionales de la necesidad de medir el impacto de sus decisiones en proteger derechos de personas que no se encuentran representadas en la acción contencioso-administrativa (fj. 3.9).

## **8. La aplicación del artículo I de la LCS y la protección del consumidor de seguros**

El cuarto y el quinto párrafo del artículo I de la LCS resultan aplicables cuando se está ante un consumidor de seguros, y establecen las siguientes reglas sobre el orden de aplicación de las normas de seguros y de consumidor:

En los contratos de seguro en los que el contratante o asegurado tengan la condición de consumidor o usuario es de aplicación el Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley 29571, y demás normas pertinentes, en lo no expresamente regulado por esta ley.

No obstante, en caso de conflicto son de aplicación las normas más favorables al consumidor o usuario. (LCS, cuarto y quinto párrafo del artículo I)

En el cuarto párrafo de este artículo I de la LCS, la primera disposición que se contiene reafirma el carácter imperativo de la LCS frente a las disposiciones del Código u otra norma que pudiera resultar pertinente, que, más bien, se aplican

“en lo no expresamente regulado” por la LCS. Como ya señalamos, no pueden preterirse los principios jurídicos positivos sectoriales del derecho de seguro privado por no estar supuestamente “expresamente regulados”, ya que estos cuentan con una juridicidad intrínseca. Su incorporación al ordenamiento jurídico o al derecho vigente es natural y no depende de que sean ratificados por el derecho positivo, ni es posible consagrar una nómina definitiva o positivizar con precisión acabada los supuestos en que operan y sus consecuencias (Vigo, 2006, pp. 140-141). Por otro lado, los principios del derecho del seguro privado, algunos —los más importantes— plasmados en el artículo II de la LCS, tienen una función supletoria o integradora, dado que se aplican también a falta de ley o costumbre (Zegarra Mulánovich, 2017; Vigo, 2006). Por eso, antes de aplicar una norma del Código u otra que resulte pertinente a la solución de un conflicto sobre derechos de un consumidor de seguros, por falta de una disposición expresa en la LCS, debe cotejarse —conforme al cuarto párrafo del artículo I de la LCS— si esa norma resulta contraria a uno de los principios jurídicos positivos sectoriales del seguro privado, labor que implica obtener una regla no expresa del ordenamiento de seguros, sobre la base de la función fundamentadora de sus principios sectoriales.

El último párrafo del artículo I de la LCS señala: “No obstante, en caso de conflicto son de aplicación las normas más favorables al consumidor o usuario”. Por lo ya expuesto, esta norma no contiene una disposición que otorgue licencia para aplicar el Código o cualquier otra “norma pertinente”, antes que una norma de la LCS o de la ley especial del seguro de que se trate, que se sustentan o inspiran en los principios jurídicos positivos sectoriales del derecho de seguro privado, o interpretarla con un sentido contrario a uno de estos principios.

Estamos bastante familiarizados con que es en virtud del principio pro consumidor, que se debe discernir y aplicar el sentido o interpretación de la norma o cláusula contractual que es más favorable al consumidor o usuario, identificando, además, lo más favorable con la pretensión del denunciante o la medida correctiva solicitada. Según este principio recogido en el artículo V.2 del Código,

en cualquier campo de su actuación, el Estado ejerce una acción tuitiva a favor de los consumidores. En proyección de este principio en caso de duda insalvable en el sentido de las normas o cuando exista duda en los alcances de los contratos por adhesión y los celebrados en base a cláusulas generales de contratación, debe interpretarse en sentido más favorable al consumidor.

En el apartado siguiente analizamos las razones de por qué el principio pro consumidor no puede aplicarse para inclinarse a atribución al denunciante de la calidad de asegurado, beneficiario o tercer perjudicado. Basta hacer notar ahora que las disposiciones contenidas en el cuarto y quinto párrafo del artículo I de la LCS se aplican cuando estamos ante un consumidor del que previamente debe haberse determinado conforme a las normas de la LCS —o de la ley especial que regule el tipo de seguro de que se trate— su calidad de tomador, asegurado o tercero beneficiario o perjudicado.

El principio pro consumidor tampoco se aplica directamente para juzgar el sentido más favorable de una cláusula contractual, sino las reglas de interpretación

del contrato de seguro previstas en el artículo IV de la LCS, las cuales no contienen disposiciones ni pueden interpretarse en un sentido distinto de los principios sectoriales del seguro, que infunden los preceptos de este sector no los del Código. La tercera regla del artículo IV del Código señala:

Los términos del contrato que generen ambigüedad o dudas son interpretados en el sentido y con el alcance más favorable al asegurado. La intermediación a cargo del corredor de seguros no afecta dicha regla ni la naturaleza del seguro como contrato celebrado por adhesión.

Resulta interesante comparar y distinguir el escenario en el que se aplica el principio pro consumidor el cual es de “duda insalvable en el sentido” de las normas o “duda insalvable en los alcances” de los contratos por adhesión o celebrados sobre la base de cláusulas generales de contratación (LCS, artículo V.2); con el supuesto de aplicación de la norma de interpretación tercera del artículo IV de la LCS, que es que “los términos del contrato que generen ambigüedad o dudas”. No puede haber duda insalvable si se sabe leer la nota técnica del producto, por lo que, en nuestra opinión, en esta regla tercera se sanciona la ambigüedad creada por el predisponente del contenido, y la única pregunta que debería caber objetar en este escenario de ambigüedad o duda es cuánto afecta el alcance más favorable al asegurado individual al consumidor colectivo de seguros, o si entra en contradicción con el resto de normas de la LCS.

Bajo riesgo de desproteger al consumidor de seguros colectivo, afectando, por ejemplo, la explotación conforme a plan, no puede juzgarse el beneficio o favor de una norma, cláusula contractual o sentido interpretativo de las mismas para el consumidor asegurado, tomador, tercero beneficiario o perjudicado individuales, sin primero atender a su conformidad con los principios jurídicos positivos sectoriales del derecho del seguro privado, ya que estos necesariamente contienen en su germen la constante referencia a la operación económica de seguro privado, y porque su contravención aqueja de invalidez el resultado o decisión. Así, tenemos que la interpretación de la cobertura de SOAT del “tercero no ocupante” de los artículos 30.2 de la Ley N.º 27181 y 4, 28 y 29 del Decreto Supremo N.º 024-2002-MTC como aplicable a los siniestros de las víctimas que viajaban al interior de otro automotor que no contaba con certificado SOAT, no solo no era la “interpretación más favorable a los consumidores del país” (Casación N.º 12291-2014, fj. 5.2.). Sino que, más bien, es una interpretación que desprotege al asegurado consumidor colectivo (cuya necesidad de seguridad es también de interés público), tanto por poner en riesgo la cobertura y el pago de sus indemnizaciones a futuro por alterar la explotación de la mutualidad conforme a plan, que es lo único capaz de garantizar a la fecha el solvente desarrollo del seguro privado, como porque para evitar esto, este costo terminará incrementando en algún momento la prima que paga el consumidor tomador colectivo.

Siguiendo con el análisis del quinto y último párrafo del artículo I de la LCS, según el cual “en caso de conflicto son de aplicación las normas más favorables al consumidor o usuario”, cabe apreciar que este directamente alude a elegir la

interpretación más favorable al consumidor o usuario, a diferencia del cuarto párrafo anterior que establece como supuesto de aplicación estar ante contratos de seguro en los que el contratante o asegurado tengan la condición de consumidor o usuario. En este sentido, en virtud del quinto párrafo del artículo I de la LCS cabe atender a la protección de consumidores de seguros potenciales o expuestos, en virtud de normas que son más propias del derecho de consumo y que no se encontraran normalmente en una ley de contrato de seguro. Este tipo de consumidores no necesitan ser asegurados, tomadores o terceros beneficiarios o perjudicados al amparo de un determinado contrato.

El caso antes señalado sería este el caso resuelto por el Indecopi de Miguel Angel Céliz Ocampo y Rimac Seguros, por discriminación en el consumo, al haber negado esta aseguradora la contratación de un seguro Red Médica a favor de su hija con síndrome de Down. En la Resolución N.º 2135-2012/SC2, el Indecopi aplicó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, su protocolo facultativo y los artículos 1.1.d y 38 del Código, a fin de amparar los derechos de la consumidora. Lo dispuesto por este último párrafo del artículo I de la LCS resulta, también, aplicable a aquellos supuestos en que nos encontremos frente a un consumidor expuesto de seguros. Podría ser el caso de una denuncia de los deudos de un asegurado que sientan vulnerados sus derechos porque la aseguradora habría infringido la reserva del acto médico contenido en la historia clínica del artículo 25 de la Ley N.º 26842, que debería entonces concordarse con el ámbito de facultades que a esta confieren los artículos 69 y 74 de la LCS.

Aparte de estos dos supuestos especiales que estarían regulados en el último párrafo del artículo I de la LCS, cabe hacer una comprensión más genérica de lo ahí dispuesto. La locución adverbial “no obstante” que inicia este párrafo, da cuenta de que, en algunos casos, podría no resultar aplicable la totalidad de lo dispuesto en el cuarto párrafo anterior. No debe, pues, colegirse que este último párrafo necesariamente regula un escenario de dicotomía entre una norma de seguros —de la LCS o de otra norma especial de seguros— y una del Código estableciendo la regla de siempre elegir esta segunda, sino, más bien, que al consumidor puede resultar aplicable tanto la protección del derecho de consumo como la del derecho del seguro privado. En especial respecto de este quinto párrafo resulta pertinente lo señalado por Zegarra Mulánovich (2017), que, al reflexionar sobre la protección del artículo I de la LCS al asegurado consumidor, indica que el resultado de estas normas, con las cuales se hace precisión de la aplicabilidad del estatuto de consumidor al contrato de seguros, es reforzar aún más la protección al asegurado en el supuesto en el que este sea consumidor. Ocurre que el derecho de seguro privado no agota toda la protección que requiere un consumidor y que el derecho de consumo contiene.

Sobre lo antes indicado cabe citar como ejemplo lo resuelto por el Indecopi en el caso de Alberto Baldeón Daviran y Mapfre Compañía de Seguros, en que esta autoridad señaló que, aunque el artículo 69 de la LCS facultaba a la aseguradora a requerir información que le permita verificar la efectiva ocurrencia del siniestro, no resultaba razonable solicitar un perfil ocupacional en un determinado formato

firmado y sellado por el empleador, supeditando la evaluación de caso a su presentación, cuando ya se le había entregado una constancia del Ministerio de Trabajo que demostraba la causalidad que deseaba determinar (Resolución N.º 1122-2018/CC1-INDECOPI, fj. 33). El documento que requería Mapfre fue uno adicional, cuya solicitud, según la Resolución SBS N.º 3202-2013, suspende el cómputo del plazo de gestión del siniestro hasta su entrega, pero lo resuelto por el Indecopi también procedía si tal documento hubiera sido de los señalados en la póliza como documentación mínima obligatoria para solicitar la cobertura del siniestro.

Teorizando sobre lo que sería un pronunciamiento de este estilo, el Indecopi podría resolver que si bien los artículos 74 de la LCS y 11 de la Resolución SBS N.º 3202-2013 establecen que el cómputo del plazo de 30 días para la evaluación del siniestro se inicia desde la entrega de la documentación completa exigida por la póliza, en aplicación del principio de primacía de la realidad del artículo V.8 del Código, para el caso concreto denunciado en que el consumidor ya había probado la ocurrencia del siniestro con otro documento, no resultaba razonable no tramitar su solicitud hasta la entrega del documento exigido por la póliza. Por lo que la conducta de la aseguradora no constituía un ejercicio de sus facultades del artículo 69 de la LCS, sino un método comercial coercitivo del tipo inhibitorio prohibido por el artículo 56.1.g del Código, según el cual los proveedores no pueden

g. Exigir al consumidor la presentación de documentación innecesaria para la prestación del servicio que contrate o la entrega del producto adquirido, pudiendo, en todo caso, exigirse solo la documentación necesaria, razonable y pertinente de acuerdo con la etapa en la que se encuentre la prestación del producto o ejecución del servicio.

## **9. La protección del tomador o asegurado colectivo como finalidad del derecho de seguro privado. El caso de exclusión de los siniestros causados por el COVID-19**

La finalidad de las normas del seguro privado no consiste únicamente en garantizar y cuidar la solvencia de las aseguradoras, sino que, en la medida que lo hace, se busca proteger a la mutualidad de tomadores y asegurados de cada unidad de riesgo. Entonces se regula y supervisa el desarrollo solvente de la operación de seguro conforme a plan, para proteger desde la base al colectivo de tomadores, asegurados o terceros beneficiarios o perjudicados en lo referente a la cobertura de su necesidad actual de seguridad, y para garantizar que se logre la satisfacción de su necesidad pecuniaria eventual de pago de la indemnización, capital o renta, en todos los siniestros que ocurran y deban ser cubiertos según los términos contractuales de las pólizas.

Para ilustrar lo afirmado, sirve comentar las denuncias resueltas por el Indecopi por rechazo de cobertura de fallecimientos a causa de COVID-19, en aplicación de cláusulas de exclusión de siniestros causados por “enfermedades

contagiosas que sean declaradas por el Ministerio de Salud como epidemias". La Comisión del Indecopi de Lima se pronunció a favor de la cobertura en aplicación, entre otras de la norma de interpretación tercera del artículo IV de la LCS (Resolución Final N.º 2637-2021/CC1), mientras que otras como la Comisión de la Oficina Regional del Indecopi en Lambayeque entendieron que el término pandemia llevaba implícita la existencia de una epidemia y se había configurado la causal de exclusión prevista en la póliza (Resolución Final N.º 0432-2021/INDECOPI-LAM).

Nos parece claro que, en este caso, confirmar el rechazo de la cobertura es resolver contra la regla séptima de interpretación del artículo IV de la LCS, según la cual "la cobertura, exclusiones y, en general, la extensión del riesgo, así como los derechos de los beneficiarios, previstos en el contrato de seguro, deben interpretarse literalmente". Si existiera duda sobre que la declaración de autoridad administrativa exigida por la póliza pudiera ser implícita, de forma que el pronunciamiento del Ministerio de Salud de dicha enfermedad como una pandemia, llevaba implícita su consideración de epidemia conforme a la alerta epidemiológica (Código AE-016-2020), cabría, más bien, desechar este sentido y favorecer al consumidor de seguros en aplicación de la regla de interpretación tercera del artículo IV de la LCS que contiene la dimensión interpretativa del principio pro asegurado, y según la cual "los términos del contrato que generen ambigüedad o dudas son interpretados en el sentido y con el alcance más favorable al asegurado".

Ahora bien, la situación de epidemia representa un paso previo a una pandemia, ya que, según la Organización Mundial de la Salud (OMS), para la declaración de esta segunda se requiere superar la fase epidémica. Esto es, que el brote epidémico afecte a más de un continente y que los casos de cada país ya no sean importados sino provocados por transmisión comunitaria. Entonces, no es lógico pensar que la aseguradora haya decidido no cubrir la etapa anterior y sí cubrir la subsiguiente<sup>18</sup>. Especialmente, cuando la intensidad y la cadencia de los siniestros de muerte a causa del COVID-19 serían mayores en esta segunda etapa, cuando el COVID-19 fue declarada pandemia. Por lo que creemos que es bastante probable que la aseguradora no haya cotizado en la nota técnica ningún siniestro de muerte causado por enfermedades contagiosas declaradas como epidemia o como pandemia.

En este escenario, fallos como el de la CC1 del Indecopi de Lima que ordenaron su cobertura, pudieron afectar la siniestralidad estimada en la prima pura de

---

18 En este sentido, no compartimos el criterio expresado en el fundamento 55 de la Resolución N.º 2637-2021/CC1, según el cual la falta de consideración de una pandemia como un riesgo no cubierto por exclusión, significa que la aseguradora pudo prever que al tratarse de un riesgo estadísticamente de casi imposible ocurrencia, formaría parte de sus coberturas. Debido a su función social de cobertura de necesidades actuales de seguridad, el seguro privado no busca cubrir riesgos de escasa o imposible probabilidad de ocurrencia. El seguro es un producto del riesgo, entonces contribuye al desarrollo de la vida de los ciudadanos y de un país, sustituyendo la ansiedad paralizadora de realizar actividades por la seguridad de tener garantizado el pago de una indemnización o el resarcimiento de las consecuencias económicas desfavorables de la ocurrencia del siniestro.

riesgo, y afectar económicamente a la aseguradora, que con bastante probabilidad no cotizó dentro de la prima comercial, los siniestros a causa de una pandemia como la del COVID-19. Entonces, sirve puntualizar que el derecho del seguro privado protege el solvente desarrollo de la operación de seguro conforme a plan para proteger al colectivo asegurado, pero no para proteger a las aseguradoras, que como en el caso de Maribel Antón Colmenares de Villegas y Mapfre Seguros, por un error —suponemos— en la redacción de la póliza esta contiene cláusulas defectuosas, que no delimitan bien el riesgo a fin de que esté perfectamente adecuado a lo tasado en la nota técnica.

Lo resuelto por la CPC N.º 1 del Indecopi de Lima, que en la Resolución Final N.º 2637-2021/CC1 resolvió en contra de aplicar la exclusión de fallecimientos a consecuencia de enfermedades contagiosas declaradas como epidemia, es acorde con los principios del seguro contemplados en el artículo I de la LCS. En especial, es conforme al principio pro asegurado en su dimensión interpretativa de contratos de seguro celebrados por adhesión.

Estas desviaciones de la siniestralidad como las del caso comentado, deben asumirlas las aseguradoras con cargo a sus recursos propios<sup>19</sup>. De igual manera, también deben asumir el pago de indemnizaciones de siniestros cuya cobertura, si bien no estaba amparada por la póliza (menos cotizada en la nota técnica), se rechazaron fuera del plazo de 30 días del artículo 74 de la LCS, o se rechazaron por una causal que no correspondía en vez de por la que sí resultaba procedente, como bien lo ha resuelto Indecopi en la Resolución N.º 3341-2017/SPC-INDECOPI.

## 10. Determinación del consumidor de seguros y competencia del Indecopi

De conformidad con el artículo IV.1.1. del Código, tiene la calidad de consumidor directo de seguro el tomador que lo contrata ya sea como destinatario final de la cobertura (asegurado beneficiario) o para su grupo familiar o social, o si se trata de un microempresario con los requisitos del apartado 1.2 del mismo artículo. Consumidores de seguros son también los asegurados no contratantes y los terceros beneficiario y perjudicado en el “sentido que ‘utilizan’ o disfrutan del servicio de cobertura de riesgos” (Sánchez Caballero, 1997, p. 51). Todos estos también son consumidores, porque a pesar de no haber contratado la póliza, y puede que tampoco estar individualizados en ella, son favorecidos por las indemnizaciones, como es el caso del tercero perjudicado respecto de un seguro de responsabilidad civil y el asegurado peatón respecto de un SOAT. Se trataría de consumidores indirectos (Resolución N.º 1044-2013-SPC/INDECOPI; Resolución N.º 0694-2018/SPC-INDECOPI).

<sup>19</sup> En este caso, con sus recursos de margen de solvencia. Este último forma parte del patrimonio efectivo que se exige a las aseguradoras (Ley N.º 26702, artículo 303), y que es un requerimiento de recursos propios destinado a soportar riesgo técnico que soportan las compañías de seguros a consecuencia, entre otros, de inadecuadas políticas de suscripción de riesgos, inapropiada utilización de bases técnicas o actuariales de cálculo de la prima, insuficientes reservas técnicas o deficiente cobertura de reaseguros (Resolución SBS N.º 1124-2006, artículo 3).

El contratante o tomador es la contraparte de la aseguradora en el contrato de seguro, puede identificársele porque suscribe la solicitud de seguro (artículo 6 de la LCS) o por ser el sujeto obligado al pago de la prima (artículo 17 de la LCS). El asegurado en los seguros patrimoniales es el titular del interés asegurable, definición que acoge la LCS en su artículo 81 que señala: “el seguro de daños patrimoniales garantiza al asegurado contra las consecuencias desfavorables de un evento dañoso que pueda atacar contra su patrimonio”. En esta clase de seguros es relativamente más sencillo identificar a la persona del asegurado que en los seguros de personas. Los seguros de personas son aquellos que comprenden o cubren todos los riesgos que pueda afectar a la existencia, integridad física o corporal o a la salud del asegurado (Sánchez Calero, 2010b). Serían de este tipo el seguro de vida para caso de muerte, de accidentes, de enfermedad, de asistencia sanitaria, de dependencia, etc., y el asegurado sería, correlativamente en cada uno de los mencionados, aquel cuya muerte, accidente, enfermedad, necesidad de asistencia sanitaria, limitación física o mental, etc. se considera siniestro y hace exigible la obligación de la aseguradora de indemnizar o satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas (Sánchez Calero, 2010b). Como señala Sánchez Calero (2010b), en un seguro de personas el interés asegurable que puede afectarse con el riesgo cubierto es la relación económica entre el asegurado como persona y su propio cuerpo (o el de un tercero), tanto en cuanto fuente de un rendimiento económico por su capacidad productiva como por resultar objeto de necesidades a las que ha de subvenir, o simplemente por el valor mismo propio de la vida y de la salud.

Según el artículo 115 de la LCS, “el seguro de personas recae sobre la vida del asegurado o de un tercero, o sobre la integridad psicofísica o la salud del asegurado”. Este artículo alude tanto a la figura del asegurado en sentido estricto como a la del asegurado en sentido impropio, que sería ese tercero sobre el que recae el riesgo (de morir, sufrir un accidente, enfermar, etc.) y sobre cuya persona tiene interés asegurable el tomador que sería el asegurado en sentido estricto. Los ejemplos que da el maestro Sánchez Calero (2010b) en los que aparece un asegurado en sentido impropio es el de un seguro contratado por la mujer para caso de fallecimiento del marido de cuyos ingresos dependiera su manutención, el que contrata un club de fútbol para asegurar la integridad física de un jugador sobre el que tiene interés asegurable en tanto ha pagado una importante cantidad de dinero, el que contrata el banco sobre la vida de un cliente suyo al que ha concedido un préstamo en vista de sus ingresos (pp. 2035-2037).

El tercer beneficiario es aquella persona que no ha contratado el seguro, tampoco padece el riesgo cuya verificación se considera siniestro, y que, algunas veces, ni siquiera tiene interés asegurable, pero es la destinataria de las prestaciones que debe efectuar la aseguradora. El tercer beneficiario es típico en los seguros de vida para caso de muerte; puede estar individualizado en las condiciones particulares con su nombre o por una categoría (como heredero legal o hijo póstumo). En el caso de los seguros de responsabilidad civil, aparece la figura del tercer perjudicado que sería aquel sujeto que sufre el daño del que resulta responsable

el asegurado. La identificación definitiva de la persona del tercer perjudicado es la sentencia que le favorece estimando la responsabilidad del asegurado, pero también podría ser una transacción con la aseguradora.

Como ya hemos señalado, el tomador, el asegurado, el tercero beneficiario y el perjudicado serían consumidores, ya que utilizan o disfrutan del servicio de cobertura de riesgos, en la medida en que lo hagan como destinatarios finales o se trate de microempresarios con los requisitos del artículo IV.1.1.2 del Código. Los párrafos cuarto y quinto del artículo I de la LCS sirven a la determinación de la norma aplicable cuando el contratante o asegurado, o también los terceros beneficiario y perjudicado, tienen la condición de consumidor.

El artículo 105 del Código establece que el Indecopi es la autoridad con competencia primaria y de alcance nacional para conocer las presuntas infracciones a los derechos de los consumidores. Los consumidores son definidos en el artículo I.1. del Código como destinatarios finales del producto o servicio. Para facilitar su identificación, el artículo I.1.1.3 del Código establece que “en caso de duda sobre el destino final de determinado producto o servicio, se califica como consumidor a quien lo adquiere, usa o disfruta”. Pero para determinar que se está ante un consumidor de seguros, deben primero aplicarse las disposiciones de la LCS —u otras leyes especiales de seguro privado— a identificar al asegurado, tomador o tercero beneficiario o perjudicado, y una vez que se haya identificado quién tiene una de esas calidades según el derecho de seguro privado, recién cabe estimar su condición de consumidor según sea destinatario final o no del servicio de cobertura o microempresario con las características del artículo I.1.1.2 del Código, aplicando, de ser preciso, el artículo I.1.1.3 que establece que “en caso de duda sobre el destino final de determinado producto o servicio, se califica como consumidor a quien lo adquiere, usa o disfruta”.

Podríamos esgrimir varias razones de por qué no debe aplicarse el principio pro consumidor a determinar quiénes son asegurados o terceros, beneficiario o perjudicado, destinatarios del servicio de cobertura de un contrato de seguro privado:

- a. Para que se aplique este principio a la interpretación de una norma o cláusula contractual, debemos estar ante un consumidor, cuya presencia en el caso de servicios de cobertura de seguro privado está, primeramente, determinada por su condición de asegurado, beneficiario o tercer perjudicado, según lo que señalen al respecto las condiciones particulares de la póliza, ya sea que estas tengan un contenido libremente determinado por las partes o preestablecido por una norma imperativa. Entonces a la interpretación de las condiciones particulares no debe aplicarse el principio pro consumidor sino la regla de interpretación séptima del artículo I de la LCS, según la cual “la cobertura, exclusiones y, en general, la extensión del riesgo así como los derechos de los beneficiarios, previstos en el contrato de seguro, deben interpretarse literalmente”. De lo contrario, se corre el riesgo de alterar la congruencia entre lo establecido en las obligaciones contractuales de la póliza y su nota técnica, exigida por el artículo 6.c de

la Resolución SBS N.º 7044-2013 y necesaria para garantizar la explotación conforme a plan de la mutualidad.

- b. Aplicar el principio pro consumidor a la identificación de la persona del asegurado o beneficiario y no únicamente a la estimación del sujeto como destinatario de final del servicio, conlleva el riesgo de alterar la explotación de la mutualidad conforme a plan o nota técnica, afectando al consumidor colectivo de seguros de esa unidad de riesgos.
- c. Aplicar el principio pro consumidor a identificar al asegurado de un seguro de personas, puede llevar a que el Indecopi conozca sobre denuncias para las que en realidad no tenía competencia. Esto habría ocurrido en el caso de la cobertura de SOAT a “terceros ocupantes” a bordo de otro vehículo automotor. Como el SOAT es un seguro de personas en la modalidad de accidentes personales, los “asegurados” de este son aquellos sujetos cuya muerte, lesión en su integridad física o estado de incapacidad a raíz de un accidente de tránsito, activa o vuelve exigible la obligación de la aseguradora de indemnizar, y su cónyuge, conviviente y parientes señalados en el artículo 34 del Decreto Supremo N.º 024-2002-MTC serían “terceros beneficiarios” en caso de muerte del asegurado. Entonces, aplicar el principio pro consumidor para considerar al denunciante como asegurado (o tercer beneficiario), a fin de favorecerle con la indemnización de los daños sufridos en un accidente de tránsito, tiene como efecto atribuirse a su vez competencia para resolver, por tener entonces el denunciante una calidad de consumidor indirecto. De tal forma que si la atribución de la calidad de asegurado fuera errónea, según las normas de la LCS, el Indecopi tampoco habría tenido competencia para resolver.

Para finalizar, cabe señalar que en la identificación del asegurado, tomador y terceros, beneficiario y perjudicado, luego de identificarlos como tales de conformidad con las normas de la LCS y o de la ley especial que regule el tipo de seguro del que se trate, el Indecopi podría aplicar el principio de primacía de la realidad del artículo V.8 del Código de Consumo, para hacer prevalecer el resultado de aplicar estas disposiciones legales imperativas de seguro, sobre una condición o cláusula de la póliza que contemple algo distinto.



## REFERENCIAS

- Broseta Pont, M., y Martínez Sanz, F. (2022). *Manual de Derecho Mercantil* (29ª ed., Vol. II). Editorial Tecnos.
- Busto Lago, J. M. (2017). Seguro de personas. Disposiciones Generales. En M. R. Quintans Eiras, y L. C., Ramírez Otero (Eds.), *Estudios sobre el Contrato de Seguro* (pp. 647-676). Instituto Pacífico.
- Corte Suprema de Justicia de la República. Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente. Casación N.º 11817-2014; 19 de julio de 2016.
- Corte Suprema de Justicia de la República. Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente. Casación N.º 12291-2014; 7 de junio de 2016.
- Corte Suprema de Justicia de la República. Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria. Casación N.º 16658-2016; 20 de junio de 2018.
- Corte Suprema de Justicia de la República. Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria. Casación N.º 4159-2017; 12 de septiembre de 2018.
- Corte Suprema de Justicia de la República. Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria. Casación N.º 3683-2017; 12 de septiembre de 2018.
- Corte Superior de Justicia de Lima. Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo Subespecialidad de Temas de Mercado. Sentencia del Exp. N° 4620-2013 de 03 de marzo de 2017.
- Corte Superior de Justicia de Lima. Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo Subespecialidad de Temas de Mercado. Sentencia del Exp. 1106-2015 de 16 de octubre de 2018.
- Corte Superior de Justicia de Lima. Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo Subespecialidad de Temas de Mercado. Sentencia del Exp. 4437-2016 de 23 de octubre de 2017.
- Corte Superior de Justicia de Lima. Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo Subespecialidad de Temas de Mercado. Sentencia del Exp. 18770-2016 de 12 de noviembre de 2019.
- Corte Superior de Justicia de Lima. Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo Subespecialidad de Temas de Mercado. Sentencia del Exp. 7752-2015 de 19 de septiembre de 2022.

- Corte Superior de Justicia de Lima. Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo Subespecialidad de Temas de Mercado. Sentencia del Exp. 13158-2017 de 22 de abril de 2021.
- Corte Superior de Justicia de Lima. Vigésimo Sexto Juzgado Contencioso Administrativo Subespecialidad en Temas de Mercado. Sentencia del Exp. 04437-2016 de 14 de febrero de 2017.
- Del Caño Escudero, F. (1983). *Derecho Español de Seguros* (Vol. I). Imprenta Sáez.
- Donati, A. (1961). Economía, tecnica e diritto nell'assicurazione. *Giornale degli Economisti e Annali di Economia*, 20, (11/12), 667-679.
- García de Enterría, E. (2009). *Democracia, Jueces y Control de la Administración* (6ª ed.). Editorial Civitas.
- García-Pita y Lastres, J. L. (2000). La concentración empresarial en el Derecho del seguro privado (notas preliminares). *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña* (4), 257-302 <https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/2060>
- García-Pita y Lastres, J. L. (2009). *Riesgos e intereses del naviero y cobertura asegurativa. Del Código de Comercio a la Reforma del Derecho de la Navegación Marítima*. (1ª ed.). Aranzadi.
- Garrigues Díaz-Cañabate, J. (1979). *Curso de Derecho Mercantil, Tomo II* (7ª ed., Vol. II). Artes Gráficas Aguirre.
- Garrigues Díaz-Cañabate, J. (1983). *Contrato de seguro terrestre*. (2ª. ed. revisada). Imprenta Aguirre.
- Herrmannsdorfer, F. (1933). *Seguros Privados*. (R. Luengo Tapia, y W. Neumann, Trads.) (Vol VII). Labor.
- Illescas, R. (2014). Principios fundamentales del contrato de seguro. *Revista Española de Seguros* (157),7-20.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi). Sala Especializada de Defensa de la Competencia. Resolución N.º 1784-2009/SC2; 14 de octubre de 2009.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi). Sala Especializada en Protección al Consumidor. Resolución N.º 2445-2010/CPC del Expediente N.º 976-2010/CPC; 15 de octubre de 2010.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi). Comisión de Protección al Consumidor N.º

- 1 – Sede Central. Resolución Final N.º 2135-2012/CPC del Expediente N.º 921-20117CPC; 11 de junio de 2012.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi). Sala Especializada en Protección al Consumidor. Resolución N.º 1044-2013/SPC-INDECOPI del Expediente N.º 1229-2011/PS3; 29 de abril de 2013.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi). Comisión de la Oficina Regional del Indecopi de Piura. Resolución N.º 552-2014/INDECOPI-PIU del Expediente en ORPS N.º 032-2014/CPC-INDECOPI-PIU; 13 de agosto de 2014.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi). Sala Especializada en Protección al Consumidor. Resolución N.º 4357-2014/SPC-INDECOPI del Expediente N.º 5822013/CC1; 19 de diciembre de 2014.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi). Sala Especializada en Protección al Consumidor. Resolución N.º 3825-2015/SPC del Expediente N.º 60-2014/CPC-INDECOPI-LOR; 2 de diciembre de 2015.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi). Comisión de Protección al Consumidor N.º 1 – Sede Central. Resolución Final N.º 3341-2017/CC1 del Expediente N.º 560-2017/CC1; 27 de noviembre de 2017.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi). Sala Especializada en Protección al Consumidor. Resolución N.º 0694-2018/SPC-INDECOPI del Expediente N.º 1163-2015/CC1, N.º 1464-2015/CC1, N.º 1165-2015/CC1, N.º 1166-2015/CC1 (acumulados); 4 de abril de 2018.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi). Comisión de la Oficina Regional del Indecopi de Lambayeque. Resolución Final N.º 0432-2021/INDECOPI-LAM del Expediente N.º 0001-2021/CPC; 6 de septiembre de 2021.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi). Comisión de Protección al Consumidor N.º 1 – Sede Central. Resolución Final N.º 2637-2021/CC1 del Expediente N.º 473-2021/CC1; 29 de septiembre de 2021.

- Isern Salvat, M. R. (2017). Disposiciones generales sobre la cobertura del siniestro. En M. R. Quintans Eiras, y L. C., Ramírez Otero (Dir.), *Estudios sobre el Contrato de Seguro* (pp. 525-560). Instituto Pacífico y Universidad de Piura.
- Manes, A. (1930). *Tratado de Seguros. Teoría General del Seguro*. (Soto Fermín, trad. de 4ª ed. Alemana). Logos.
- Núñez Del Prado Simons, A. (2015). La exclusión de los grandes riesgos de los beneficios de la Ley de Contrato de Seguro en el Perú: el principio de realidad. *RAE Jurisprudencia Civil y Procesal Civil*, (83), 49-51.
- Prölss, E., Schmidt, R., y Sasse, J. (1974). *Versicherungsaufsichtsgesetz. Bundesaufsichtsgesetze. Kartellrecht der Versicherungswirtschaft (§ 102 GWB) und andere Nebengesetze*. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung.
- Ramella, A. (1934). *Tratatto delle assicurazioni private e sociali*. Società Editrice Libreria.
- Ramírez Otero, L. C. (2006). La Resolución del contrato de seguro por impago de la prima. En L. C. Ramírez Otero (Comp.), *Temas actuales de Derecho de la empresa. IX Jornadas de Derecho de la Empresa* (65-86). Palestra.
- Ramírez Otero, L. C. (2012). *Grupos de Entidades Aseguradoras*. La Ley.
- Martín-Retortillo, S. (1988). La empresa aseguradora: Marco institucional de su ordenación jurídico-administrativa. En E. Verdura Tuells (Dir.) *Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado* (tomo I, pp. 57 -78). Colegio Universitario de Estudios Financieros, Consejo Superior Bancario.
- Sánchez Caballero, E. (1997). *El consumidor. Protección y Defensa*. Mapfre.
- Sánchez Calero, F. (1961). *Curso de Derecho del Seguro Privado* (Vol. I). Server Cuesta.
- Sánchez Calero, F. (2010a). Ausencia de Subrogación. En F. Sánchez Calero (Dir.), *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 5 de octubre, y a sus modificaciones* (4ª ed., pp. 2084-2105). Aranzadi.
- Sánchez Calero, F. (2010b). Seguros de personas. Disposiciones Comunes. En F. Sánchez Calero (Dir.), *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones* (4ª ed., pp. 2022-2053). Thompson Reuters- Aranzadi.
- Sánchez López, J. M., y Martín Peña, M. L. (1998). Aspectos técnicos del Seguro de vida: elementos financieros y actuariales. *Revista Española de Seguros: Publicación doctrinal de Derecho y Economía de los seguros privados*, (95), 445-461.

- Sánchez Calero, F. y Sánchez-Calero Guilarte, J. (2015). *Instituciones de Derecho Mercantil* (37ª ed. 10ª ed. en Aranzadi, Vol. II). Navarra: Thomson Reuters. Aranzadi.
- Stiglitz, R. (2016). *Derecho de Seguros* (6ª edición actualizada y ampliada, Vol. I). Thomson Reuters. La Ley.
- Tato Plaza, A. (2002). *La subrogación del asegurador en la ley de contrato de seguro*. Tirant lo Blanch.
- Tirado Suárez, J. (1989). Debate sobre los límites de entre la actividad bancaria y la actividad aseguradora (noticia). *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, (34), 435-437.
- Tribunal Constitucional (TC). Sentencia del Expediente N.º 0001-2005-PI/TC; 6 de junio de 2005.
- Tribunal Constitucional (TC). Sentencia del Expediente N.º 02736-2004-PA; 16 de diciembre de 2005.
- Tribunal Constitucional (TC). Expediente N.º 04904-2019-PA/TC; 16 de septiembre de 2020.
- Vázquez Padura, M. (1984). Estudio comparado del control sobre la solvencia de las entidades de seguros. *Revista General de Derecho*, (480), 1967-1983.
- Vicent Chulià, F. (1990). *Compendio crítico de Derecho mercantil*. Bosch.
- Vigo, R. (2006). *Interpretación Jurídica (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*. Rubinzal-Culzoni Editores.
- Zegarra Mulánovich, Á. M. (2017). Marco normativo y principios interpretativos de la regulación y contratación de seguros privados (Artículos I a IV LCS). En M. R. Quintans Eiras y L. C. Ramírez Otero (Dirs.), *Estudios sobre el Contrato de Seguro* (27-111). Instituto Pacífico.

### **Anexo legislativo**

- Código de Protección y Defensa del Consumidor [CPDC]. Ley N.º 29571 del 2010. 2 de septiembre de 2010.
- Decreto Supremo N.º 024-2002-MTC. Aprueban Texto Único Ordenado Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios por Accidentes de Tránsito. 14 de junio de 2002.
- Directiva Administrativa N.º 210-MINSA/DGSP.V.01 de 2015 [Ministerio de Salud]. Directiva Administrativa para la Atención de Pacientes víctimas de Accidentes de Tránsito cubiertos por el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT) o el Certificado contra Accidentes de Tránsito (CAT) en las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPRESS)

- Públicas del Ministerio de Salud y Gobiernos Regionales. 16 de noviembre de 2015.
- Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras. 15 de julio de 2015.
- Ley N.º 26702. Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros. 9 de diciembre de 1996.
- Ley N.º 26842. Ley General de Salud. 20 de julio de 1997.
- Ley N.º 27181. Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre. 8 de octubre de 1999.
- Ley N.º 29946. Ley de Contrato de Seguro. 27 de noviembre de 2012.
- Resolución SBS N.º 1124-2006 [Superintendencia de Banca, Seguros y AFP]. Reglamento de Requerimientos Patrimoniales de las Empresas de Seguros y Reaseguros. 29 agosto de 2006.
- Resolución SBS N.º 1825-2019 [Superintendencia de Banca, Seguros y AFP]. Reglamento de Registro de Modelos de Pólizas de Seguro y Notas Técnicas. 30 de abril de 2019.
- Resolución SBS N.º 4143-2019 [Superintendencia de Banca, Seguros y AFP]. Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado del Sistema de Seguros. 11 de septiembre de 2019.
- Resolución SBS N.º 3202-2013 [Superintendencia de Banca, Seguros y AFP]. Reglamento para la gestión de siniestros. 24 de mayo de 2013.
- Resolución S.B.S. N.º 7044-2013 [Superintendencia de Banca, Seguros y AFP]. Reglamento de Registro de Modelos de Pólizas de Seguro y Notas Técnicas. 28 de noviembre de 2013.

# LA SOLUCIÓN DE LAS CONTROVERSIAS DE LA EMPRESA SURGIDAS EN EL MARCO DE LOS CDI: LA URGENCIA DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL PAM EN EL PERÚ

*Renée Antonieta Villagra Cayamana<sup>1</sup>*

## **Resumen**

El Procedimiento de Acuerdo Mutuo (PAM) constituye un mecanismo de solución de controversias propio de los Convenios para evitar la Doble Imposición (CDI), el cual ha sido previsto por el Perú en sus ocho convenios bilaterales; sin embargo, en nuestro país no se han implementado los procedimientos mínimos para su efectivo funcionamiento. No obstante, el compromiso asumido por el Perú como parte del marco inclusivo formado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) relativo al estándar mínimo para garantizar el acceso de la empresa al PAM y la ratificación expresa del citado estándar a través del convenio multilateral, firmado el 2018, no se ha plasmado, a la fecha, en lineamiento alguno o guía para lograr tal objetivo. En tal escenario, más de 20 años después de que el Perú iniciara su red de CDI, urge la necesidad de implementar el PAM, en tanto estos convenios forman parte del derecho nacional y no se puede vulnerar el derecho de defensa de la empresa al privarla de la posibilidad de acceder a tal mecanismo.

**Palabras clave:** Procedimiento amistoso, procedimiento de acuerdo mutuo, CDI, convenios para evitar la doble imposición, solución de controversias, estándar mínimo OCDE, BEPS, Acción 15 BEPS.

## **Abstract**

The Mutual Agreement Procedure (MAP) constitutes a dispute resolution mechanism typical of the tax treaties, which Peru has provided for in its 8 bilateral agreements; however, in our country the minimum procedures for its effective operation have not been implemented. Notwithstanding the commitment assumed by Peru as part of the Inclusive Framework formed by the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) regarding the minimum standard to guarantee corporations access to the

---

<sup>1</sup> Docente Asociada de la PUCP. Abogada por la Universidad Católica de Santa María, máster en Tributación por la Universidad de Florida (UF), Estados Unidos y doctora en Derecho por la PUCP. Consultora en Tributación Internacional y Precios de Transferencia. Correo electrónico: rvillagra@pucp.edu.pe Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4054-8113>

MAP and the express ratification of the aforementioned standard through the Multilateral Instrument (MLI) signed in 2018, to the date no guidelines or rule have been issued to achieve this objective. In such a scenario, more than 20 years after Peru began its Tax Treaties network, the need to implement the MAP is urgent, as these agreements are part of national law and the right of defense of the company cannot be violated by depriving it of the possibility of accessing such a mechanism.

**Keywords:** MAP, mutual agreement procedure, tax treaties, dispute resolution, minimum standard, OECD, BEPS, Action 15 BEPS.

## 1. Introducción

Históricamente, la celebración de los Convenios para evitar la Doble Imposición (CDI) por parte de un país implica el ánimo de un Estado contratante de ser incorporado y formar parte de los países que respetan y dan la bienvenida a la inversión extranjera. Por eso es que, coloquialmente, se alude a que un país que cuenta con una red de CDI tiene una “buena carta de presentación” frente a la comunidad internacional. En tal sentido, desde la perspectiva de la empresa, principalmente de países exportadores de capital, la existencia de CDI constituye un elemento importante para la planificación tributaria legítima y, por consiguiente, para decidir una inversión o, incluso, una desinversión.

El Procedimiento de Acuerdo Mutuo (PAM) es un procedimiento de resolución de controversias exclusivo de los CDI bilaterales y existe al margen de los procedimientos contenciosos de cada Estado. Recientemente ha sido materia de revisión con motivo del Plan contra la erosión de la base y desvío de utilidades (BEPS, por las siglas en inglés de *best erosion profit shifting*). Como consecuencia del mismo, los países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y del marco inclusivo al cual pertenece nuestro país, han asumido el compromiso de garantizar el acceso de las empresas al PAM a través de la adopción de diversas prácticas que constituyen un “estándar mínimo”.

La resolución de controversias constituye una garantía que implica el respeto de los derechos fundamentales, en particular, el pleno derecho a un juicio justo, al derecho de defensa y a la libertad de empresa. Dado que el objetivo de la implementación del PAM es que su existencia dentro de un CDI no quede en “letra muerta”, corresponde al Estado el establecimiento de un procedimiento eficaz y eficiente para resolver las controversias en el contexto del correcto funcionamiento del mercado internacional.

El presente capítulo se limita a realizar un diagnóstico de la realidad jurídica del Perú en relación con el PAM previsto en los CDI bilaterales celebrados por el Perú y a evidenciar la necesidad de su implementación a la luz de los compromisos internacionales asumidos con posterioridad al Plan BEPS, focalizándose en las materias y aspectos que requieren regulación. Es preciso señalar que, si bien se ha analizado el PAM en otros trabajos de tributaristas peruanos, como los de Grossheim (2008) y Chirinos Sota (2010), estos se han focalizado en las características

propias de este mecanismo en una coyuntura anterior<sup>2</sup>, sin abordar los compromisos post-BEPS, el nuevo estándar mínimo introducido el 2015, ni los aspectos operativos que hoy nos preocupan.

Conforme a lo antes señalado, el presente capítulo no está orientado a explicar a profundidad el PAM, debido a que este está ampliamente desarrollado en los comentarios al Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y el Capital de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (MCOUDE) en la versión 2017. Asimismo, quedan fuera de su ámbito otros aspectos, como son las discusiones sobre la procedencia del PAM para “llenar vacíos” del CDI o lo que algunos autores denominan el PAM de carácter legislativo (Chirinos Sota, 2010, p. 238); el arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de controversias; los actos que implican una imposición “no conforme” con el CDI; el mecanismo de solución de controversias propio de la Decisión 578 que constituye el régimen para evitar la doble imposición de la Comunidad Andina (CAN), entre otros.

En relación con la estructura del capítulo, en primer lugar, se expondrán los alcances generales del PAM, identificando los temas sobre los que puede tratar el mismo, para luego analizar la red de CDI bilaterales del Perú a efecto de identificar sus alcances con relación al PAM. Posteriormente, se expone lo relativo al estándar mínimo, la obligación de los Estados de garantizar el acceso al PAM y el papel del marco inclusivo. Se enfatiza en el compromiso asumido para la implementación del PAM a través de la publicación de normas para su acceso y se identifican los aspectos que se consideran necesarios regular para permitirlo, tomando en cuenta las peculiaridades de los CDI celebrados por el Perú. Finalmente, se expone la experiencia peruana en la celebración de PAM y su nula implementación en nuestro país.

## 2. El Procedimiento de Acuerdo Mutuo (PAM)

### 2.1. Naturaleza y características

El PAM es propio de los convenios tributarios sobre el impuesto a la renta y al patrimonio (CDI). Este tiene su origen en el MCOUDE<sup>3</sup> y también fue recogido en la primera versión de la Convención modelo de las Naciones Unidas sobre la doble tributación entre países desarrollados y países en desarrollo (MCONU)<sup>4</sup>. En ambos modelos, se encuentra expuesto en el artículo 25, teniendo como principal característica su existencia al margen de los procedimientos contenciosos de cada uno de los Estados contratantes de un CDI. En el PAM, el problema queda exclusivamente en manos de las autoridades competentes de los Estados contratantes, salvo que se contemple expresamente en el convenio la remisión a una comisión arbitral para la resolución de la controversia conforme lo prevé el MCOUDE de su versión del 2008.

---

2 En la que el país contaba solo con dos CDI.

3 Al respecto, *vid.* Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017 (OCDE, 2017).

4 Al respecto, *vid.* Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries 2017 (Naciones Unidas, 2017).

El PAM constituye un mecanismo de solución de conflictos entre dos administraciones tributarias que cuentan con un CDI. En efecto, el artículo 25 del MCOCDE prevé que cuando una persona considere que las medidas adoptadas por uno o por ambos Estados contratantes implican o podrían implicar una imposición disconforme con lo previsto en el CDI podrá, “con independencia de los recursos previstos por el derecho interno de esos Estados”, someter su caso a cualquiera de las autoridades competentes de los Estados contratantes (OCDE, 2017, p. 44).

La principal modificación introducida como consecuencia del Plan BEPS es la posibilidad que tiene el contribuyente de requerir o solicitar el PAM a su propia autoridad competente o a la del otro Estado contratante parte del CDI. El MCO-NU, en su versión 2017, continúa restringiendo la presentación de la solicitud del PAM a la autoridad competente del país del cual es residente (Naciones Unidas [ONU], 2017, p. 17).

En tal sentido, conforme lo reconoce el comentario 7 al artículo 25 del MCOCDE, se faculta a los contribuyentes afectados para utilizar el PAM, sin perjuicio de su derecho a interponer los recursos jurisdiccionales ordinarios, porque está orientado en su segunda fase a resolver el litigio de forma concertada entre las autoridades competentes. La primera etapa es conducida exclusivamente por el Estado contratante en el que se presentó la solicitud (OCDE, 2017, p. 431).

El PAM procede cuando el tributo ha sido determinado, o lo va a ser, sin tomar en cuenta las disposiciones del CDI, o de forma contraria tanto al CDI como a la legislación interna; sin embargo, en este último caso, conforme lo explica el comentario 8 al artículo 25 del MCOCDE, el PAM procede solo en la medida en que se afecta el CDI (OCDE, 2017, p. 431).

Cabe resaltar que el PAM, a diferencia de los procedimientos de resolución de controversias previstos en el derecho doméstico de los Estados, puede ser iniciado por una persona o empresa, sin esperar a que la imposición que considere disconforme con el CDI le haya sido determinada o notificada, basta que las medidas tomadas por uno o ambos Estados signifique una imposición que implica un “riesgo no sólo posible, sino probable” (OCDE, 2017, p. 433).

Conforme lo explica Fernando Serrano Antón (2019), el PAM constituye “un mecanismo suplementario” para resolver problemas no resueltos en otras cláusulas del CDI (p. 1423); en la misma línea, los califica como “una vía alternativa a los recursos internos poco utilizada hasta el momento” (*ibid.*, p. 1429).

El vigente MCOCDE prevé en su artículo 25.1 que “[e]l caso deberá ser planteado dentro de los tres años siguientes a la primera notificación de la medida que implique una imposición no conforme a las disposiciones del Convenio” (OCDE, 2017).

Por su parte, el artículo 25.2 prevé que, si a la autoridad competente le parece justificada la reclamación y no puede por sí misma llegar a una solución satisfactoria, hará lo posible por resolver la cuestión por medio de un acuerdo mutuo con la autoridad competente del otro Estado contratante, a fin de evitar una imposición en desacuerdo con el CDI. El acuerdo será implementado

independientemente de los plazos previstos por la legislación doméstica de los Estados contratantes. Las autoridades competentes de los Estados contratantes harán lo posible por resolver, por mutuo acuerdo, cualquier dificultad o dudas que se genere en interpretación o aplicación del CDI. También pueden consultarse la eliminación de la doble imposición en los casos no previstos en el CDI, conforme lo prevé el artículo 25.3 del MCOCDE.

Conforme a lo antes señalado, tenemos que una característica del PAM es que se puede iniciar a solicitud del contribuyente o incluso sin esta, cuando las autoridades competentes necesitan resolver de mutuo acuerdo dificultades que surgen en relación con la aplicación del CDI, como destaca Vogel (1997), “prescindiendo de las vías o canales diplomáticos” (p. 1347). En tal sentido, Vogel (1997) distingue, en línea con otros expertos, tres categorías de procedimientos: (i) los PAM en sentido más restringido, limitado a casos particulares por medidas adoptadas por uno o por ambos Estados contratantes que impliquen un gravamen no acorde con los CDI; (ii) los PAM relativos a consultas para eliminar dificultades, impedimentos o dudas derivados de la interpretación o aplicación del CDI en particular o en general; y (iii) los PAM que involucran consultas para llenar los vacíos en el ámbito el CDI.

El artículo 25.4 del MCOCDE contempla la posibilidad de que las autoridades competentes de los Estados contratantes se comuniquen directamente o incluso a través de una comisión mixta integrada por ellos o sus representantes, a fin de llegar a un acuerdo en el sentido de los párrafos 1 a 3 del mismo artículo (OCDE, 2017, p. 44).

El quinto párrafo del artículo 25 del MCODE conforme a su incorporación en el MCOCDE 2008, prevé que cuando, a) en virtud del artículo 25.1, una empresa haya sometido su caso a la autoridad competente de un Estado contratante alegando que las medidas adoptadas por uno o por ambos Estados contratantes implican para ella una imposición disconforme con el CDI, y b) las autoridades competentes no puedan ponerse de acuerdo para resolver la cuestión conforme a lo dispuesto en el artículo 25.2, en el plazo de dos años desde la presentación del caso a la autoridad competente del otro Estado contratante, a instancia del contribuyente, cualquier cuestión no resuelta que surja del caso se someterá a arbitraje si la persona así lo solicita por escrito; excepto en el caso en el que algún tribunal u ente administrativo de cualquiera de los Estados contratantes haya emitido pronunciamiento previo en relación con dichas cuestiones irresueltas (OCDE 2017, p. 44).

## **2.2. Temas sobre los que puede tratar el PAM**

El PAM, en la práctica, se aplica en las circunstancias en que la medida adoptada por uno de los Estados contratantes implique una doble imposición, situación que precisamente el CDI pretende evitar. En el comentario 9 del artículo 25 del MCOCDE se mencionan los casos más comunes:

- 1) Los referidos a la atribución de beneficios a un establecimiento permanente (EP) en aplicación del artículo 7.2.
- 2) La imposición en el Estado del deudor, en el caso de existencia de relaciones especiales (partes vinculadas) entre el deudor y el beneficiario efectivo, del exceso en el valor de intereses y regalías en aplicación de los artículos 9, 11.6 o del artículo 12.4.
- 3) Los casos de aplicación de la normatividad de subcapitalización, cuando el Estado de residencia de la sociedad deudora ha considerado a los intereses como dividendos, en la medida en que este régimen esté basado en cláusulas de un CDI, por ejemplo, al artículo 9 o el artículo 11.6.
- 4) Los casos en que el desconocimiento de la situación de hecho del contribuyente determina una aplicación inexacta del CDI, especialmente en lo que se refiere a su residencia (artículo 4.2), a si existe un EP (artículo 5) o al carácter temporal de los servicios prestados por personal asalariado (artículo 15.2) (OCDE, 2017, pp. 368-369).

Respecto de los casos reseñados por la OCDE antes mencionados, consideramos importante mencionar que gran parte de los problemas que originan el inicio de un PAM corresponde a situaciones relacionadas con los ajustes correlativos o de correspondencia de operaciones entre partes vinculadas, en particular a precios de transferencia previstos en el artículo 9.2 del MCOCDE como fluye de la estadística elaborada en función a los reportes remitidos a la OCDE que se expondrán en la Tabla 1 (OCDE, 2021, p. 1).

Por su parte, el mecanismo previsto en el artículo 25.3 del MCOCDE es aplicable para resolver dificultades en la interpretación o aplicación del CDI a través del PAM. En tal sentido, conforme lo reconoce el comentario 52 al artículo 25 del MCOCDE, para que las autoridades competentes puedan, entre otros, precisar el sentido de un término definido de manera incompleta o ambigua en el CDI; resolver las dificultades que pudieran surgir de la modificación de un nuevo régimen tributario establecido en algún Estado contratante; y para determinar, en caso de proceder, las circunstancias en las que los intereses pueden asimilarse a los dividendos conforme a las reglas sobre subcapitalización (OCDE, 2010, p. 383).

Adicionalmente, cabe resaltar que en los comentarios post BEPS se deja clara la procedencia del PAM para la celebración de un Acuerdo Anticipado de Precios (APA) bilateral o multilateral con las autoridades competentes de los Estados con los que se hayan celebrado CDI en los casos en que existan dificultades o dudas en cuanto a la interpretación o aplicación de los convenios que puedan dar lugar a una tributación no conforme con sus disposiciones. Un APA multilateral puede ser producto de la negociación de un único acuerdo entre todas las autoridades competentes de los Estados interesados o mediante la negociación de acuerdos bilaterales independientes o separados que funcionen coherentemente (OCDE, 2017, pp. 381-382). Es preciso recordar que, en el Perú, está legalmente prevista la celebración de un APA bilateral o multilateral, conforme a lo establecido por la

regulación de los precios de transferencia recogida en el artículo 32°-A inciso f) de la Ley del Impuesto a la Renta<sup>5</sup> (LIR), bajo la denominación de los APA.

Por su parte, a modo de referencia, se observa que el modelo de CDI de los Estados Unidos de Norteamérica, emitido por la Oficina del Tesoro de ese país (2016), enumera algunas situaciones en las que les resulta aplicable el PAM: (i) la caracterización de determinadas partidas de renta; (ii) la caracterización de las personas; (iii) la aplicación de reglas de fuente en relación con partidas específicas de ingresos; (iv) el significado de términos utilizados en el CDI; (v) la oportunidad de reconocimiento de ciertas partidas de ingresos; (vi) acelerar arreglos de precios; y (vii) la aplicación de la normativa interna relacionada con sanciones, multas e interés de manera compatible con los propósitos del CDI (*ibid.*, pp. 56-57).

### 3. El PAM en la de CDI del Perú

En la actualidad, el Perú cuenta con ocho CDI bilaterales, todos los cuales reconocen al PAM como mecanismo de solución de controversias, independientemente del procedimiento contencioso previsto en la legislación interna, en particular en el Código Tributario peruano. A continuación, se desarrollan las disposiciones relativas al PAM en los CDI celebrados por el Perú.

#### 3.1. CDI con Chile

El 8 de junio de 2001, se suscribió el Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Chile, para evitar la doble imposición y para prevenir la evasión fiscal en relación a los impuestos a la renta y al patrimonio (CDI con Chile). Este CDI con Chile, el cual constituye el primero de los vigentes en la actualidad, prevé en su artículo 25 el PAM sin hacer referencia al plazo dentro del cual deberá ser planteado el caso. Un aspecto importante de este CDI es la inclusión de la posibilidad de recurrir a arbitraje si las autoridades competentes lo acuerdan, sin indicar un plazo para ello (p. 18). Es preciso notar que el CDI con Chile preexiste al MCOCDE 2008, que fue el que incorporó por primera vez la posibilidad del arbitraje, diferenciándose en que el último lo contempla a instancias del contribuyente, ante la imposibilidad de ponerse de acuerdo entre las autoridades competentes en el plazo de dos años desde la presentación del caso.

En línea con lo previsto en el comentario 89 al artículo 25 del MCOCDE, y, en relación con la interacción del PAM con los mecanismos de resolución de controversias del GATS (OCDE, 2017, p. 609), el numeral 2 de las disposiciones misceláneas previstas en el artículo 28 del CDI con Chile señala que, para los fines del artículo XXII, párrafo 3 (Consulta) del GATS (Organización Mundial del Comercio [OMC], 1995), cualquier disputa entre los Estados contratantes con relación a si una medida se encuentra dentro del ámbito de esa convención, puede ser presentada ante el Consejo de Comercio de Servicio con el consentimiento de ambos Estados. Se prevé, asimismo, en el CDI con Chile que las dudas que puedan surgir

5 Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta aprobado mediante Decreto Supremo N.º 179-2004-EF publicado el 08 de diciembre de 2004.

respecto de la interpretación de esta disposición deben ser resueltas conforme al PAM previsto en el artículo 25.3 o, caso contrario, conforme a cualquier otro procedimiento acordado por ambos Estados contratantes (p. 19).

### 3.2. CDI con Canadá

El Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Canadá, para evitar la doble imposición y para prevenir la evasión fiscal en relación a los impuestos a la renta y al patrimonio (CDI con Canadá) suscrito el 20 de julio de 2001, contempla el PAM incluyendo el plazo para su presentación. Adicionalmente, contiene dos cláusulas peculiares:

- i. Primero, limita el plazo para las determinaciones del impuesto a la renta. En efecto, el artículo 25.3 establece la imposibilidad de que un Estado contratante aumente la base imponible de un residente mediante la inclusión en la misma de rentas que también hayan sido sometidas a imposición en el otro Estado, después del vencimiento de los plazos previstos en su legislación interna y, en todo caso, señala, después de cinco años contados a partir del último día del ejercicio fiscal en el que la renta en cuestión se obtuvo. Añade que tal disposición no se aplicará en caso de fraude, culpa o negligencia.
- ii. Segundo, contempla la posibilidad de someter a arbitraje el caso, si surge cualquier dificultad o duda relacionada con la interpretación o aplicación del CDI y no puede ser resuelta por las autoridades competentes, requiriendo para ello que ambas autoridades competentes y el contribuyente, por escrito, acuerden estar sujetos a la decisión del tribunal arbitral. Se señala, asimismo, que el laudo arbitral emitido en relación con un caso en particular será vinculante para ambos Estados respecto al mismo (CDI con Canadá, pp. 16-17).

En la misma línea que lo acordado con Chile, dentro de las “Reglas Diversas” previstas en el artículo 28 del CDI celebrado con Canadá, se prevé que para los fines del artículo 22.3 del Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (GATS por sus siglas en inglés), se conviene que, no obstante dicho párrafo, cualquier controversia entre ellos sobre si una medida cae dentro del ámbito de este convenio puede ser sometida al Consejo para el Comercio de Servicios, solamente con el consentimiento de ambos Estados contratantes (CDI con Canadá, p. 19).

### 3.3. CDI con Brasil

El Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Federativa de Brasil, para evitar la doble imposición y para prevenir la evasión fiscal en relación con el impuesto a la renta (CDI con Brasil) es el tercero en orden cronológico firmado por el Perú y, contiene, en su artículo 24, las disposiciones sobre el PAM, sin hacer referencia al plazo dentro del cual deberá ser planteado el caso, ni alusión alguna al arbitraje (p. 19).

Por su parte, el numeral 6 del protocolo señala que, al margen de la participación de cualquiera de los Estados contratantes en el GATS o cualquier otro tratado, cualquier controversia que pudiera surgir en relación con los impuestos comprendidos en el CDI con Brasil solo estarán sujetas a las disposiciones del CDI, lo que significa que debería ser solucionada conforme al PAM (p. 24).

### 3.4. CDI con México, Corea, Suiza, Portugal y Japón

Los CDI suscritos por el Perú con México el 27 de abril del 2011<sup>6</sup>; con Corea el 10 de mayo de 2012<sup>7</sup>; con Suiza el 21 de setiembre de 2012<sup>8</sup>; con Portugal el 19 de noviembre de 2012<sup>9</sup>, y con Japón el 18 de noviembre de 2019<sup>10</sup>, contemplan el PAM, precisando que el caso deberá presentarse en un plazo de tres años a partir de la primera notificación de la medida que produzca una tributación no conforme con las disposiciones del CDI. El artículo que dispone el PAM en los CDI bajo análisis no hace ninguna referencia a la posibilidad de recurrir a un arbitraje (CDI con México, p. 8; CDI con Corea, p. 8; CDI con Suiza, p. 8; CDI con Portugal, p. 8; CDI con Japón, p. 8).

Cabe precisar que el CDI celebrado por el Perú con Suiza incluye una cláusula unilateral muy interesante en el numeral 13 del protocolo en relación con el arbitraje, la cual precisa que si en virtud de un CDI celebrado con un tercer país con posterioridad a la fecha de la suscripción del CDI con Suiza,

el Perú acordara incluir una cláusula de arbitraje en dicho acuerdo o convenio, las autoridades competentes del Consejo Federal Suizo y de la República del Perú iniciarán las negociaciones, tan pronto como sea posible, a fin de concluir un protocolo modificatorio cuyo objetivo sea la inserción de una cláusula de arbitraje en el presente Convenio. (CDI con Suiza, p. 11)

En nuestra opinión, tal disposición parecería tratarse de una cláusula de la nación más favorecida; sin embargo, carece de la “automaticidad” que caracteriza a las citadas cláusulas, en tanto, lo previsto con Suiza da lugar a la negociación de una modificación del CDI para incluir el arbitraje y no al entendimiento de la procedencia automática de este sin necesidad de modificar el CDI o protocolo.

6 Convenio entre la República del Perú y los Estados Unidos Mexicanos para evitar la Doble Tributación y para prevenir la Evasión Fiscal en relación con los Impuestos sobre la Renta y su Protocolo (CDI con México).

7 Convenio entre la República de Corea y la República del Perú para evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión Fiscal en relación con los Impuestos sobre la Renta y su Protocolo (CDI con Corea).

8 Convenio entre la República del Perú y la Confederación Suiza para Evitar la Doble Tributación en relación con los Impuestos sobre la Renta y el Patrimonio, y su Protocolo (CDI con Suiza).

9 Convenio entre la República del Perú y la República Portuguesa para Evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión Fiscal en Relación con los Impuestos a la Renta, y su Protocolo (CDI con Portugal).

10 Convenio entre la República del Perú y Japón para evitar la doble tributación en relación con los impuestos sobre la renta y para prevenir la evasión y la elusión fiscal, y su Protocolo (CDI con Japón).

En el numeral 10 del protocolo del CDI celebrado con México, al igual que en el numeral 11 inciso e) del protocolo del CDI suscrito con Portugal y en el numeral 8 del protocolo del CDI con Japón, se prevé que, no obstante, cualquier otro acuerdo internacional (incluido el GATS), las disputas que surjan relativas a un impuesto comprendido en el CDI, solo estarán sujetas a las disposiciones de tal convenio. Por su parte, el CDI celebrado con Corea no hace referencia expresa al GATS, al igual que el CDI con Suiza.

### 3.5. El Convenio multilateral celebrado por el Perú

Conforme al resultado de la acción 15 del Plan BEPS, la OCDE desarrolló un instrumento multilateral para modificar los CDI bilaterales celebrados con anterioridad, por la necesidad de que en estos se vean reflejados los cambios adoptados como resultado del Plan BEPS para eliminar y modificar las cláusulas vulnerables al abuso, ante la probable renegociación lenta y onerosa que significaba la modificación de cada texto. El instrumento multilateral, por el contrario, permite la implementación rápida, eficaz y generalizada de medidas BEPS (OCDE, 2016c)<sup>11</sup>.

El Perú suscribió tal convenio multilateral el 26 de junio de 2018 (OCDE, 2018), encontrándose en la actualidad en proceso de perfeccionamiento conforme a lo previsto por el artículo 56 de la Constitución Política, habiendo ingresado al CR para tal efecto mediante el Proyecto de Ley N.º 03018/2022-PE presentado el 7 de setiembre de 2022<sup>12</sup> (Congreso de la República [CR], 2022). Respecto del PAM en el convenio multilateral, el Perú se ha reservado el derecho a que la primera frase del artículo 16.1 se aplique a sus CDI, sobre la base de su “intención de cumplir el estándar mínimo” para mejorar la resolución de disputas bajo el Plan BEPS de la OCDE/G20 asegurando que en sus CDI el acceso al PAM. La reserva efectuada por el Perú implica que el PAM conforme a los CDI celebrados continuará siendo solicitado solo ante la autoridad competente del país de residencia y no se podrá someter su caso a la autoridad competente de cualquiera de las jurisdicciones contratantes, conforme lo prevé el artículo 25 del vigente MOCDE versión 2017, post BEPS (CR, 2022, p. 9).

## 4. El estándar mínimo y la obligación de garantizar el acceso al PAM

Como resultado final de la acción 14 del Plan BEPS, los países asumen compromisos actitudinales respecto de la solución de controversias, en efecto, la propia OCDE reconoce que

los distintos países han dado luz verde a cambios importantes en sus respectivas actitudes frente a la solución de controversias, hecho que se plasma fundamentalmente en el desarrollo de un estándar básico en lo referente a la resolución de conflictos”. (OCDE, 2016b, p. 49)

11 Considerando la necesidad de contar con medidas que impidan el abuso de los CDI y la flexibilidad que permiten sus términos, al 10 de noviembre de 2022 se han reportado a la OCDE en su calidad de depositario, cien países que han suscrito el Convenio Multilateral (OCDE, 2022c).

12 El Proyecto de Ley ha sido derivado a las Comisiones de Relaciones Exteriores y de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera (CR, 2022).

A diferencia de otros resultados del Plan BEPS que se han plasmado en modificaciones a los modelos, directrices e incluso incorporación de normas internas, la acción 14 pretende cumplir sus objetivos con el compromiso asumido por los países para la efectiva aplicación de sus resultados a efecto de garantizar la implementación de los mecanismos de control recíproco entre los países.

#### 4.1. El estándar mínimo y el marco inclusivo

El 2016 se creó el marco inclusivo sobre BEPS para garantizar que los países y jurisdicciones interesados, incluidas las economías en desarrollo

podieran participar en condiciones de igualdad en el desarrollo de estándares sobre cuestiones relacionadas con la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, revisando y fiscalizando al mismo tiempo la implementación del Proyecto BEPS de la OCDE y el G-20. (OCDE, 2020, p. 1)

En la actualidad, el marco inclusivo tiene más de 135 miembros, entre los que se encuentran los países latinoamericanos y, en particular, el Perú (OCDE, 2022a, p. 1).

Precisamente, respecto del PAM se adoptó un estándar mínimo el 2015, el cual incluye el compromiso de los países miembros del marco inclusivo, entre los que se encuentra el Perú, para lograr los siguientes objetivos:

- i. Asegurar que las obligaciones asumidas en virtud de los CDI sobre el PAM se apliquen plenamente y de buena fe, resolviendo prontamente los casos objeto de tales procedimientos.
- ii. Garantizar el acceso al PAM mediante la implementación de los procedimientos administrativos a efecto de la resolución oportuna de los PAM.
- iii. Asegurar que los contribuyentes accedan al PAM cuando cumplan los requisitos para ello (OCDE, 2015, p. 50).

De los compromisos asumidos, conforme se observa, desde la perspectiva de la empresa, es sumamente importante el punto (ii) del estándar, relativo a la implementación de los procedimientos administrativos para que se pueda acceder al PAM. En tal sentido, considerando la nula existencia de guías o normas al respecto en el Perú, a pesar de que nuestra red de CDI prevén tales procedimientos, es importante destacar las recomendaciones de la OCDE.

El lineamiento 24 del resultado de la acción 14, respecto del punto (ii) del estándar relativo a garantizar el acceso al PAM a través de la implementación de los procedimientos administrativos, la OCDE resalta la importancia de la creación de tales procedimientos a efecto de que las autoridades competentes se encuentren en capacidad de cumplir su mandato de forma efectiva y plena (OCDE, 2016a, pp. 17-18).

Con posterioridad a la presentación de los resultados finales de la acción 14 del Plan BEPS en octubre del 2015, el 2016 la OCDE emitió *peer review documents*<sup>13</sup> a efecto de hacer el seguimiento del cumplimiento de estándar mínimo, a través de

---

13 Documentación para su revisión por pares.

reportes revisados por sus pares, es decir, las administraciones tributarias de los otros miembros del foro<sup>14</sup> (OCDE, 2016a).

En el informe del 2016, se incluyen dentro de la relación de mejores prácticas, entre otras, las siguientes:

- i. Las jurisdicciones deben implementar medidas administrativas apropiadas para facilitar el acceso al PAM para resolver controversias relacionadas con el CDI, reconociendo el principio general de que la elección de “remedios” debe corresponder al contribuyente.
- ii. Las guías del PAM publicadas por las jurisdicciones deben estipular que los contribuyentes tendrán acceso a este para que las autoridades competentes puedan resolver mediante consulta la doble imposición que puede surgir en el caso de ajustes extranjeros iniciados de buena fe por los contribuyentes.
- iii. La guía del PAM publicada por las jurisdicciones debe brindar orientación sobre los PAM multilaterales.
- iv. Las jurisdicciones deben adoptar las medidas adecuadas para prever la suspensión de los procedimientos de cobro durante el período en que esté pendiente un caso sometido al PAM. Dicha suspensión de cobros debe estar disponible, como mínimo, en las mismas condiciones que se aplican a una persona que busca un recurso administrativo o judicial interno (OCDE, 2016a, p. 13).

#### **4.2. Compromiso asumido para la implementación del PAM a través de la publicación de normas para su acceso**

En el numeral 2.1 del estándar plasmado en el resultado de la acción 14, expresamente la OCDE señala que:

Los países deberían publicar normas, directrices y procedimientos sobre el acceso y la utilización del procedimiento amistoso y tomar las medidas oportunas para que dicha información esté disponible para los contribuyentes. Los países deberían asegurarse de que sus directrices sobre el procedimiento amistoso sean claras y fácilmente accesibles para el público. (2016b, p. 18)

Tal obligación implica dos tareas: primero, la elaboración de normas, directrices y procedimientos relativos a los PAM, y, seguidamente, la obligación de publicar las mismas. Resulta de suma importancia que se indique la forma de presentación de las solicitudes ante la autoridad competente que elijan o que determine el CDI. Recordemos que, conforme a las versiones anteriores a la del 2017 del MCOCDE, la empresa solo podía requerir el PAM ante su propia autoridad competente; mientras que conforme a la versión esta puede elegir ante qué autoridad requerir el PAM.

En el numeral 25 del estándar, la OCDE enfatiza que el lenguaje en que se redacten las normas, directrices y procedimientos debe ser claro, comprensible y

---

14 El Foro MAP FTA.

de fácil acceso para el público, entre otros, a través de las páginas web de la administración tributario o del MEF (OCDE, 2016b, p. 18).

La OCDE expresa su preocupación, en particular, por las empresas afectadas por ajustes primarios de precios de transferencia llevados a cabo en alguna de las jurisdicciones parte del CDI que pueden dar lugar a una doble imposición económica, pasible de solución a través de los ajustes de correspondencia que se tramitan como PAM. En esa línea, la OCDE enfatiza que las directrices sobre el PAM deben encontrarse disponibles para tales empresas.

##### **5. Aspectos que es necesario regular para permitir el acceso a la empresa al PAM considerando las peculiaridades de los CDI del Perú**

El informe del 2016 se coloca en la situación de los países cuyos CDI no contienen la posibilidad de requerir el PAM a cualquiera de las autoridades competentes y que se limita a la presentación de la solicitud a la autoridad del país de residencia de la empresa interesada, y, señala que, en el supuesto de que la autoridad competente que recibe la solicitud PAM de la empresa considere no justificada la alegación, la autoridad competente debe implementar un proceso de consulta o notificación bilateral que permita a la otra autoridad competente dar su opinión sobre el caso (OCDE, 2016a, p. 11). Tal tema es de suma importancia para el Perú, considerando que los ocho CDI bilaterales que integran la red de CDI de nuestro país solo permiten la presentación de la solicitud de PAM ante la autoridad competentes del país de residencia.

Respecto de los precios de transferencia y los ajustes que involucran a Estados contratantes de un CDI, dentro de las “mejores prácticas” para cumplir con el estándar mínimo del PAM desarrolladas por el informe del 2016, se considera como la primera obligación de las jurisdicciones la implementación de programas APA bilaterales. Como segunda buena práctica, se considera el deber de contar con procedimientos apropiados para publicar los acuerdos alcanzados por autoridades competentes sobre las dificultades o dudas surgidas en la interpretación o aplicación de sus tratados fiscales, y como tercera buena práctica, se establece el deber de las jurisdicciones de incluir dentro de la Guía PAM orientación sobre los APA (OCDE, 2016a, p 10).

Consideramos que los requisitos y procedimientos que debe diseñar la legislación interna en relación con el PAM no deben ser estructurados rígidamente; por el contrario, debe incorporarse un grado de flexibilidad que facilite la consulta y el acuerdo, en lugar de obstaculizarlos, en la misma línea que el comentario 21 al artículo 25 del MCOCDE (OCDE, 2017, p. 599). Por su parte, la OCDE identifica ciertos aspectos procesales mínimos del PAM que necesariamente deben ser regulados por la legislación doméstica, entre otros:

- a. La identificación de la etapa de un asunto tributario en la que contribuyente puede invocar la intervención de la autoridad competente mediante el PAM;
- b. La definición de si existe un formato en particular para solicitar el PAM e invocar la acción de la autoridad competente;

- c. La aplicación de plazos para la invocación del PAM por parte del contribuyente;
- d. El grado de participación por parte del contribuyente en el PAM;
- e. Los requisitos para proporcionar información por parte del o de los contribuyentes involucrados (OCDE, 2017, p. 599).

De la información mínima que requiere regulación según la OCDE, consideramos que resulta relevante la existencia de reglas claras sobre el grado de intervención y participación de la empresa que solicita el PAM, a efecto de ejercer plenamente su derecho de defensa.

## 6. Experiencia peruana en la celebración del PAM

En el documento denominado “Mutual Agreement Procedure Statistics 2020 - Perú”, que figura en la página web de la OCDE (2021j) dentro de la “Estadística de Procedimientos de Acuerdos Mutuos de casos por jurisdicción del 2020”, se observa que nuestro país reporta un caso de PAM solicitado después del 1 de enero del 2017. Así mismo, señala que se ha iniciado un caso el 2020 y concluido otro caso en el mismo ejercicio, lo cual implica un *stock* de inventario al final del 2020 ascendente a un caso. Los casos reportados por el Perú son relativos a situaciones diferentes a precios de transferencia, es decir que no corresponden a atribución de rentas ni a ajustes de precios de precios entre partes vinculadas. Respecto de los períodos anteriores al mencionado, no se reporta ningún caso (OCDE, 2021j, p. 1).

Por su parte, del cuadro denominado *MAP Outcomes - other cases* es posible conocer que una solicitud de PAM presentada en el Perú fue retirada por el propio contribuyente y no dio lugar a una respuesta al PAM por parte de la autoridad competente (OCDE, 2021j, p. 3). En la Tabla 2, *Other MAP Cases*<sup>15</sup>, figura, dentro del casillero relativo al número de casos posteriores al 2016 que permanecen en el inventario de PAM al 31 de diciembre del 2020, que el Perú ha reportado un caso<sup>16</sup> (OECD, 2021j, p.6).

Por lo demás, respecto de la abundante información requerida en los reportes a los que los países se han comprometido a presentar a la OCDE, el Perú responde que no se presentan casos, entre otros, relativos a precios de transferencia antes y después del 2017, inadmisibilidad o denegación de solicitudes de PAM, duración promedio de los procedimientos y motivos o materia de las solicitudes.

A partir de los reportes sobre PAM remitidos por los países miembros del marco inclusivo a la OCDE, se ha elaborado la Tabla 1, que evidencia que, con posterioridad al 1 de enero del 2016, Chile ha recibido cuatro solicitudes de PAM en total, de las cuales dos se relacionan con precios de transferencia y las otras dos son relativas a otros aspectos (OCDE, 2021d, p. 1). Por su parte, en el mismo período Colombia ha recibido tres solicitudes sobre aspectos diferentes del de

15 Dentro del Anexo B del Reporte Estadístico de PAM para el 2020, Período de Reporte (1 de enero 2020 a 31 de diciembre de 2020) para otros casos (OCDE, 2022b, p. 6).

16 Ver columna 14 en OCDE (2021j, p. 6).

precios de transferencia (OCDE, 2021c, p. 1). En el caso de México al 1 de enero del 2020 se reportan 34 casos de precios de transferencia iniciados con posterioridad al 1 de enero del 2016 y 14 casos diferentes del mencionado (OCDE, 2021g, p. 1). En la misma línea que México, Brasil reporta al 1 de enero del 2020, 18 casos de precios de transferencia y cinco casos diferentes de los señalados (OCDE, 2021b, p. 1). La proporción de casos de precios de transferencia, como mínimo, duplica el número de otro tipo de casos, lo cual evidencia la importancia de este tema y la alta conflictividad involucrada en estos tipos de casos, nótese que la proporción de casos de precios de transferencia en Brasil, triplica los correspondientes a otro tipo de problemas del CDI.

La Tabla 1 demuestra que los países que presentan la mayor red de CDI de Sudamérica, como son Chile y Venezuela<sup>17</sup>, no son necesariamente los que cuentan con mayores solicitudes de PAM; tal hecho podría relacionarse, más bien, con la antigüedad de la citada red<sup>18</sup>. En efecto, en Sudamérica, Chile lidera la región en cuanto al número de CDI que integran su red iniciada el 2000; sin embargo, su experiencia en el PAM no se compara con Brasil, ni Argentina, quienes iniciaron la celebración de sus CDI el siglo pasado. Lo mismo sucede con México, que supera a todos los países latinoamericanos en cuanto a la utilización del PAM como mecanismo de solución de controversias en su amplia red CDI<sup>19</sup>.

**Tabla 1**  
**Casos de procedimientos de acuerdo mutuo (PAM) reportados por los países latinoamericanos a la OCDE<sup>20</sup>**

País	Casos iniciados d. del 01.01.2016	Inventario inicial 2020	Casos iniciados	Casos cerrados	Inventario final 2020	Fuente OCDE
Argentina	Precios de Transferen <sup>21</sup>	6	3	1	8	2021a
	Otros	8	2	1	9	2021a
Brasil	Precios de Transferen	18	3	1	20	2021b
	Otros	5	1	1	5	2021b
Colombia	Precios de Transferen	0	0	0	0	2021c
	Otros	2	1	0	3	2021c

17 Sobre la Red de CDI de Sudamérica ver el cuadro elaborado por Villagra al 31 de diciembre del 2018 (2019, p.1648).

18 Es preciso señalar que Venezuela no ha reportado información sobre sus PAM a la OCDE (2021).

19 La red de CDI de México al 2018 asciende a más de 50 y constituye la mayor en Latinoamérica (Villagra, 2015, p. 352).

20 Es preciso señalar que si bien Honduras y Paraguay, en su calidad de países miembros del Marco Inclusivo, han cumplido con emitir su Reporte de PAM para el control y estadística de la OCDE; sin embargo, tales países no figuran en el cuadro en tanto han reportado “cero” casos (OCDE, 2021f, 2021i).

21 La referencia a “Casos de Precios de Transferencia” pertenece a las solicitudes de PAM relacionadas (i) a la atribución de rentas al establecimiento permanente; o (ii) a la determinación de rentas entre empresas asociadas (OCDE 2021i).

País	Casos iniciados d. del 01.01.2016	Inventario inicial 2020	Casos iniciados	Casos cerrados	Inventario final 2020	Fuente OCDE
Chile	Precios de Transferen	0	2	0	2	2021d
	Otros	2	0	0	2	2021d
México	Precios de Transferen	34	23	15	42	2021g
	Otros	14	8	4	18	2021g
Panamá	Precios de Transferen	1	1	0	2	2021h
	Otros	0	0	0	0	2021h
Perú <sup>22</sup>	Precios de Transferen	0	0	0	0	2021j
	Otros	1	1	1	1	2021j
República dominica	Precios de Transferen	0	0	0	0	2021e
	Otros	2	0	0	2	2021e
Uruguay	Precios de Transferen	0	0	0	0	2021k
	Otros	1	0	0	1	2021k

*Fuente:* Elaborada a partir de los Reportes de los países miembros del Marco Inclusivo a la OCDE (2021l, p. 1).

## 7. La nula implementación del PAM en el Perú

Cabe resaltar que la propia OCDE y los países del marco inclusivo consideran la necesidad de implementar las medidas administrativas necesarias a través de la emisión de normas internas y la publicación de las mismas para hacer accesible el PAM para las personas y empresas. Lamentablemente, a la fecha, del análisis de la normativa peruana, fuera de lo previsto en los CDI que forman parte del derecho nacional conforme a la Constitución Política, no se identifica ninguna norma de ninguna jerarquía al respecto y el contribuyente, en particular la empresa, desconoce aspectos cruciales del PAM reconocido en los convenios bilaterales. Lamentablemente, seguimos en la misma situación que Grossheim (2008) reconocía en 2008; esto es la nula regulación del PAM en el Perú (p. 522).

Aisladamente, en el documento denominado Peru Dispute Resolution Profile que obra en inglés, en la página web de la OCDE, figura el nombre de la autoridad ante la cual se puede solicitar un PAM, así como del punto de contacto; fuera de ello, en ningún documento interno o información pública de la web de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (Sunat) se hace referencia al PAM (OCDE, 2022b, p. 1).

Ante tal ausencia de regulación y omisión de las autoridades peruanas de cumplir el compromiso asumido de adoptar el estándar mínimo del PAM, los

22 El corte inicial del Reporte elaborado por el Perú es el 1 de enero del 2017, a diferencia de los demás países que figuran en la Tabla 1, cuyo corte inicial corresponde al 1 de enero del 2016 (OCDE, 2021j).

derechos del contribuyente se ven vulnerados. La principal evidencia de ello es la estadística reflejada en la Tabla 1, expuesta en el presente trabajo, que permite concluir que el casi nulo requerimiento del PAM por parte de las empresas y personas naturales se debe al incumplimiento del Perú de la implementación del PAM manifestada por la inexistencia de la guía y lineamientos mínimos necesarios.

Por su parte, la implementación del PAM no debería ser una tarea difícil para la administración tributaria, en tanto desde el 2007 se cuenta con el Manual para la Aplicación del Procedimiento Amistoso Efectiva desarrollado por la OCDE, que incluso cuenta con una versión en español (a diferencia de otros documentos de tal organismo) (OCDE, 2007).

Asimismo, la experiencia de otros países podría facilitar la labor de implementar el PAM, tal es el caso de México que ha desarrollado el procedimiento para la presentación de la solicitud incluso en línea o virtual y claramente indica su gratuidad para casos generales y señala el precio a pagar cuando el problema se vincula con precios de transferencia (SAT, 2022, p. 1). En la misma línea, la Agencia Tributaria de España (AT) ha desarrollado una guía de procedimientos amistosos y cuenta con un reglamento de PAM en materia de imposición directa<sup>23</sup> que establece las etapas del procedimiento, empezando por la solicitud, la admisión/denegación de la misma, la fase unilateral, la fase bilateral y la ejecución del acuerdo (AT, 2021, p. 1).

## 8. Conclusiones

- 1) Los ocho CDI bilaterales celebrados por el Perú prevén el PAM a solicitud de la empresa ante la autoridad competente de su país de residencia y el convenio multilateral firmado por el Perú el 2018 —aún no perfeccionado— no ha incluido la posibilidad de que el solicitante del PAM recurra ante cualquiera de las autoridades competentes de ambos Estados contratantes, no obstante la recomendación de la OCDE plasmada en el vigente modelo de convenio del 2017, modificado como consecuencia del Plan BEPS, y que forma parte del estándar mínimo.
- 2) El Perú, como parte del marco inclusivo y conforme a lo señalado en el convenio multilateral, se ha comprometido a adoptar el estándar mínimo referido al PAM; no obstante, hasta el momento la legislación doméstica no ha incorporado ningún procedimiento o guía para garantizar el acceso de la empresa al PAM.
- 3) Del análisis de la información reportada por los países y centralizada por la OCDE respecto del perfil de los países en relación con el PAM, se observa la casi nula existencia de solicitudes de PAM en el Perú a pesar de haber iniciado su red de CDI hace más de 20 años; a diferencia de Chile, Brasil, Argentina, entre otros países, cuyos procedimientos en marcha y concluidos evidencian que el PAM recogido en sus CDI no es *letra muerta* y que,

23 Real Decreto 1794/2008, modificado por el Real Decreto 399/2021, de 8 de junio de 2021 (AT 2021: 1).

por el contrario, están cumpliendo su objetivo de constituir un mecanismo de solución de controversias eficaz.

- 4) Existe una relación de causa y efecto en la nula implementación del PAM por parte de la administración tributaria peruana y la imposibilidad de la empresa, en su calidad de contribuyente, de ejercer su derecho de defensa a través de tal mecanismo.

## REFERENCIAS

- Agencia Tributaria de España (2021). Guía de Procedimientos Amistosos. <https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/ayuda/manuales-videos-folleto/manuales-practicos/guia-procedimientos-amistosos/parte-primer-procedimiento-fases/1-introduccion/que-procedimiento-amistoso.html>
- Constitución Política del Perú [Const.]. Artículo 56. 29 de diciembre de 1993.
- Comisión de la Comunidad Andina (CAN). Decisión 578. Régimen para evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión Fiscal. 4 de mayo del 2004.
- Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Canadá, para evitar la doble imposición y para prevenir la evasión fiscal en relación a los impuestos a la renta y al patrimonio, aprobado por Resolución Legislativa N.º 27904, 5 de enero de 2003.
- Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Chile, para evitar la doble imposición y para prevenir la evasión fiscal en relación a los impuestos a la renta y al patrimonio, aprobado por Resolución Legislativa N.º 27904, 6 de enero de 2003.
- Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Federativa de Brasil, para evitar la doble imposición y para prevenir la evasión fiscal en relación con el impuesto a la renta, aprobado por Resolución Legislativa N.º 27233, 22 de mayo de 2008.
- Convenio entre la República de Corea y la República del Perú para evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión Fiscal en relación con los Impuestos sobre la Renta y su Protocolo, aprobado por Resolución Legislativa N.º 30140, 23 de diciembre de 2013).
- Convenio entre la República del Perú y la República Portuguesa para Evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión Fiscal en Relación con los Impuestos a la Renta, y su Protocolo, aprobado por Resolución Legislativa N.º 30141 que aprueba el CDI con Portugal, 23 de diciembre de 2013.
- Convenio entre la República del Perú y la Confederación Suiza para Evitar la Doble Tributación en relación con los Impuestos sobre la Renta y el Patrimonio, y su Protocolo, aprobado por Resolución Legislativa N.º 30143, 27 de diciembre de 2013.

- Convenio entre la República del Perú y los Estados Unidos Mexicanos para evitar la Doble Tributación y para prevenir la Evasión Fiscal en relación con los Impuestos sobre la Renta y su Protocolo, aprobado por Resolución Legislativa N.º 30144, 23 de diciembre de 2013.
- Convenio entre la República del Perú y Japón para evitar la doble tributación en relación con los impuestos sobre la renta y para prevenir la evasión y la elusión fiscal, y su Protocolo, aprobado por Resolución Legislativa N.º 31098, 29 de 2020.
- Congreso de la República (2022). Proyecto de Ley N° 03018/2022-PE “Resolución Legislativa que aprueba la Convención Multilateral para implementar las medidas relacionadas con los tratados tributarios para prevenir la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios”. <https://wb-2server.congreso.gob.pe/spley-portal/#/expediente/2021/3018>
- Chirinos Sota, C. (2010). El procedimiento amistoso y el arbitraje obligatorio: Reflexiones en el contexto de los Convenios para evitar la Doble Imposición celebrados por el Perú. *Revista Foro Jurídico*, (11), 234-246. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18592>
- Decreto Supremo N.º 179-2004-EF. Aprueban el Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta. 8 de diciembre de 2004.
- Grossheim, A. (2008). El procedimiento amistoso en los convenios bilaterales suscritos por el Perú. En Asociación Fiscal Internacional (IFA), *CDIs – Convenios para evitar la Doble Imposición* (pp. 505-524). IFA Grupo Peruano. Impresores Comerciales SAC. [https://ifaperu.org/wp-content/uploads/2020/07/321\\_06\\_grossheim-1.pdf](https://ifaperu.org/wp-content/uploads/2020/07/321_06_grossheim-1.pdf)
- Naciones Unidas (2013). *Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries 2017*. Departamento of Economic & Social Affairs.
- OCDE (2007). *Manual para la Aplicación del Procedimiento Amistoso Efectiva*. (Versión de febrero de 2007).
- OCDE (2010). *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio*. Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE. <https://www.gloabal.co/wp-content/uploads/2018/04/Modelo-de-CDI-OCDE-versi%C3%B3n-abreviada.pdf>
- OCDE (2014). *Public Discussion Draft BEPS Action 14: Make Dispute Resolution Mechanisms More Effective*. <https://www.oecd.org/ctp/dispute/discussion-draft-action-14-make-dispute-resolution-mechanisms-more-effective.pdf>

- OCDE (2015). *Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios Informes Finales 2015 Resúmenes*. <https://web-archiver.oecd.org/2015-10-05/374058-beps-resumenes-informes-finales-2015.pdf>
- OCDE (2016a). *BEPS Action 14 on More Effective Dispute Resolution Mechanisms – Peer Review Documents*, (OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project). <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-action-14-on-more-effective-dispute-resolution-peer-review-documents.pdf>
- OCDE (2016b). *Hacer más efectivos los mecanismos de resolución de controversias, Acción 14*. (Informe final 2015, Proyecto de la OCDE y del G-20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios). <http://dx.doi.org/10.1787/9789264258266-es>
- OCDE (2016c). *Desarrollar un instrumento multilateral que modifique los convenios fiscales bilaterales, Acción 15*. (Informe final 2015, Proyecto de la OCDE y del G-20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios). <http://dx.doi.org/10.1787/9789264267435-es>
- OCDE (2017). *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*. OECD Publishing. [https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/modelo-de-convenio-tributario-sobre-la-renta-y-sobre-el-patrimonio-version-abreviada-2017\\_765324dd-es#page432](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/modelo-de-convenio-tributario-sobre-la-renta-y-sobre-el-patrimonio-version-abreviada-2017_765324dd-es#page432)
- CDE (2018). *Convenio Multilateral de la República del Perú*. <https://www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-position-peru.pdf>
- OCDE (2020). *Marco Inclusivo sobre BEPS de la OCDE y el G-20*. <https://www.oecd.org/tax/beps/folleto-marco-inclusivo-sobre-beps.pdf>
- OCDE (2021a). *Mutual Agreement Procedure Statistics 2020 – Argentina*. <https://www.oecd.org/tax/dispute/2020-map-statistics-argentina.pdf>
- OCDE (2021b). *Mutual Agreement Procedure Statistics 2020 – Brazil*. <https://www.oecd.org/tax/dispute/2020-map-statistics-brazil.pdf>
- OCDE (2021c). *Mutual Agreement Procedure Statistics 2020 – Colombia*. <https://www.oecd.org/tax/dispute/2020-map-statistics-colombia.pdf>
- OCDE (2021d). *Mutual Agreement Procedure Statistics 2020 – Chile*. <https://www.oecd.org/tax/dispute/2020-map-statistics-chile.pdf>
- OCDE (2021e). *Mutual Agreement Procedure Statistics 2020 – Dominican Republic*. <https://www.oecd.org/tax/dispute/2020-map-statistics-dominican-republic.pdf>
- OCDE (2021f). *Mutual Agreement Procedure Statistics 2020 – Honduras*. <https://www.oecd.org/tax/dispute/2020-map-statistics-honduras.pdf>

- OCDE (2021g), *Mutual Agreement Procedure Statistics 2020 – Mexico*. <https://www.oecd.org/tax/dispute/2020-map-statistics-mexico.pdf>
- OCDE (2021h), *Mutual Agreement Procedure Statistics 2020 – Panama*. <https://www.oecd.org/tax/dispute/2020-map-statistics-panama.pdf>
- OCDE (2021i), *Mutual Agreement Procedure Statistics 2020 – Paraguay*. <https://www.oecd.org/tax/dispute/2020-map-statistics-paraguay.pdf>
- OCDE (2021j), *Mutual Agreement Procedure Statistics 2020 – Peru*. <https://www.oecd.org/tax/dispute/2020-map-statistics-peru.pdf>
- OCDE (2021k), *Mutual Agreement Procedure Statistics 2020 – Uruguay*. <https://www.oecd.org/tax/dispute/2020-map-statistics-uruguay.pdf>
- OCDE (2021l) *Mutual Agreement Procedure Statistics of other cases per jurisdiction for 2020*. <https://web.archive.oecd.org/2022-11-21/595718-mutual-agreement-procedure-statistics-2020-per-jurisdiction-other.htm>
- OCDE (2021ll) *Mutual Agreement Procedure Statistics of transfer pricing cases per jurisdiction for 2020*. <https://www.oecd.org/tax/dispute/mutual-agreement-procedure-statistics-2020-per-jurisdiction-transfer-pricing.htm>
- OCDE (2022a) Members of the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS. Noviembre 2021. <https://www.oecd.org/tax/beps/inclusive-framework-on-beps-composition.pdf>
- OCDE (2022b). *Peru Dispute Resolution Profile (Last updated: 13 January 2022)*. <https://www.oecd.org/tax/dispute/peru-dispute-resolution-profile.pdf>
- OCDE (2022c). *Signatories and parties to the multilateral convention to implement tax treaty related measures to prevent base erosion and profit shifting*. Situación al 10 de noviembre de 2022. <https://www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-signatories-and-parties.pdf>
- Oficina del Tesoro de Estados Unidos de Norteamérica (2016). *United States Model Income Tax Convention*. [https://home.treasury.gov/system/files/131/Treaty-US-Model-2016\\_1.pdf](https://home.treasury.gov/system/files/131/Treaty-US-Model-2016_1.pdf)
- Organización Mundial del Comercio (OTC). (1995). *GATS*. [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/serv\\_e/gatsqa\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/gatsqa_e.htm)
- SAT (2022). Solicitud de inicio de procedimiento amistoso contenido en un Tratado para Evitar la Doble Tributación. [https://www.sat.gob.mx/tramites/35385/solicitud-de-inicio-de-procedimiento-amistoso-contenido-en-un-tratado-para-evitar-la-doble-tributacion-\(mutual-agreement-procedure,-map-por-sus-siglas-en-ingles\)](https://www.sat.gob.mx/tramites/35385/solicitud-de-inicio-de-procedimiento-amistoso-contenido-en-un-tratado-para-evitar-la-doble-tributacion-(mutual-agreement-procedure,-map-por-sus-siglas-en-ingles))

- Serrano Antón, F. (2019). El procedimiento amistoso y el arbitraje en la fiscalidad internacional. En F., Serrano Antón (Dir.), *Fiscalidad Internacional*. (7ª ed.), (pp. 1419-1472). Ediciones CEF.
- Villagra, R. (2015) Análisis crítico del Convenio para Evitar la Doble Imposición suscrito entre Perú y México – Características y peculiaridades. *Anuario de Investigación CICAJ 2013 – 2014* (pp. 349-381). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/168204/Texto%20completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Villagra, R. (2019). La red de convenios para evitar la doble imposición suscritos por los países de Sudamérica. En F., Serrano, *Fiscalidad Internacional*. (9ª ed.) (pp. 1645-1685). Ediciones CEF.
- Vogel, K. (1997). *Double Taxation Conventions*. (3ª ed.) Kluwer Law International.



# HACIA LA FORMALIZACIÓN DE LAS MYPES: INCENTIVOS ERRADOS E INCENTIVOS CORRECTOS EN UNA LARGA HISTORIA DE INFORMALIDAD

*Horacio Gago Priolé<sup>1</sup>*

## **Resumen**

Este capítulo describe el entorno empresarial de las micro y pequeñas empresas mypes en el Perú. Se aborda su problemática, potencial y las posibilidades de formalizarse mediante el uso de las tecnologías de la información (TI), cuya importancia creció durante la pandemia del COVID-19. El texto también explora el concepto de vivienda productiva como el espacio físico que ha permitido la transformación de las mypes en un modelo intensivo en TI. Se tiene en cuenta el mandato constitucional de promover a la pequeña empresa en todas sus modalidades, y a partir de este, se desarrolla una temática que involucra a los 22 millones de peruanos relacionados a las mypes. La formalización de las mypes está abriendo un ámbito de gran potencial dentro del derecho empresarial. En ese sentido, el propósito de este capítulo es analizar esta problemática y los correctos incentivos que las conviertan en sujetos de un derecho empresarial sólido.

**Palabras clave:** Micro y pequeña empresa (mype), informalidad, formalización, incentivos, tecnologías de la información, propiedad intelectual

## **Abstract**

This chapter describes the business environment of micro and small companies in Peru, MYPE. It discusses their problems, potential and the possibilities of being formalized through the use of information technology (IT), which grew in importance during the COVID-19 pandemic. The text also explores the concept of productive housing as physical space that has allowed the transformation of mypes into an IT-intensive model. It takes into account the constitutional mandate to promote small business in all its modalities is taken into account, and from this it develops a theme that involves the 22 million Peruvians related to mypes. The formalization of the mypes is opening an area of great potential within business law. The purpose of this chapter is

---

<sup>1</sup> Abogado por la PUCP. Doctor en Derecho por la Universidad Pontificia Comillas de España. Con Diploma en Development Studies por The Birbeck College (University of London). Profesor visitante en la Universidad de Sao Paulo (2011 y 2016) e investigador residente en The University of Westminster (Londres, 2015).

to analyze this problem and the correct incentives that make them subjects of solid business law.

**Keywords:** Small business sector, informal sector, formalization, legal incentives, institutional incentives, new technologies, property rights.

## 1. Introducción

La formalización de las mypes obedece a un enfoque de desarrollo de corte institucional donde el derecho es fundamental. Sin un sistema jurídico que admita procedimientos masivos para problemas masivos y principios de simplificación administrativa (veracidad, gratuidad y uso de formularios), la formalización no sería posible. La informalidad de las mypes es de una dimensión solo combatible con un proceso de formalización masivo sustentado en instrumentos jurídicos surgidos de una política de estado específica, que, lamentablemente, no existe. Una política de Estado de formalización deberá responder a principios éticos de inclusión legal, social y cultural. También a una visión según la cual el impulso de la pequeña empresa obedece a la obligación del Estado de combatir la pobreza, principalmente de los más vulnerables, tal como lo indica el artículo 59 de la Constitución de 1993. Los principios iluminan las normas, mientras que los valores lo hacen con las políticas de Estado. Y, en este caso, el principio de simplificación administrativa es relevante por ser la informalidad el problema a resolver, ahora mismo de carácter masivo y estructural.

La hipótesis de este capítulo sostiene que el tránsito entre la informalidad y la formalidad de los activos y las actividades sobre ellos realizados por las mypes será un tránsito posible si se incorporan Tecnologías de la Información (TI) sólidas, se protege la propiedad intelectual, y se proveen servicios básicos al universo de emprendedores mypes.

Entre 1994 y 2021, la población peruana creció de 23.4 millones a cerca de 33 millones de habitantes, y el Producto Bruto Interno (PBI) se incrementó en ese periodo de USD 44.8 mil millones a USD 223.2 mil millones el año 2021. Esto representa casi cinco veces más, con lo que el PBI per cápita subió de USD 1.9 mil a USD 6.8 mil, es decir más del triple. Este salto cuantitativo no implicó un aumento de eficiencia o acierto en las políticas de formalización de las mypes, las cuales alcanzaron una ocupación de la Población Económicamente Activa (PEA) de más de nueve millones de peruanos. Se esperaría que el país de ingresos medios, expresados en esas cifras, tuviese características de esa categoría en términos de calidad educativa, posición en el *ranking* mundial universitario, generación acreditada de conocimiento y un creciente número de patentes. Esto, sin mencionar la infraestructura para la conectividad física y digital. Sin embargo, muy por el contrario, el tema de la brecha de pobreza sigue marcando la pauta. Ocho millones de peruanos no tienen acceso al agua ni al desagüe. El número de kilómetros de carreteras asfaltadas por miles (17 400 kilómetros) indica que existen 1 897 habitantes por cada kilómetro de carretera asfaltada. En comparación, Chile, con sus 21 300 kilómetros de carreteras y 19 2 millones de habitantes, exhibe una ratio de eficiencia el doble de alto que el Perú: 901 habitantes por cada kilómetro asfaltado.

A pesar de esta situación, la idea errada de formalizar a las mypes basándose en la reducción de trámites y la flexibilización laboral fue reiterada una y otra vez sin obtener resultados, sin tener en cuenta la verdadera cartera de estímulos compuesta fundamentalmente por las tecnologías de la información, propiedad intelectual y servicios básicos.

## 2. La informalidad

### 2.1. Concepto

La dualidad o paralelismo formal/informal es tan antigua como el establecimiento mismo de la influencia europea en el territorio del Perú. Se inicia con la división de la república de españoles y la república de indios del siglo XVII dictada por la Corona en tiempos de los reyes Habsburgo. De un lado, están las leyes para los españoles, superiores y poderosas, y del otro las costumbres para los indios, como una concesión para el uso de las normas locales a fin de que ellos continúen con sus prácticas ancestrales, en tanto no se inmiscuyan en los asuntos de los primeros. La llegada del ideal liberal o Estado moderno en el siglo XIX no modernizó el derecho ni creó una ciudadanía igualitaria entre los habitantes de la flamante república, sino que generó bolsones de igualdad en beneficio de los herederos de la república de españoles. En el Perú, la frase “todos ... somos iguales, pero unos son más iguales que otros” se repite con frecuencia en los circuitos locales, haciendo eco de la expresión de George Orwell (2020) en *Rebelión en la Granja*<sup>2</sup> que alude a la superioridad de unos sobre otros.

Los indios fueron a engrosar los ejércitos de los caudillos, sin saber nunca por qué ni para qué luchaban entre sí, o a servir de yanacunas en las tierras de los hacendados a cambio de estipendios infames y deudas impagables. Las leyes mercantiles modernas e instituciones como las cámaras de comercio, aparecidas bajo la influencia inglesa, fueron los estándares normativos utilizados a fin de dar uniformidad a los contratos entre la matriz y las élites locales, y no para ser usadas masivamente en el mercado interno. Nunca se normaron observando las prácticas de los grupos reales. La informalidad o economía paralela siguió siendo consuetudinaria.

En el siglo XX, el paralelismo se hizo un fenómeno urbano y masivo (ya lo era en el campo) después de las migraciones campo ciudad, sobre las que se ha escrito e investigado bastante, desde José Matos Mar (1984) hasta Hernando de Soto (1986), entre varios autores. La dualidad formal-informal del siglo XXI es distinta a la de “El Otro Sendero” y “Desborde Popular”. Esas dos visiones se dieron antes de la llegada del internet y del *boom* de las microfinanzas, además de haber sido producidas en los estertores del modelo de sustitución de importaciones, detalle nada menor. Entonces, la informalidad era vista como un escenario de supervivencia y refugio para quienes no podían pagar los altos costos de ser “formales”. Matos Mar (1984) trabajó la idea del mestizaje y el atractivo del escenario urbano,

2 Sobre la dualidad, *vid.* Gago Prialé (2000) y De Trazgenies (1980).

mientras que De Soto (1986) intentó cuantificar la economía informal y describir ese mundo de ocultamiento y persecución, sin acceso a financiamiento y sujeto a un sistema de ahorros en ladrillos, fierro y cemento. A ese mundo, el peruano de la informalidad fue obligado a pertenecer dadas sus circunstancias de origen, y busca salir apenas perciba que el peligro cedió y los costos de formalizarse se han reducido. Para De Soto (1986), la informalidad es un asunto de costos y trámites formales. De hecho, la misma expresión “informalidad” alude a problemas de forma de los millones de peruanos con activos en la sombra.

En el siglo XXI, la informalidad es distinta. A diferencia del enfoque europeo sobre el postcapitalismo (Mason, 2016), según el cual las plataformas digitales y redes sociales son vistas como un monopolio dedicado al expolio, tráfico y lucro con los datos personales. En el Perú y otros países de nuestra región, las mismas plataformas siguen siendo esenciales para las mypes en su transición de lo analógico a lo digital. En ellas consiguen los recursos necesarios para cumplir con cada una de las etapas del ciclo productivo y comercial: diseño, estrategia, producción, comercialización, pago, distribución y postventa. La informalidad del siglo XXI no está centrada en las personas, sino en los activos, físicos o intangibles, y fundamentalmente está asistida por las TI y accede a las microfinanzas. Las mypes, poco a poco, van optimizando el uso de las TI para tomar de sus plataformas las soluciones que les interesa. Las redes, vitrinas, sistemas de pago se encuentran a disposición gratuita y masiva.

El emprendedor mype, también, padece de serias carencias en servicios básicos de luz, agua y desagüe, y su creatividad se sigue estrellando contra la muralla de un sistema de propiedad intelectual decimonónico y deliberadamente excluyente. Los activos de los informales carecen de papeles legales y sistemas estandarizados; su visibilidad es muy limitada y, también, su capacidad de globalizar su economía. Esto fundamentalmente debido al uso de “vitrinas” que no son trazables ni rastreables. La informalidad del siglo XXI plantea, en suma, el desafío de ser visible ante quien el emprendedor mype quiere serlo: el mercado. El Estado debe reconocer esta conclusión como básica. Ciertamente, ocurre lo contrario.

Con frecuencia, el abordaje sobre la micro y pequeña empresa da cuenta del concepto de la informalidad como el funcionamiento en la economía de personas o mypes sin RUC, sin registro público, sin forma societaria, sin récord tributario y sin permiso municipal. Se trata de un concepto erróneo. Como hemos trabajado en *Repensar la Propiedad. El camino para la formalización en el siglo XXI* (Gago Prialé, 2021), la informalidad no se halla en las personas, sino en los activos. Lo desconectado e invisible, financiera, fiscal, legal y oficialmente son los activos, sean los tangibles inmobiliarios, los tangibles mobiliarios, o los intangibles. No las personas. Las personas físicas o jurídicas son sujetos de derecho y de obligaciones, no formales o informales. Una persona es una entidad mucho más compleja que su patrimonio. No puede ser informal. Sus atributos y sus deberes no tienen un valor mayor o menor si él o ella posee o no sus activos bien inscritos. No se es informal como persona.

Lo informal son las cosas, sea porque no tienen papeles legales que certifiquen su existencia, o porque se comercian sin dejar un rastro o trazo legal o sin pagar impuestos ni ser declarados. En resumen, las cosas se mantienen ocultas porque las personas no transparentan sus activos debido a diversas causas. Los estudios sobre la informalidad se dedican a profundizar en las causas, muchas veces surgidas de las políticas draconianas o persecutorias del Estado, que obligan a las personas a ocultar sus activos.

En este contexto, este capítulo explora los incentivos correctos que podrían impulsar a las personas y a las mypes a transparentar y visibilizar sus activos y las operaciones que realizan con ellos y, de ese modo, de paso y en paralelo, formalizarlos.

En conclusión, la informalidad es ocultamiento, exclusión, submundo, vida paralela de los activos, no de las personas. Invisibilidad, imposibilidad de trazarlos y carencia de estándares para que esos activos sean reconocibles en un mercado amplio o global. Cuando la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2021) y el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) se refieren a la informalidad como un atributo de las personas o de las mypes, lo hacen básicamente con la intención de construir estadísticas para explicar la dimensión de las actividades y las transacciones con esos activos, fuera de los conductos formales.

### **3. Mype, repaso conceptual**

#### **3.1. Antecedentes**

Los emprendimientos que denominamos micro y pequeñas empresas (mype) no son un fenómeno reciente ni tampoco el de viviendas productivas. Por el contrario, tienen sus raíces en tiempos anteriores a la misma idea de Estado nación y, previamente, a la modernidad. La artesanía es una modalidad productiva previa a cualquier tipo de industrialización de masas; su práctica siempre estuvo asociada al intercambio de bienes y su espacio natural fue la vivienda. Lo interesante es que, en nuestros países, tanto en los tiempos formativos de las repúblicas como en los actuales, el universo de las mypes ha sido siempre mayoritario y masivo, y también el que se desarrollen en espacios que comparten con las viviendas. Que las leyes actuales las cuantifiquen en función de un número determinado número de trabajadores es arbitrario y solo sirve con fines estadísticos. Lo importante es que los sistemas económicos de la premodernidad, la modernidad mercantilista (De Trazgenies, 1980), y la actual modernidad informal han tenido como unidad económica mayoritaria a las mypes.

Analizar la informalidad desde los activos puede facilitar la identificación de los incentivos más eficientes para formalizarlos. Entiéndase que formalizarlos conlleva hacerlos visibles, trazables y reconocibles, ponerlos a la luz y activar su potencial. Incentivos hay de diverso orden: contabilidad simple, trámites aligerados, acceso al sistema financiero o licencias municipales simplificadas. Pero también existen otros incentivos de una envergadura directamente relacionados con

el contenido de las actividades económicas, como el acceso a una sólida estructura de tecnologías de la información, propiedad intelectual y también a un paquete más prosaico de servicios básicos de luz, agua y desagüe, de los que, aunque parezca increíble, muchas mypes carecen. Con las tecnologías de la información, las mypes pueden actuar con transparencia y ser visibles ante las fuentes oficiales necesarias, pero también frente a otras fuentes relevantes de reconocimiento, como el sistema financiero y gremial.

La hipótesis de este capítulo sostiene que el tránsito entre la informalidad y la formalidad de los activos y las actividades asociadas será un tránsito posible si se incorporan tecnologías de la información sólidas, se protegen la propiedad intelectual y se proveen servicios básicos al universo de emprendedores mypes.

### 3.2. Cifras de las mypes

Las mypes, en el Perú, representan el 96 % de las formas empresariales, incluyendo las dedicadas a actividades de supervivencia y las que consiguen agregar valor. Según la Encuesta Nacional de Hogares (Enaho), para el año 2021, las mypes emplearon al 43 % de la PEA (Sociedad de Comercio Exterior del Perú [COMEXPERU], 2022, p. 5), lo que quiere decir que, al menos, 8,5 millones de peruanos trabajan en una mype. Si es así, los peruanos que superviven gracias a los ingresos de las mypes pueden llegar a ser al menos 22 millones de personas. El Global Entrepreneurship Monitor (como se cita en Avolio et al., 2021) señala que son 9.2 millones los peruanos y peruanas involucrados en una actividad emprendedora. Si a ello se agrega su carga familiar, se obtiene a una cifra de similar dimensión. De ese universo, el 75 % de las mypes tiene una vida de hasta 42 meses; el 25 % sobrepasa ese límite, y, de estas, solo el 3 % desarrolla nuevos productos.

En América Latina, según la ONG global Hábitat para la Humanidad, 140 millones de personas desarrollan su actividad emprendedora en sus casas, lo que equivale al 50 % de la PEA de la región. Sin planificación ni institucionalidad, tampoco normativa, la vivienda productiva surge de un modo espontáneo y “orgánico”, dice Hábitat para la Humanidad. El estudio agrega que la vivienda productiva podría evolucionar e incorporar criterios de confort, organización de espacios, luz y ventilación, y con ello adquirir una funcionalidad que no existía en las plantas industriales del fordismo.

Según COMEXPERU (2022, p. 6), al 2021, el movimiento anual de las mypes logró ventas anuales de un aproximado de 108 mil millones de soles. Pero si se entiende que estas son cifras declaradas y se añadieran las ventas de las mypes que no lo hacen, esa cifra cuando menos se duplicaría. Lo anterior demuestra que las mypes son el mayor generador de empleo, pero, además, el que aporta más recursos al país desde la informalidad y la exclusión legal. El aporte de las mypes representa al menos el 20 % del PBI. Con la maraña de leyes, normas menores e instituciones represivas en su contra, se trata de un esfuerzo notable.

El legislador nunca estuvo atento a las dificultades ni a la potencialidad de las mypes, a diferencia del constituyente de 1993. En 1993, las mypes no eran la inmensidad de hoy, pero sí constituían un gran ejército civil de resistencia contra la pobreza y el hambre. En ese entonces quedaban muy frescos los restos de la

guerra contra el terrorismo que asoló el país entre 1980 y 1995, y las mypes servían para refugiar a los peruanos en actividades de supervivencia. Eran años de carestía y gasto público orientado a la guerra interna y al servicio de la inmensa deuda externa. El peruano de las mypes aprendió a caminar solo desde entonces. Pero no es lo mismo el decurso en solitario que tener que enfrentar la vida diaria contra todo el aparato legal, por lo que el 75 % de los microemprendedores sucumbían antes del mes 42 de nacer y solo un pequeño 0.75 % lograría desarrollar nuevos productos (COMEXPERU, 2022).

### **3.3. Aproximación a las causas de la informalidad de las mypes**

Es un concepto generalizado que las mypes son la forma empresarial de una abrumadora mayoría de los peruanos. Cálculos bien sustentados indican que las mypes brindan la subsistencia de al menos 22 millones de peruanos y peruanas. En una sociedad que moviliza sus activos sin respaldo legal y congénitamente programada para esperar del Estado poco o nada, esa reveladora realidad no solo desnuda al país precapitalista que en gran medida sigue siendo el Perú, sino que obliga a preguntarse por las razones de ello. Entonces, aparece la dura verdad de que en el mundo de las mypes peruanas, el inmenso genio y la creatividad no alcanzan para premunirlas de la endeblez ni vacunarlas contra la corrupción institucional que las termina arrasando con frecuencia. Es sintomático que de los 5.5 millones de mypes, solo el 6 % se esté inscrito en el registro oficial del Ministerio de Trabajo y Promoción y Promoción del Empleo, conocido como el Registro de la Micro y Pequeña Empresa (Remype), y que únicamente este porcentaje tenga una vida útil superior a los cinco años. La realidad es que enorme mayoría de las mypes perece antes este tiempo y no necesariamente por falta de talento o enfoque, sino principalmente debido a la persecución a la que son sometidas por parte del Estado (ministerios, policía y municipios). Como resultado, el mundo de las mypes se eterniza; las puertas permanecen anchas tanto para ingresar como para salir, no evoluciona a mejor, sino que permanece abrumadoramente gigante y también tremendamente frágil. En pocas palabras, en el Perú las mypes habitan una atmósfera de volatilidad.

## **4. El artículo 59 de la Constitución**

### **4.1. La opción constitucional por las pequeñas empresas**

En un capítulo sobre el espacio de las mypes en la vida económica de los peruanos de la tercera década del siglo XXI en tiempos de la postpandemia del COVID-19, es relevante analizar el resultado de los casi 30 años del mandato constitucional sobre las mypes. Sabedor de la importancia de ese sector para la supervivencia de las mayorías, el constituyente de 1993 incluyó en el título de régimen económico un artículo, el número 59, que consagra como obligación estatal el impulso a la creación de riqueza y las libertades de empresa, comercio e industria: “El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades” (Constitución Política del Perú, 1993, artículo 59).

Es relevante que el constituyente haya incluido en un título asociado con asuntos técnicos, como es el régimen económico, donde las constituciones suelen establecer reglas económicas básicas y no declarar principios morales, una explícita alusión a las desigualdades y a la necesidad de superarlas. Esto se manifiesta al establecer que la vía para ello es la promoción de “las pequeñas empresas en todas sus modalidades” (Constitución Política del Perú, 1993, artículo 59).

El derecho de la empresa es el espacio al estudio, la comprensión, la investigación y la propuesta con el objetivo de masificar los mecanismos de respaldo a este sector, asegurando el cumplimiento del mandato constitucional. El enfoque del constituyente ha sido orientado hacia el servicio. El artículo 59 de la Constitución de 1993 incorpora una dimensión ética al promover el bienestar de los más vulnerables, no limitándose únicamente a indicadores cuantitativos. Es meritorio que en el título del régimen económico se incluya una visión ética de tipo rawlsiano destinada a equilibrar lo precedentemente desigual. De esta manera, el aporte del 20 % que ya representan las mypes al PBI confiere equilibrio y orden a un sistema económico previamente desequilibrado.

En este contexto, la norma constitucional del artículo 59 emparenta directamente el derecho empresarial de las mypes con la Constitución política y crea el marco para establecer si la promoción de las pequeñas empresas “en todas sus modalidades” ha sido real o solo enunciativa. Al revisar la jurisprudencia constitucional, se observa a la función promotora de modo indirecto e insuficiente, en términos de sostener una política de Estado de formalización. Cuando la norma menciona “promover”, se refiere a un acto voluntario, planificado y dirigido por alguien dentro del Estado, y ese “alguien” para promover o impulsar una política de preferencia por las microempresas en aras de brindar oportunidades de superación de toda desigualdad no puede ser otro que el gobierno, es decir, el Poder Ejecutivo.

Promover implica tener la voluntad de impulsar, no limitándose a hacerlo únicamente como resultado de una sentencia individual o de un modo tácito e inerte, como cuando un juez ordena el pago de una reparación civil. En la práctica, se reconoce que, si el Estado no tiene intención de pagar, simplemente no lo hará, ya que no planificará ni asignará recursos a ese propósito. Siendo inembargable e imprescriptible, el patrimonio estatal está salvaguardado de las pérdidas en el mercado. Querer promover significará, entonces, organizar un plan de acción destinado a incentivar a la pequeña empresa, identificar y asignar recursos con ese objetivo y agilizar la burocracia pública de la “A a la Z”. Una o varias sentencias del Tribunal Constitucional dedicadas a resolver disputas sobre derechos constitucionales, aunque tengan la máxima jerarquía, no generan obligaciones de promoción de las pequeñas empresas en todas sus modalidades. El Estado tiene pleno conocimiento de esto. La promoción corresponde a una política de Estado que debe surgir de las decisiones de quienes dirigen las políticas de gobierno.

El año 2001, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo incorporó el subsector de promoción del empleo con enfoque de formalización. Ese viceministerio tiene una dirección denominada de “Normalización, Formalización para el

Empleo y Certificación de Competencias Laborales”, la cual se dedica a la formalización basándose en un concepto de informalidad entendida como la carencia de conocimientos y capacidades. En ese mismo viceministerio se creó un registro de microempresas, el Remype, con el objetivo de crear una base de datos que facilite la focalización de subsidios y capacitaciones. Sin embargo, por sus resultados desde 1994 —año de inicio de la vigencia de la actual Constitución— la informalidad no solo no ha remitido, sino que se ha incrementado. Por lo tanto, se puede concluir que el citado viceministerio no ha promovido la mejoría del sector ni tampoco una formalización eficiente.

Seguir insistiendo en reducir trámites, flexibilizar leyes laborales, impulsar un régimen tributario especial y ofrecer contabilidad homologada, como pilares de la formalización, es, en gran medida, equivocado. Es un formato de formalización que corresponde al siglo pasado. La informalidad ya no se debe a altos costos de trámites. Cuando se escribió *El Otro Sendero* (De Soto, 1986), las mypes no accedían a internet ni a microfinanzas por la sencilla razón de que estas no existían, pero que hoy en día es corriente y un recurso al alcance de todos. El resultado de ese enfoque en los trámites y las capacitaciones ha sido ineficaz. Las mypes continúan inermes y empantanadas en la lava burocrática. Su corta vida, informalidad y volatilidad dan testimonio de ello.

## 5. Incentivos correctos para formalizar las mypes

### 5.1. Enfoque de incentivos

Si la volatilidad de las mypes es tan alta, la estrategia deberá enfocarse en los incentivos correctos. En el siglo XXI, la informalidad es abrumadoramente elevada y compleja, y después de la pandemia, aún más debido a la aparición de los emprendimientos dentro de las viviendas (viviendas productivas), auxiliados o facilitados por las tecnologías de la información. De este modo, para hacer atractiva la formalidad se requieren tres elementos: un entorno tecnológico sólido, un sistema de propiedad intelectual sobre sus conocimientos y la dotación óptima de servicios básicos (luz, agua, desagüe).

En 1994 se inició vigencia de la Constitución de 1993. Es innegable que el modelo económico generó un crecimiento macroeconómico, pero si se considera el crecimiento de la informalidad del 80 % al 94 % de las mypes, resulta paradójico y solo puede explicarse por un enfoque del problema de la informalidad desde sus raíces. Durante ese mismo periodo, el gasto público se cuadruplicó sin que ello se reflejara en mejores servicios ni en una disminución de la informalidad; más bien, ocurrió lo contrario. La informalidad continuó siendo el principal problema social, económico y jurídico del país, y las mypes el escenario de volatilidad habitual, con el agravante de no solo mantenerse, sino también crecer en tamaño.

La hipertrofia del presupuesto mal planificado y peor gastado se verifica como una tendencia causante del problema estructural de la informalidad. Esto se debe a que se desperdicia recursos públicos en incentivos falaces, como la reducción de trámites, la flexibilización de las leyes laborales, la creación de regímenes tributarios especiales o la invención de una contabilidad homologada. Además,

también porque crea expectativas truncas y corrobora una imagen fallida de Estado formalizador. En pocas palabras, porque profundiza el paralelismo entre los dos sistemas, el formal plagado de trampas y el informal, dinámico, aunque fuera de la ley.

Un claro ejemplo de mal uso de recursos, específicamente en el sector laboral, es la Superintendencia Nacional de Fiscalización Tributaria (Sunafil), creada para velar por el cumplimiento de las normas laborales en el reducido espacio del sector formal de la economía, no en el de las grandes empresas, sino en el minúsculo número de medianas. El erario nacional, es decir, todos los peruanos, incluidas las mypes que pagan impuestos indirectos, deben financiar las labores de la Sunafil. Según la Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2022, Ley N.º 31365, esta entidad contaba con un presupuesto para gastos corrientes superior a 194 millones de soles (anexo 5). Sin embargo, el caso de Lurawi, como se ha venido a denominar desde 2022 al sistema de empleo temporal, es aún más explicativo respecto del uso desenfocado de los recursos estatales. Los 374 millones de soles asignados por el presupuesto nacional para ser gastados durante el 2022 no buscan tecnificar, capacitar, agregar valor a las personas, crear cadenas de valor, gestar capital social ni nada sostenible. Se trata de un subsidio temporal para labores orientadas a perpetuar la desigualdad.

Los enormes presupuestos de las oficinas estatales ni han reducido la desigualdad ni mucho menos la informalidad. Tampoco han brindado seguridad civil ni jurídica en la misma proporción en que subieron sus presupuestos. Si la pregunta es si esos recursos públicos promocionan eficientemente los emprendimientos y la laboriosidad de las mypes, o al menos los de los peruanos autoempleados, la respuesta es que lo hacen con igual o menor impacto que cualquier ONG. Y si la pregunta es si ese presupuesto ha masificado la tecnificación o ha conseguido enrumbar políticas de empleo sostenibles, la respuesta es no.

Veintidós millones de peruanos, trabajan, se educan, se alimentan, se visitan, socializan, compran y venden gracias a la economía generada a nivel de las mypes. Dentro de este universo, se encuentran aproximadamente siete millones de menores de hasta los 12 años, es decir, una base amplísima de peruanos en plena formación física, nutricional y educativa básica, cuyos padres o protectores obtienen los recursos de una fuente mype. También 17 millones de jóvenes hasta los 39 años, quienes sin duda ya asumen muchas responsabilidades de manutención de sus familiares. Otros nueve millones de adultos hasta los 55 años, que con alta probabilidad son los jefes directos de millones de mypes y, finalmente, ocho millones adicionales de adultos mayores.

Si nos atenemos a las referencias del Remype, según las cuales solamente el 6.2 % de las mypes se encuentran registradas, se tiene que al menos 19 millones de peruanos que dependen del sector mype habitan en la zona de la informalidad. En un país de 33 millones de personas, que 19 millones de ellas conformen la demografía informal no solo es alarmante por su dimensión, sino una poderosa razón para estudiar a profundidad las características de ese sistema paralelo. No se trata de un escenario compuesto solo por subsistemas alternativos al formal, sino de un

inmenso universo informal, dentro del cual existen subsistemas que se imbrican, relacionan, interpenetran e influyen recíprocamente, siendo el formal, más bien, un subsistema del sistema mype informal. Un mundo alternativo, un país paralelo, un sistema normativo distinto intrincado e interpenetrado con la formalidad.

## 6. Las mypes y la pandemia del COVID-19

### 6.1. El impacto de la pandemia en las mypes

Tras el anuncio de la Organización Mundial de la Salud (OMS) el 11 de marzo del 2020, con el cual se caracterizó formalmente al virus COVID-19 como una pandemia de alcance global, los Estados adoptaron distintas medidas para evitar el contagio y preparar los centros de emergencia de sus países. Durante los más de 30 meses que duraron las restricciones<sup>3</sup>, la actividad real de la economía informal, sustentada en las mypes sufrió importantes alteraciones y adquirió nuevos hábitos y costumbres jurídicas. Aquellas que dependían fuertemente de su ubicación dentro de determinadas calles comerciales específicas, mercados o emporios sufrieron cierres en porcentajes muy importantes. Sin duda, la pandemia quebró los ejes comerciales de ciudades como Lima, ubicados en Mesa Redonda, los jirones Paruro y Andahuaylas, y hasta quizá hizo surgir otros, más alineados con la idea de la ciudad de “15 minutos”<sup>4</sup>. Esta situación, sin duda, plantea la interrogante de si los nuevos ejes digitales ya asoman con fuerza.

ComexPerú (2021) reporta que el año 2020 se registró una caída en las mypes del 48.8 % en relación con las del 2019, golpe duro causado fundamentalmente por la pandemia. El impacto en el bolsillo de las familias fue muy fuerte al reducirse ese año la PEA empleada en un 21.2 % en relación con años anteriores. Incluso, Diego Macera del Instituto de Estudios Peruanos (IEP) para una entrevista a Víctor Lozano en *El Peruano*, llegó a afirmar que “las MYPE fueron el segmento empresarial más afectado, cerca de 600 000 micro y pequeñas empresas formales dejaron de operar en el 2020” (Lozano, 2022). Además, este aseguró que “si bien los rubros comercio y servicios fueron los más golpeados por la pandemia, la reactivación del 2021 y 2022 demostró mucha resiliencia, una mayor fuerza de lo que se había anticipado inicialmente” (*ibid.*). A su vez, la presidenta de la Asociación Empresarial Gamarra Perú, Susana Saldaña para una entrevista en RPP (2022), explicó el nuevo escenario del emporio del distrito de La Victoria con las siguientes palabras:

dos años después de iniciada la pandemia, apenas el 50% de nuestros empresarios han podido reiniciar sus actividades e iniciar el proceso de recuperación (...) Sobre el empleo, antes de la pandemia generamos más de 100 mil puestos de trabajo directos, casi medio millón de puestos de trabajo entre directos e indirectos, pero apenas se están recuperando entre el 40% y 5%.

3 El 28 de octubre de 2022, el Gobierno peruano dictó la norma declarando el final de esas medidas.

4 La ciudad de 15 minutos es un concepto acuñado por la alcaldesa de París, Anne Hidalgo. La idea hace referencia a que todas las necesidades básicas de una persona se puedan satisfacer en ese tiempo.

Ante la crisis económica surgida, el Gobierno creó el Fondo de Apoyo Empresarial para mypes (FAE-Mype) que benefició a 143 mil de ellas a nivel nacional, la mayor parte dedicada al comercio minorista. Se trató de créditos blandos entre 10 mil y 30 mil soles. Asimismo, el sector de Producción creó el programa Reactiva Perú, Pro Innóvate, una suerte de concurso donde las mypes postulaban por un subsidio de 35 mil soles no retornable. Alrededor de 1 000 mypes fueron beneficiadas a condición de que adopten prácticas de adaptación tecnológica y reconversión de sus productos o servicios. El programa destinó alrededor de 60 millones de soles. Una enormidad del universo mype no recibió ningún apoyo.

La OIT da cuenta de que en otros países los gobiernos introdujeron medidas en favor de las mypes para crearles una presencia en línea. En Chile, las pymes recibieron apoyo para mejorar su conexión a plataformas digitales. En Malasia, el sector agrícola recibió apoyo para vender sus productos por internet, y China creó ayudas para fomentar las entregas seguras, sin contacto. En Corea del Sur y Japón, las pequeñas empresas de cualquier sector adoptaron soluciones digitales y canales de comercio electrónico (OCDE, 2020a; BAsD, 2020 y UNCTAD, 2020d, 2020c). La OIT indica que:

La digitalización de las MYPE está sujeta a la disponibilidad y asequibilidad de la infraestructura digital, la difusión general de tecnologías digitales en entornos locales, la oferta de mano de obra digital, las relaciones de las cadenas de suministro, las plataformas digitales, los programas de políticas y las normas culturales. (OIT, 2021, p. 57)

Pero el Estado no debe sobre estimar los beneficios inmediatos que las mypes pueden obtener de la digitalización, sino que otros factores influyen para que la digitalización conlleve incremento sustantivo de la productividad. El Estado debe identificar las mypes que logren alcanzar el umbral de capacidad, a fin de potenciarlas.

## 6.2. La vivienda productiva

La pandemia conllevó un incremento sustancial del trabajo en casa de un momento a otro. Como contrapartida al cierre de los negocios, aparecieron nuevas mypes dentro de las viviendas, convirtiéndolas en viviendas productivas, cuyas actividades comerciales o de transformación fueron de lo más diversas: repostería, gastronomía, textilera, servicios digitales, telecomercio y otros, con la particularidad propia del postcapitalismo, es decir sin observación de leyes laborales, horarios, bases salariales mínimas ni máximas y cubriendo varias fajas etarias. Los emprendedores no solo fueron aquellos que ya tenían antecedentes en el sector, sino también un contingente de gente nueva, más joven y, por ello, familiarizada con las TI. La relación entre pandemia y uso intensivo de TI ha sido directamente proporcional. Puede afirmarse que las TI caracterizaron las labores de las viviendas productivas durante los 30 meses del aislamiento y las restricciones en los desplazamientos y aglomeraciones. Es presumible que, con posterioridad a las restricciones, las mypes continúen apostando por un soporte digital e incorporen todas

las etapas del ciclo productivo y no solo las de pago. La planificación, estrategia, comercialización, ejecución y postventa, son perfectamente posibles a través del internet. Si bien las mypes peruanas vienen utilizando básicamente las referidas a la comercialización y el pago, la tendencia a digitalizar todo el ciclo productivo es clara.

La pandemia cambió la idea sobre las ciudades para siempre. Los órdenes espontáneos que organizaban los espacios públicos y privados según el ritmo de los mercados y la centralidad de estos han remitido y dejado su lugar a la planificación. El jirón Ocoña en el centro de Lima viene siendo desde hace 40 años el epicentro cambiario de monedas extranjeras de toda la metrópoli y, en consecuencia, del país. Y lo ha sido no por designio de nadie, sino por la ubicación geográfica y la habilidad humana. Ocoña se ubica en el centro de la ciudad, al lado de la plaza más popular del país, equidistante a los cuatro flancos de la ciudad, Lima Norte, Lima Sur, Lima Este y El Callao. Ocoña seguirá siendo el epicentro cambiario, pero la ciudad admitirá un nivel mucho mayor de planificación.

Fernando Carrión y Paulina Cepeda, de Flacso, ha caracterizado las tendencias urbanísticas de la ciudad de la pospandemia como “civitismo”, el resultado de un shock urbano que ha revalorizado y relanzado la planificación (Carrión y Cepeda, 2021). Se están revisando los anteriores principios urbanísticos como el de la ciudad compacta para volver a sustentar los de la ciudad dispersa. Los autores llaman civitismo a una visión de la ciudad basada en cinco “principios D”: descentralización, densidad, desarrollo urbano, distancia y domesticación. Los planificadores avizoran una ciudad con pluralidad de centros de gravitación, locales y dispersos, dotados con todo lo necesario para la cotidianeidad en un radio de solo un cuarto de hora: trabajo, educación, culto, mercancías, ocio. En esa ciudad dispersa, la densidad será la correcta y se ajustará a las necesidades del distanciamiento postpandémico. Probablemente, el valor del espacio se descentralizará, también, para seguir el ritmo de desconcentración o pluricentricidad de esa ciudad con todo a la mano en un radio de “15 minutos”. La iniciativa configura al barrio como la unidad básica de planificación y al vecindario como el núcleo del ejercicio de los derechos, la participación y la satisfacción de las demandas humanas y urbanas. El civitismo hace referencia a ciudadanía, a “la construcción social de los derechos y deberes de los vecinos en el espacio público —ágora—, con la finalidad del ‘vivir bien’ aristotélico”, concluye Carrión y Cepeda (2021, p. 83).

La pandemia del COVID-19 ha abierto las puertas para la recomposición del espacio urbano. La vivienda productiva y el uso intensivo de las TI ya impactó en el uso e importancia de los bolsones urbanos o corredores comerciales físicos de los tiempos anteriores. Lo esperable es que estos reduzcan su peso hasta dejar de gravitar. También es posible que los pluricentros de la ciudad postpandémica no consigan el nivel de gravitación de sus predecesores, vistos de modo individual. En relación con el turismo, que también es muy importante para países y ciudades de alto valor cultural como el Perú, la gravitación continuará donde siempre, en las plazas de armas, en los barrios históricos, en las alamedas y paseos de

siempre, con una carga comercial abocada a los turistas, posiblemente con cargos y limitaciones propias de las necesidades de distanciamiento. La tendencia más probable es que el turismo se encarezca.

Las ciudades y los conglomerados humanos se han modelado en la historia al ritmo de los desastres naturales, guerras, pandemias y revoluciones tecnológicas. La revolución industrial inglesa de la segunda mitad del siglo XIX atrajo legiones de campesinos atentos a los mejores salarios en las ciudades debido a las industrias. Ese contingente humano requería alimentos, cobijo, educación, transporte y ocio. Las ciudades fueron incorporando soluciones a cada aspecto en nuevos espacios y adaptando las ciudades a los nuevos vehículos. Se ancharon las vías de circulación para permitir el paso de los vehículos autopropulsados, se establecieron lugares seguros para el abastecimiento de combustible y reparación de las unidades, se creó un mercado completo de sostenimiento de los parques automotores que hasta el día de hoy en nuestros países siguen gravitando y, con seguridad, lo harán en un tiempo futuro.

### **6.3. Redefinición del urbanismo y la vivienda productiva, un comentario sobre Barrios Altos, en Lima**

El urbanismo se encargará de redefinir los principios de densidad, compactación y descentralización o les dará otro significado acorde con los requerimientos de ventilación y distanciamiento que la pandemia ha impuesto. Es imprescindible un intenso pero adecuado aprovechamiento del espacio central de la ciudad, para lo cual las inmensas áreas subutilizadas y precarizadas como Barrios Altos en Lima son un ejemplo que puede servir para demostrar cómo se puede visionar la vivienda productiva en el futuro. El gran cuadrante delimitado por la avenida Grau, la avenida Sebastián Lorente, el jirón Áncash y el jirón Paruro (abstrayendo el importante bloque denominado Monserrate que se encuentra fuera de este cuadrante, entre la Plaza Unión y la avenida Tacna, y que tiene características similares), abarca 110 hectáreas de ciudad predominantemente dedicada a la vivienda popular, las mismas que, a causa de una compleja trama de abandono jurídico y físico de la propiedad, han devenido en tugurios y precarización. Es la zona invisible del Cercado de Lima, o más exactamente la que nadie quiere ver, un barrio deteriorado a tal extremo que se ha hecho irrecuperable.

No obstante lo anterior, el caso es que en ese considerable espacio se esconden grandes islas verdes, aunque inexpugnables, dentro de las murallas de los conventos o inmuebles religiosos y la ubicación es tan central y se encuentra dotada de infraestructura urbana y de transporte que debe tenerse en cuenta en cualquier plan de renovación. Debe mencionarse el Convento de Santa Clara y el Monasterio Nuestra Señora de la Peña. Barrios Altos no es solamente hacinamiento y solares abandonados (Heeren), o asentamientos irregulares (Huancaito Chico, colindante al Hospital Mogrovejo y al Instituto Nacional de Ciencias Neurológicas), sino un conjunto irregular caracterizado por el mal uso del espacio privado y el consecuente deterioro del espacio público. Internarse por los jirones Áncash o Junín desde el oeste aparenta el ingreso en la boca del lobo, hasta que, llegada la avenida Sebastián Lorente, se asoma la mayor infraestructura de transporte

moderno de Lima, el tren eléctrico. En esa zona de supuesto deterioro se yerguen tres estaciones de alta importancia: Grau, El Ángel y Presbítero Maestro. Barrios Altos es deterioro reversible pero también un espacio con infraestructura moderna y conectividad segura.

La regeneración urbana de este espacio y otros similares del país debe partir, primero, por redefinir el concepto de uso del espacio para que las islas verdes pertenecientes a las órdenes religiosas, sin perder su carácter de propiedad privada, se sujeten a un régimen de parques, donde se permite el acceso y flujo del público visitante, de un modo similar al que se da en ciudades de extrema tradición de propiedad privada, como la británica. En el Reino Unido, las casas históricas están obligadas a aceptar un régimen de visitas públicas a cambio de un estipendio procedente del *council* (el municipio local) o directamente del público visitante.

Y segundo, debe contemplarse la reunión de los derechos de propiedad del espacio privado abandonado en una sola mano, Prolima por ejemplo<sup>5</sup> para el caso de Barrios Altos. A través de la aplicación de los instrumentos de saneamiento legal contenidos en la Ley 29415<sup>6</sup>, tales como la declaración compensada de abandono del derecho de dominio y la usucapión, esa reunión de la propiedad es posible. Prolima administraría esos espacios privados con la finalidad de asignar recursos o admitir proyectos de renovación sobre ellos, proyectos que se sujetarían a la necesidad de vivienda con acceso óptimo a las TI y servicios básicos, con alturas propias de la vivienda productiva moderna. Su régimen jurídico sería la cesión del uso en alquiler o usufructo en favor de los moradores actuales y otros profesionales con actividad laboral o académica cercana a las universidades de la Lima Norte y Lima Centro. Prolima tiene la personería necesaria para dirigir un proyecto que reúna los dos ejes mencionados, pudiendo recurrir a concursos de ideas con la participación de las facultades de arquitectura de las universidades asociadas. Los urbanistas Moser, Malzieu y Potkova (2020), del grupo Urbanismo Táctico, han reimaginando las ciudades después del COVID-19 y acuñado una idea que han denominado “acupuntura urbana”, que explica que ciertas intervenciones en lugares neurálgicos pueden tener un efecto ejemplificador y de alto potencial. Barrios Altos es uno. Los autores enfatizan la conversión de los estacionamientos de los bloques de viviendas en ciudades como Madrid, en jardines delanteros para que los vecinos puedan reunirse y los niños jugar. La “nuestra es una visión”, dicen, que

ve la calle transformada en un espacio para la comunidad, una arena pública en lugar de una ruta directa. permitiendo a los residentes trabajar y jugar

5 Prolima es un órgano desconcentrado de la Municipalidad de Lima (MML) que tiene como finalidad promover la recuperación del Centro Histórico de Lima (CHL), Patrimonio de la Humanidad de la Unesco desde 1991. Fue creado mediante Acuerdo de Concejo N.º 168 del 14 de julio de 1994, modificado mediante Edicto N.º 212 del 26 de mayo de 1995.

6 La Ley N.º 29415 fue publicada el 2 de octubre de 2009 y regula el saneamiento legal de los inmuebles tugurizados con fines de renovación urbana en las áreas de tratamiento de ámbito nacional, sean de propiedad privada o estatal.

localmente. Esto contribuiría de alguna manera a transformar los enclaves residenciales y las calles polvorientas en barrios vibrantes de uso mixto. (Moser et al., 2020)

#### **6.4. Las mypes y la propiedad intelectual**

Un factor de formalización, pero al mismo tiempo de desarrollo de una economía es la extensión y alcance de su sistema de protección de la propiedad intelectual. En el Perú, este tipo de activo intangible (la creatividad e inventiva) no se registra donde se registran los activos físicos, la Sunarp, sino en una institución especializada en protección de la competencia. Si este es un acierto o un yerro es una temática por explorar. Lo cierto es que el número de mypes que acuden al sistema de protección de su propiedad intelectual es ínfimo, como se explica en el siguiente párrafo.

Las mypes que alcanzan una vida superior a 42 meses representan el 25 % de todas ellas. Solo el 3 % de este 25 % logra desarrollar nuevos productos. El año 2021, este número fue de 41 mil mypes sobre un universo de 5.5 millones. Es altamente probable que ese mismo número sea el que culmina con éxito la protección ante la autoridad de registro de marcas y patentes que en el Perú es el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi). Alrededor de 150 mil son las marcas registradas del sector mype en el quinquenio 2017-2021. Teniendo en cuenta que el registro de marcas se realiza de a dos por cada solicitante y que es altamente probable que quien ya usa el sistema de protección de propiedad intelectual, lo hace con frecuencia, la cifra de mypes con valor añadido y acceso al sistema de propiedad intelectual es similar. El Indecopi ha incrementado sus esfuerzos de divulgación de las ventajas de proteger la propiedad intelectual de las mypes mediante campañas de divulgación y otros incentivos. Sin embargo, el camino por recorrer es bastante largo, puesto que el 90 % de las mypes no tienen concepto alguno sobre la protección de la propiedad intelectual.

La propiedad intelectual es una materia compleja y sujeta a un sistema mundial de marcas y patentes regentado por una oficina especial de las Naciones Unidas denominada Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). No existen oficinas mundiales de ese nivel para la protección de la propiedad de activos físicos. La especial importancia en el sistema económico mundial de los derechos de propiedad intelectual explicaría ese dato. El sistema de propiedad de activos físicos es un asunto de alcance nacional y limitado a los mercados locales, mientras que la propiedad intelectual parte de la premisa de tener un carácter global. Este es probablemente un factor disuasivo para las mypes peruanas en su desarrollo diario. La informalidad y la creencia de que la competencia global es muy difícil las estimulan a reducir sus costos en todos los aspectos no relacionados directamente con la producción. Solo en los casos en que se dan contratos de comercio internacional, se hace relevante la propiedad intelectual en el mundo de las mypes.

## 7. Conclusiones

En primer lugar, la afirmación referida a que la formalización de las mypes pasa por sustituir los incentivos fallidos (el falso paradigma de la tramitación fácil, la contabilidad simple y la tributación única) por otros correctos, tales como un entorno tecnológico sólido, un sistema que masifique la propiedad intangible sobre la creatividad y los conocimientos, y la imprescindible dotación de servicios básicos de calidad, no es un asunto menor. Todo lo contrario. Es un auténtico cambio de paradigma. Esta conclusión obedece a observaciones básicas relacionadas con el funcionamiento del proceso de decisiones que siguen los cientos de miles de peruanos que emprenden una mype. La clara vocación por la propiedad privada de los migrantes que abandonaron masivamente el campo en la segunda mitad del siglo XX (Gago, 2000; Matos Mar, 1984) y encontraron en las periferias urbanas su espacio vital y social, es la característica diferencial del proceso urbanizador peruano. La búsqueda de la propiedad en la ciudad les permitió ganar un sentido de pertenencia y nueva ciudadanía económica. Descubrieron un derecho humano económico. El individualismo que subyace en esta idea básica inhibió los ideales asociativos o cooperativos. Es cierto que los peruanos de las mypes se asocian con fines financieros en panderos o cooperativas de ahorro y crédito, pero no lo hacen para compartir decisiones empresariales (Vega Centeno, 2009). De este modo, no comparto la idea de que estimular fórmulas asociativas tenga resultado.

En segundo lugar, la mayor parte de mypes quiebran y desaparecen antes de los cinco años, no por falta de creatividad de los emprendedores, sino por la persecución a la que son sometidas de parte del estado y el sistema legal. Desatienden hitos clave del proceso productivo, en su evolución de la supervivencia a la capitalización, porque destinan tiempo y recursos en defenderse de la persecución legal. Hitos clave como dotarse de modernas TI, adecuados servicios básicos y propiedad intelectual protegida.

En tercer lugar, la crítica central al tratamiento de la informalidad en general, y al de las mypes en particular, a partir de la primera década del presente siglo, es cuádruple: (i) la falta de foco estatal y confusión conceptual en el abordaje del problema, (ii) la nula visión de largo plazo, lo que se evidencia en el hecho de no existir una política de Estado para formalizar, dado que se trata del problema peruano más importante, y (iii) la desatención del potencial que poseen las TI, especialmente las vinculadas al internet 3.0, en la ideación y puesta en marcha de mecanismos formalizadores sostenibles y seguros.

Desde la administración de Toledo, la escasa formalización registral fue entendida como un problema “de falta de cultura registral de los peruanos”, dejando de lado su real naturaleza institucional, legal y tecnológica. La informalidad se convirtió en un asunto antropológico o psicológico social. Cofopri, otrora entidad técnica formalizadora, pasó a desempeñar un papel propagandístico y publicitario orientado a persuadir a los peruanos sobre las ventajas de titularse y revertir la “incultura registral”, sobre la base de talleres, capacitaciones, *coaching* y dinámicas diversas. ¿Cuál fue el resultado 20 años después? Mayor informalidad predial que nunca, corrupción registral y uso de los recursos públicos en sanear el tráfico

de tierras. Por su parte, a nivel mype, el nuevo marco descentralizador impulsó la cacería de ellas por parte de las municipalidades en su afán recaudatorio o punitivo, muchas veces actuando con abuso o sujeto a un sistema de prebendas y corruptela. En el ámbito mype, la insistencia en la idea de facilitar los trámites de apertura de negocios, la tributación única y la contabilidad simple, nunca tuvieron la calidad de incentivos poderosos. Probablemente sí lo fue, en medida importante, el sistema de compras estatales a las mypes. Pero este no abarcó todo el universo ni mucho menos.

En cuarto lugar, la hipótesis de que el empresario de las mypes es individualista y busca compensar sus debilidades con las TI echando mano de las redes de microfinanzas formales e informales, es verificable en la observación de campo, no en las estadísticas. Desde la llegada del internet, el soporte virtual reemplaza las estrategias del marketing tradicional usando las redes y el proceso se asiste de mecanismos de pago digitales. Cuánto aportarán el *big data* y el *blockchain*, así como la inteligencia artificial, no es mensurable ahora, pero no tardará en ser parte del cotidiano.

En quinto lugar, no existe ninguna economía integrada, que agregue valor a la sociedad y se desarrolle con eficiencia, que no cuente con un sólido sistema de protección de la propiedad intelectual, entendiéndose por solidez, el respaldo irrefutable de la ley a la creatividad y la masificación de dicha protección. En el Perú, la protección de la propiedad intelectual en el mayoritario universo de las mypes es ínfimo. En el quinquenio 2017-2021 se registraron 150 mil marcas del sector mype sobre un total de 5.5 millones de mypes. La hipótesis que explicaría este problema es el injustificado tratamiento diferenciado que la legislación brinda a la protección de la propiedad de los activos tangibles respecto de los intangibles. La consecuencia de esa diferenciación ha sido la sistemática no habitualidad de la protección de la propiedad intelectual en el sector mype, lo que claramente genera gran vulnerabilidad a los titulares. No se entiende por qué la autoridad que regula la libre competencia es la misma encargada del registro de patentes. Siendo que el gobierno del Indecopi se encuentra influenciado sumamente por un consejo consultivo conformado por representantes del sector formal, con gran peso de la gran empresa y ninguno de las mypes, y que el sistema de registro de patentes se halla encargado a una de las seis salas que tiene la institución, no se concluye que el Indecopi, en la práctica, tenga como prioridad la masificación de la protección de la propiedad intelectual de las mypes. En pocas palabras, respecto de la protección de la propiedad intelectual, no se distingue la prioridad ordenada por el artículo 59 de la Constitución política que consagra como obligación estatal la promoción de las pequeñas empresas en todas sus modalidades. No será así mientras el Indecopi no obedezca a un criterio formalizador y masificador de la propiedad intelectual mype.

En breve, las conclusiones pueden indicarse del modo siguiente:

Primera: Las mypes son un mayoritario sector de emprendimientos en el Perú, debido a la premodernidad de la economía que exporta productos primarios y de reducido valor agregado.

Segunda: Las mypes peruanas son mayoritariamente informales, debido a que los incentivos para su formalización no son atractivos para ellas mismas. Los incentivos del Estado siguen enfocados erróneamente en un concepto de informalidad del siglo XX, referido a trámites, flexibilización laboral y recursos financieros.

Tercera: Las mypes ya accedieron al sistema financiero a través del sistema de microfinanzas y también a vitrinas comerciales digitales (las redes sociales).

Cuarta: Desde una visión de las propias mypes, los incentivos correctos son la masificación y solidez de un sistema de tecnologías de información y el acceso óptimo a servicios básicos: luz, agua y desagüe.

Quinta: Un factor a tener en cuenta en la debilidad de las mypes es el minoritario acceso a la protección de su propiedad intelectual. Masificar este sistema es muy necesario.





- Sociedad de Comercio Exterior del Perú. (Comex). (2021). *El número de Mypes peruanas se redujo un 48.8% en 2020 y la informalidad pasó al 85% como consecuencia de la pandemia*. <https://www.comexperu.org.pe/articulo/el-numero-de-mypes-peruanas-se-redujo-un-488-en-2020-y-la-informalidad-paso-al-85-como-consecuencia-de-la-pandemia#:~:text=A%20ra%-C3%ADz%20de%20la%20crisis,48.8%25%20menos%20que%20en%202019>.
- Sociedad de Comercio Exterior del Perú (COMEXPERU) (2022). *Las micro y pequeñas empresas en el Perú. Resultados en 2022. Informe anual de diagnóstico y evaluación acerca de la actividad empresarial de las micro y pequeñas empresas en el Perú, y los determinantes de su capacidad formal*. <https://www.comexperu.org.pe/upload/articulos/reportes/reporte-mypes-2022.pdf>
- Vega Centeno, P. (2009). *Lima, diversidad y fragmentación de una metrópoli emergente*. Organización Latinoamericana y del Caribe de Centros Históricos (OLACCHI).

### **Anexo legislativo**

- Acuerdo de Concejo N.º 168 del 14 de julio de 1994, modificado mediante Edicto N.º 212 del 26 de mayo de 1995., a través del cual se crea el Programa Municipal para la recuperación del Centro Histórico de Lima – PROLI-MA.
- Constitución Política del Perú. (1993). Artículo 59. 29 de diciembre de 1993.
- Ley N.º 31365. Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2022. 30 de noviembre de 2021.
- Ley N.º 29415. Ley de saneamiento físico legal de predios tugurizados con fines de renovación urbana. 2 de octubre de 2009.

# LA INVESTIGACIÓN EN DERECHO EMPRESARIAL: UNA PROPUESTA BASADA EN ENFOQUES TEÓRICO- METODOLÓGICOS

*José Enrique Sotomayor Trelles<sup>1 2</sup>*

## **Resumen**

El presente capítulo propone una sistematización de las diversas aproximaciones y enfoques para la investigación jurídica relacionada con temas de derecho empresarial. Así, se abordan cuestiones tales como la distinción entre investigación doctrinaria e investigación empírica, investigación disciplinaria e interdisciplinaria, y diversas formas de incorporar un eje de interdisciplinariedad en la investigación en derecho. En este último caso, el capítulo concluye con la articulación del concepto de enfoque metodológico para la investigación, a la vez que se desarrollan brevemente algunos enfoques para la investigación en derecho empresarial.

**Palabras clave:** Metodología de la investigación; investigación jurídica; investigación jurídica doctrinaria; investigación jurídica interdisciplinaria; enfoques metodológicos; derecho empresarial.

## **Abstract**

This chapter proposes a systematization of the various approaches to legal research related to business law issues. Thus, subjects such as the distinction between doctrinal research and empirical research, disciplinary and interdisciplinary research, and various ways of incorporating an interdisciplinary approach in legal research are addressed. In the latter case, the chapter concludes with the articulation of the concept of methodological approach to research, while some approaches to business law research are briefly developed.

**Keywords:** Research methodology; legal research; doctrinal legal research; interdisciplinary legal research; methodological approaches; business law.

- 
- 1 Abogado, magíster en Filosofía y egresado del doctorado en Filosofía de la PUCP. Exbecario del Máster en Democracia Constitucional e Imperio de la Ley por la Universidad de Génova, Italia. Profesor de pregrado y de las maestrías en Derecho de la Empresa, Derecho Tributario y Derecho Constitucional de la PUCP, donde tiene a su cargo cursos de Metodología de la Investigación y de Teoría del Derecho y Argumentación Jurídica. Contacto: [enrique.sotomayor@pucp.pe](mailto:enrique.sotomayor@pucp.pe)
  - 2 Agradezco a los revisores anónimos del presente capítulo por sus valiosas sugerencias, recomendaciones y comentarios. Cualquier error remanente es enteramente atribuible al autor.

## 1. Introducción

La investigación jurídica posee un conjunto de particularidades que han sido objeto de asombro y cierto recelo por parte de especialistas de otros ámbitos de conocimiento. Las particularidades se relacionan, principalmente, con el objeto de estudio, sobre el que no parece haber un acuerdo unánime entre juristas.

En una conocida formulación, Hans Kelsen (2009) sostenía que el objeto de la ciencia del derecho —en tanto ciencia normativa— es doble: desde el punto de vista estático, un sistema de normas al que los hombres prestan o no conformidad; mientras que, desde el punto de vista dinámico, una teoría del derecho tiene “(...) por objeto un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas.” (p. 36). En ese sentido, la teoría pura del derecho versa sobre sistemas normativos y solo indirectamente sobre conductas humanas, en tanto estas sean conformes o no con disposiciones normativas.

Desde luego que con esta propuesta Kelsen se adhería a una bipartición más polémica: aquella que se traza entre ciencias causales y ciencias normativas, teniendo las primeras al principio de causalidad como eje central, mientras que las ciencias normativas operan bajo el principio de imputación, que se formula del siguiente modo: “Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse” (Kelsen, 2009, p. 26). No obstante, a diferencia de la necesidad de las leyes causales, las leyes morales o jurídicas nos ayudan a determinar responsabilidades, ya sea en la forma de recompensas o de sanciones (*ibid.*, pp. 26-27).

Numerosas críticas se han formulado al ideal kelseniano de pureza científica para el derecho. Por ejemplo, autores como Vinx (2007, cap. 2) consideran que hay cuantiosos elementos de la ciencia jurídica kelseniana —tales como la comprensión jerárquica del ordenamiento jurídico, su concepción de la norma fundamental o el rechazo kelseniano al anarquismo— que incorporan un no reconocido componente normativo y político a su teoría. De esta forma, la pureza sería contaminada sin que el autor austriaco lo hubiese aceptado.

Por su parte, Konzen y Bordini (2019) nos recuerdan que en los inicios mismos de la teoría pura kelseniana se encuentra una reacción crítica a la sociología jurídica del autor austriaco Eugen Ehrlich. El debate Kelsen-Ehrlich tuvo lugar entre 1915 y 1917 y, en el fondo, estableció una demarcación entre los campos de estudio de la sociología del derecho, de un lado, y la dogmática y ciencia jurídica del otro. En su contexto de origen, la obra de Ehrlich supuso una reacción a la dogmática jurídica y el posicionamiento de la comprensión sociológica del derecho como un estudio encarnado en la realidad social.

En una reconstrucción sucinta de la obra de Ehrlich, Larenz (2010) sostiene que para la sociología del derecho ehrlichiana:

la Sociología del Derecho es ... la única *ciencia* posible acerca del Derecho, porque no se queda en las “palabras”, sino que fija su mirada en los hechos que sirven de base al Derecho, y porque, “como toda auténtica ciencia, trata de profundizar”, por medio del “método inductivo” —es decir, “observando hechos

y reuniendo experiencias— nuestro conocimiento de la esencia de las cosas”. (Larenz, citando en algunos pasajes a Ehrlich, 2010, p. 86)

En concreto, a Ehrlich le interesaba estudiar el orden real del derecho, que remite a las prescripciones por las que realmente actúan las personas en su vida, y que se compone principalmente por usos y costumbres que configuran relaciones jurídicas incluso antes de su reconocimiento por alguna norma<sup>3</sup>. Para Larenz (2010), ello lleva a Ehrlich a una comprensión excesivamente positivista (en el sentido de las ciencias sociales, no del derecho) de la sociología, y a perder de vista el componente espiritual y el sentido de exigencia de las prescripciones que configuran el derecho (p. 88). En todo caso, con la breve exposición de ambas alternativas —la kelseniana y la ehrlichiana— queda ya claro que el derecho se mueve, como disciplina académica, en una tensión constante entre descripción y prescripción, entre ser y deber ser o entre el ámbito de las ciencias fácticas y las ciencias normativas.

Para concluir este apretado repaso sobre algunas perspectivas en relación con el objeto de estudio e investigación del derecho, podemos pasar revista a la propuesta del epistemólogo Mario Bunge. El autor considera que la legislación y jurisprudencia se pueden considerar como una rama de la tecnología, lo que acercaría al derecho a disciplinas como las ciencias de la administración (Bunge, 1999, p. 383). En tanto sociotecnología, el derecho busca mejores niveles de justicia y control social, empleando para ello el conocimiento que aportan estudios sociales provenientes de la sociología, economía, ciencia política y otras ciencias sociales y naturales.

Recientemente, Manuel Atienza ha articulado una perspectiva similar e inspirada en la propuesta de Bunge, lo que le ha llevado a sostener que, por ejemplo, la dogmática jurídica no es una ciencia en sentido estricto, sino, más bien, una técnica o tecnología social, basada en una concepción pragmática del saber. Cuando es bien practicada (cosa que no siempre ocurre), prosigue el autor español, la dogmática jurídica muestra apertura a otros saberes tales como los de la economía, la estadística, la teoría de la probabilidad, la criminología, la sociología, la lingüística, entre otras múltiples disciplinas. (*vid.* Atienza, 2015, p. 190). La aproximación de Atienza se extiende a otros campos de actividad jurídica, tales como la teoría de la legislación, donde el autor alicantino propone diversos niveles de racionalidad, dos de los cuales —la racionalidad pragmática y la teleológica— requieren de una franca apertura a los conocimientos provenientes de las ciencias sociales (*vid.* Atienza, 1997). Ello es así en la medida que la racionalidad pragmática analiza la adecuación de la conducta de los destinatarios a lo que está prescrito por la ley, es decir, la eficacia de dicha ley (*ibid.*, p. 36), mientras que la racionalidad teleológica evalúa la forma en que los intereses sociales del legislador se canalizan a través de leyes (*ibid.*, pp. 37-38). En uno y otro caso se requiere de teorías sobre

---

3 Ehrlich creía fundamental el desarrollo de una ciencia del derecho, “cuyo propósito no es servir a finalidades prácticas sino servir al conocimiento puro, es decir, preocupada no con las palabras sino con los hechos” (Ehrlich, 2017, p. 4, traducción propia).

el cumplimiento óptimo de reglas y sanciones, o sobre diversas estrategias para lograr objetivos sociales (sobre lo primero *vid.* Polinsky y Shavell, 2007; Dávila Philippon, 2012). Campos de conocimiento como la economía, la sociología o la teoría de las políticas públicas resultan relevantes, entonces, para el cumplimiento de ambos niveles de racionalidad.

En la reconstrucción hasta aquí propuesta, entonces, la teoría kelseniana aparece como una defensa disciplinar de una teoría pura de corte normativo con un propio método para el análisis estático y dinámico de los sistemas jurídicos. La invitación de Ehrlich se erige como una propuesta para la incorporación de un componente empírico a la investigación jurídica, de forma tal que podamos apreciar al *derecho vivo*, y, finalmente, la reconstrucción bungeana y atienziana se articula como una invitación a la interdisciplinariedad, en la que sin ser necesario que el jurista realice investigación empírica, no puede estar al margen de los conocimientos y estudios provenientes de otras disciplinas, pues solo de esta forma puede contribuir a las finalidades del derecho entendido como tecnología social. En suma, tres modelos emergen de estas propuestas: (i) disciplinariedad, (ii) investigación empírica e (iii) interdisciplinariedad. Estos aparecen como arquetipos ideales para pensar la investigación jurídica.

La discusión hasta aquí delineada dista de tener un interés meramente histórico y, más bien, posee múltiples ramificaciones contemporáneas. Al día de hoy, se mantiene una aguerrida disputa entre enfoques y orientaciones en la investigación jurídica, con férreos defensores y detractores de una u otra aproximación dispersos en departamentos y facultades de derecho alrededor del mundo. El campo empresarial no ha sido la excepción: dada la relación existente entre la actividad empresarial, la economía, las finanzas y la gestión, diversos enfoques inter y transdisciplinarios han sido propuestos. Del otro lado, el estudio dogmático-doctrinario, e incluso exegético, ha sido de utilidad en disciplinas tales como el derecho societario<sup>4</sup>. En tercer término, un mundo globalizado y en constante cambio tecnológico, económico, ambiental y social ha conectado de forma mucho más marcada al derecho empresarial con procesos de vanguardia mundial. Así, fenómenos como las economías colaborativas (*sharing economies*), la aparición de criptomonedas, de aplicaciones y funcionalidades basadas en inteligencia artificial o de empresas tipo B desafían formas tradicionales de comprensión de instituciones jurídicas y requieren de respuestas creativas y sólidas desde el derecho.

Finalmente, la invocación a la generación de estudios con un componente empírico ha comenzado a oírse a la par que muchos cursos de metodología de la investigación jurídica han sido librados a la suerte de especialistas en otras disciplinas. El resultado de todo ello es tanto caótico como estimulante: el balance preciso entre el desorden y la creatividad lo marcará la articulación de una perspectiva sistemática y armónica del campo empresarial como un ámbito de estudio para el derecho. El presente capítulo busca contribuir a dicha tarea mediante la elaboración de la noción de “enfoque teórico-metodológico” como

4 *Vid.*, por ejemplo, Laroza (1998).

un eje articulador de teorías, metodologías y bases normativas para el análisis. El capítulo se inicia con apartados de corte más expositivo y sintetizador, a los que les sigue una exposición del campo empresarial como fuente de objetos de estudio. Finalmente, se elabora una reconstrucción de la investigación en el derecho empresarial a partir de una interacción entre metodologías, enfoques y campo.

## **2. Investigación jurídica doctrinaria e investigación jurídica empírica**

El primer paso para un análisis ordenado sobre los procesos relacionados con la investigación jurídica consiste en poder distinguir entre la investigación jurídica doctrinaria (o dogmática) tradicional y la investigación jurídica empírica.

### **2.1. Investigación jurídica dogmática-doctrinaria**

Desde el punto de vista de Fernández Flecha et al. (2015), quienes siguen de cerca las propuestas de otros autores, la dogmática jurídica tiene como objeto de estudio a las normas positivas, a las instituciones y conceptos jurídicos que emanan de diversas fuentes del derecho<sup>5</sup>. Para el logro de esta finalidad, la dogmática emplea técnicas de análisis documental no empírico. Asimismo, los autores identifican como subespecies de investigación dogmática a las exegéticas e interáreas. Desde su punto de vista, las investigaciones exegéticas “tienen como único objeto —y, a su vez, como fuente de las que se vale— las normas positivas y la voluntad del legislador expresada en ellas” (Fernández Flecha et al., 2015, p. 18). El resultado habitual de esta tarea suelen ser comentarios a leyes u otras normas. Por su parte, si bien no son del todo explícitos en su comprensión sobre en qué consiste la investigación interáreas, esta parece ser aquella en la que los objetos de estudio requieren de conceptos y enfoques provenientes de dos o más áreas del derecho (*ibid.*, p. 22).

Por otra parte, en uno de los abordajes más conocidos sobre la investigación jurídica en el Perú, Ramos Núñez (2007) traza una distinción más precisa entre la investigación basada en el método exegético y la investigación basada en el método dogmático que resulta de utilidad repasar. El método exegético se caracterizaría por un estudio ordenado de un cuerpo normativo, enarbolando la figura del comentarista de cuerpos legales, encargado de explicar y comentar artículos de códigos y leyes. Los defectos de una comprensión tan restringida saltan a la vista. Entre otros, “el método exegético es incapaz de explicar una serie de elementos no legislativos involucrados en la trama del fenómeno: ideologías, tendencias culturales, instituciones en movimiento, biografías que no podrían describirse ni analizarse sin recurrir a metodologías más sustanciosas” (Ramos Núñez 2007, p. 110). Precisamente parte del plus de sustancia aparecería en la investigación dogmática o conceptualista. En esta,

---

5 Desde el punto de vista de Hutchinson, con referencia a las fuentes primarias en la investigación doctrinaria: “In doctrinal research, the primary data consist of the sources of the law. Primary research is the intricate step of locating and then ‘reading, analyzing and linking’ the new information to the known body of law” (Hutchinson, 2013, p. 18).

prosigue Ramos Núñez, la figura central es la de “institución jurídica”, entre las que se encuentran figuras como la posesión, el matrimonio, el impuesto a la renta, entre otras. La premisa del análisis parece ser la siguiente: las normas concretas de un país o región son instancias (o casos particulares) de instituciones abstractas, basadas en ciertos principios o sistemática ideal que es encarnada por el legislador local con grados variables de éxito. Si bien el análisis sigue siendo formal —es decir, centralmente basado en las fuentes del derecho— “el método dogmático alcanza un mayor rigor teórico. Mientras que la exégesis trabaja fundamentalmente con normas legales, la dogmática recurre a la doctrina nacional y extranjera, al derecho comparado y, ocasionalmente, a la jurisprudencia” (*ibid.*, pp. 112-113).

Arce (2022) propone una caracterización en la misma línea, y sostiene que un rasgo distintivo de la dogmática es que su objeto consiste en “la comprensión interpretativa de un ordenamiento jurídico concreto” (p. 65). Se trata, en suma, de una investigación de tipo hermenéutico, encargada de dotar de sentido de unidad a sectores del ordenamiento jurídico. ¿Qué quiere decir ello? Pues que la sistematización de una institución jurídica, si bien se realiza tomando en cuenta doctrina, normas y jurisprudencia comparadas, siempre se dirige en última instancia a comprender un sector de un ordenamiento jurídico especificado (por ejemplo, el peruano o el chileno).

Avancemos, entonces, un poco más en nuestra exploración. Mann, citado por Hutchinson (2013, p. 13), elabora la idea de la dogmática como sistematización, y la define como una síntesis de reglas, principios, normas, directrices interpretativas y valores que permiten justificar y hacer coherente a un segmento del derecho, sin dejar de tomar en cuenta que tal segmento forma parte de un sistema más amplio y comprehensivo. Para orientarse hacia el logro de una finalidad tan ambiciosa, la dogmática requiere de algunos preceptos operativos. En esa línea, Van Gestel y Micklitz (2011) consideran que la investigación doctrinaria cuenta con tres rasgos distintivos, tanto en su variante anglosajona como en la europeo-continental: (i) los argumentos se derivan de fuentes autoritativas, tales como derecho vigente, precedentes y jurisprudencia; (ii) el derecho se comprende como un sistema compuesto por un conjunto coherente de principios, reglas y excepciones; y (iii) las decisiones propuestas para tipos de casos individuales no son arbitrarias, en la medida que calzan (*fit*) dentro de un sistema armónico. Todo ello quiere decir que si bien se trata de una labor hermenéutica, la dogmática no pretende reemplazar los dogmas (provenientes de fuentes del derecho) y, más bien, los toma como férreos puntos de partida para el análisis y sistematización (en la misma línea de Atienza, 2015).

Uno de los temas recurrentes que se plantean como problemas de investigación desde una aproximación dogmática es aquel que indaga por la “naturaleza jurídica” de cierta institución del derecho positivo, como la hipoteca, las empresas estatales, la concesión administrativa, etc. No obstante, como ya apuntaba tempranamente Lois Estévez (1956), los juristas aún no parecen haber resuelto qué deben entender por la noción misma de “naturaleza jurídica” (p. 160). En

la investigación emprendida por el jusfilósofo español, cuatro aproximaciones fundamentales se ofrecen para clarificar a tal concepto:

- (i) Una concepción ingenua, en la que no se profundiza sobre el concepto y, más bien, se le presupone y hasta emplea en múltiples sentidos;
- (ii) Una concepción esencialista, para la cual “naturaleza” es sinónimo de “esencia”. De manera sucinta, aquí se incluyen preguntas como ¿qué es la cosa? (definición), ¿qué nos permite diferenciar a esta cosa de otras? (diferencia) o ¿qué atributos puede presentar la cosa?;
- (iii) Una concepción estructural, que se centra en la forma en que se configura una institución jurídica en un ordenamiento jurídico concreto (“el perfil de cualquier institución jurídica, es decir, su estructura, habrá de venir determinada por el conjunto de normas jurídicas que la regulan” [*ibid.*, p. 166]).
- (iv) Una concepción categorial, que se enfoca en los géneros próximos de las instituciones estudiadas.

Ninguna de estas aproximaciones resulta plenamente satisfactoria para el autor bajo comentario. Ello, principalmente, porque se reemplaza una expresión oscura, la de “naturaleza”, por otras expresiones que adolecen de similares grados de indeterminación como “esencia”, “determinación” o “principio rector”. Como elocuentemente concluye Lois Estévez,

somos dueños de establecer todas las tablas de equivalencias que nos plazca; pero no podemos olvidar que todos los términos que manejemos son meros símbolos, y los símbolos no se esclarecen con nuevas simbolizaciones análogas, sino mediante remisión a intuiciones primarias o a conceptos con los que ya estemos previamente familiarizados. (*ibid.*, p. 167)

¿Significa ello que la noción de “naturaleza jurídica” simplemente debe ser desechada del arsenal conceptual de la investigación jurídica? Con cautela, Lois Estévez (1956) parece concluir que este no es necesariamente el caso, aunque se requiere de una reingeniería orientada principalmente a la clarificación conceptual y a la evaporación de la bruma metafísica que rodea al concepto.

Así, en la tarea de clarificación mediante nociones más familiares, el autor llegará a estipular que la naturaleza jurídica remite a una definición sintética de la institución analizada, de cara a calificar con mayor facilidad casos reales. La reconstrucción no es completa, pues ello nos llevaría a una saturación completa del concepto en función de las relaciones jurídicas con las que está relacionado a partir del derecho positivo, lo cual, aunque más preciso, sería metodológicamente estéril<sup>6</sup>. Este objetivo demanda, como un subproducto, una capacidad para diferenciar la institución bajo análisis de figuras limítrofes. En tercer término, la labor de reconstrucción de una naturaleza jurídica toma como punto de partida la interpretación e integración de disposiciones normativas. Esta interpretación

---

6 Precisamente evitar tal saturación parece ser la función central de los conceptos jurídicos entendidos como categorías intermediadoras en autores como Alf Ross (1976, especialmente pp. 29 y ss.).

preliminar podría llevar al jurista a identificar lagunas normativas, en cuyo caso la reconstrucción de naturalezas jurídicas permite formular con mayor claridad “canones de afinidad” que permitan llenar las lagunas mediante las proposiciones normativas aplicables a casos análogos en alguna propiedad relevante (Lois Estévez, 1956, p. 172). De esta forma, la labor de integración del derecho se racionaliza. Finalmente, la reconstrucción de naturalezas jurídicas permitiría una reconstrucción sistemática de un sector del ordenamiento jurídico mediante jerarquización conceptual, es decir, determinando qué instituciones son más fundamentales, en el sentido de que otras aparecen como subespecies de aquellas. Esta labor es importante, por ejemplo, para determinar qué normas se aplican de forma supletoria.

Aun cuando elaboremos una concepción actualizada de la investigación dogmática, liberando —por ejemplo— a la pregunta por las naturalezas jurídicas de la bruma metafísica que suele rodearle, permanecen importantes críticas. Hutchinson (2013, pp. 18-19) menciona el problema del estatuto científico de la dogmática jurídica: si la dogmática consiste en la revisión documental de fuentes del derecho (nacionales y comparadas) para ofrecer una solución para un problema jurídico, esta se parece más a una investigación de orientación pragmática que científica. Ello puede servir a los fines del jurista práctico que sigue las reglas técnicas (aunque más que ello, consuetudinarias) del litigante, mas no a la finalidad de un jurista académico que trata de elaborar un estudio científico del derecho. Asimismo, si los conceptos y categorías en los que se basa la dogmática son internos, es decir, provenientes del propio discurso jurídico, no tenemos un punto de vista independiente o externo para la evaluación del derecho. Este suplemento implicaría marcos teóricos y métodos de investigación provenientes de las ciencias sociales, naturales, la filosofía, etc. (Westerman, como se cita en Hutchinson, 2013, p. 22). De esta forma, para tomar una expresión acuñada por H. L. A. Hart, la investigación doctrinaria adoptaría un punto de vista interno, mientras que las orientaciones más cercanas a las ciencias sociales, uno externo (o parcialmente externo). Finalmente, aunque sin mayor elaboración, otros autores han sostenido que la investigación dogmática es trivial y poco original, o que para el caso anglosajón no pasa de ser “periodismo de jurisprudencia” (*case law journalism*)<sup>7</sup>.

Una respuesta interesante a estas críticas proviene de la obra de Richard Posner (1987), quien sostiene que la investigación dogmática-doctrinaria sigue siendo el corazón indispensable del pensamiento jurídico, cualitativamente superior a los efluvios de la deconstrucción, el estructuralismo o la filosofía moral, por entonces de moda en la academia estadounidense (pp. 777 y ss.). De forma más elaborada, el juez Posner sostiene que la virtud de la dogmática jurídica reside en el cuidadoso trabajo de síntesis, análisis, reconstrucción y crítica del producto de legisladores y jueces (*vid.* Vranken, 2012, pp. 46-47). Por todo ello, incluso si se considerara que el

<sup>7</sup> *Vid.* Vranken, (2012, p. 46) y Van Gestel y Micklitz, (2011, p. 1) con referencia a la crítica de Eric Posner.

trabajo de sistematización e interpretación es insuficiente, es innegable que resulta en un necesario punto de partida para toda investigación jurídica seria.

## 2.2. Investigación jurídica empírica

Si buscamos trazar una oposición relativamente sencilla, diremos que mientras la investigación jurídica doctrinaria recurre principalmente a la revisión de fuentes documentales que suelen ser, además, fuentes del derecho empleadas para la síntesis y sistematización de instituciones jurídicas; la investigación jurídica empírica plantea problemas y objetivos que requieren de la recolección, sistematización y análisis de otro tipo de datos, tales como encuestas, entrevistas o grupos focales. Epstein y Martin (2014, pp. 3-4) adoptan la misma línea de razonamiento, al sostener que la investigación jurídica empírica está basada en la observación del mundo, esto es, en data, que puede ser numérica o no numérica, es decir, cuantitativa o cualitativa.

Desde luego que la cuestión no es tan sencilla, porque la premisa básica de la investigación jurídica empírica parte de una concepción distinta sobre lo que es la ciencia e investigación en el derecho. En esta sección nos acercamos a ello.

La investigación jurídica empírica tiene raíces diversas, tanto en el mundo eurocontinental como en el anglosajón. La premisa común, sin embargo, es que el derecho no se agota en el estudio de las normas y jurisprudencia, sino que requiere una evaluación de las circunstancias sociales, políticas y económicas que hacen posible el funcionamiento de un sistema jurídico, así como un análisis sobre los efectos que los ordenamientos jurídicos (o áreas de estos) producen sobre diversos planos de lo social. En la introducción vimos que en su variante europea esta corriente se va consolidando con la emergencia de la sociología del derecho como una disciplina heredera de la escuela histórica del derecho, mientras que aquí resta comentar brevemente lo que ocurrió en Estados Unidos.

Leeuw y Schmeets (2016) consideran que la aparición de la investigación jurídica empírica en EE. UU. está ligada al ascenso del realismo jurídico americano. Desde esta orientación el derecho no solo se comprende como un sistema formal de reglas emanadas de fuentes del derecho, sino como un instrumento orientado al logro de objetivos sociales. En esta orientación, el testeo de hipótesis mediante observación empírica es un pilar fundamental, pues permite evaluar si los objetivos trazados se están logrando o no (pp. 20 y ss.). Dentro de las múltiples alternativas de investigación jurídica empírica encontramos a la criminología<sup>8</sup>, a la antropología y sociología jurídica, al movimiento de psicología y derecho<sup>9</sup>, al análisis económico del derecho<sup>10</sup>, al movimiento de derecho y política, que incorpora hallazgos de las ciencias políticas; y a la “civilología”, que Leeuw y Schmeets

8 Leeuw y Schmeets (2016) caracterizan a la criminología como el estudio científico de la naturaleza, alcances, causas y control de los comportamientos criminales, tanto a nivel individual como social (p. 23).

9 Algunos de los temas investigados desde esta perspectiva versan sobre los procesos de toma de decisiones de jueces y jurados, la psicología del testimonio, técnicas de interrogatorio, psicopatología forense, entre otros (Leeuw y Schmeets, 2016, p. 29).

10 Para un estudio sobre su evolución y desarrollo en el Perú, *vid.* Sotomayor et al. (2020).

(2016) caracterizan como una combinación de derecho civil y estudios conductuales orientados a comprender los efectos de las regulaciones del derecho privado sobre individuos, empresas y organizaciones (pp. 33-34).

Si bien la investigación jurídica empírica tiene como rasgo distintivo la apertura al mundo para la recolección de datos, ello se realiza luego a partir de los dos paradigmas dominantes en las ciencias sociales contemporáneas: el cualitativo y el cuantitativo. A estos se suman las metodologías mixtas, que combinan elementos de investigaciones tanto cualitativas como cuantitativas. Las diferencias entre los enfoques cuantitativos y cualitativos han sido sintetizadas y muchas veces hasta caricaturizadas por numerosos autores. Por ejemplo, tanto Hong Chui (2007, p. 49) como Hernández Sampieri et al. (2014, p. 361) enfatizan en la precisión, secuencialidad y dureza de la investigación cuantitativa, frente a la flexibilidad, carácter iterativo y apertura de la cualitativa.

Otros factores de distinción se encuentran en que mientras la investigación cuantitativa está orientada a la comprobación de hipótesis a partir de variables especificadas, la cualitativa se dirige hacia la comprensión holista de un proceso o fenómeno social, mediante la interpretación de prácticas y creencias (en la misma línea Quintanilla, 2019, cap. 1). La comprensión se logra a través de un acercamiento a las vivencias, impresiones y perspectivas de los actores sociales estudiados. En el caso del derecho, estos actores pueden incluir a funcionarios del sistema de justicia, jueces, litigantes, legisladores, etc. A todo ello debemos sumar que en la investigación cuantitativa la herramienta que asiste al proceso de análisis de la información es la estadística, mientras que no existe un equivalente en la investigación cualitativa, que, más bien, se vale de una diversidad de diseños que van desde el fenomenológico, pasando por el etnográfico hasta el de la teoría fundamentada. Premisas comunes a estas orientaciones son: (i) la propensión a tomar contacto directo con los sujetos de estudio en sus entornos naturales o habituales, (ii) una marcada preeminencia del contexto específico en que se realiza la investigación, que suele llevar a una preferencia por problemas micro, y (iii) un deseo por dotar de sentido a las ideas y formas de ver el mundo de los sujetos de estudio (Marradi, 2018, pp. 27-28).

Finalmente, y como ya lo hemos mencionado, a nivel de operativización del proceso de investigación, lo primero que salta a la vista es que mientras que la investigación cuantitativa es secuencial y preclusiva, la cualitativa es abierta e iterativa. Como apuntan Hernández Sampieri et al. (2014),

[en la investigación cualitativa] no hay momentos en el proceso en el que podamos decir: aquí terminó esta etapa y ahora sigue tal etapa. Al ingresar al campo o ambiente, por el simple hecho de observar lo que ocurre estamos recolectando y analizando datos, y en esta labor puede ir ajustándose la muestra. Muestreo, recolección y análisis son actividades casi paralelas. (p. 396).

Es importante agregar que para el investigador que opte por una u otra aproximación a la investigación jurídica empírica se derivarán algunas

consecuencias relacionadas con la recolección de datos. Así, mientras que en el caso de la investigación cuantitativa la herramienta de recolección de datos por antonomasia será una encuesta diseñada a partir de las variables de estudio (aunque, al menos en teoría, también está abierta la opción de diseños experimentales); en la investigación cualitativa se podrá emplear técnicas de recolección como la observación participante, las entrevistas, los grupos focales o las historias de vida. Como ya mencionamos, para el análisis de las encuestas emplearemos métodos estadísticos (descriptivos y/o inferenciales), mientras que para el análisis cualitativo emplearemos técnicas de transcripción, codificación y análisis textual que hoy se pueden efectuar con la asistencia de *softwares* de análisis cualitativo como Atlas.ti. Asimismo, el muestreo en uno u otro caso diferirá: mientras que en la investigación cuantitativa se emplean técnicas de muestreo estadístico tales como el muestreo estratificado, el aleatorio simple, por conglomerados o el polietátipo<sup>11</sup>, en la investigación cualitativa se utilizan técnicas de muestreo no probabilístico tales como el muestreo de casos tipo, por cuotas, por cadena o bola de nieve o el muestreo teórico<sup>12</sup>. Todas estas diferencias han llevado a la formación de escuelas y orientaciones de investigación que todo aspirante a investigador empírico del derecho no puede pasar por alto.

### 3. Investigación doctrinaria e investigación interdisciplinaria

Como analizamos en la sección precedente, la investigación jurídica empírica supone el planteamiento de un problema de investigación que requiere de un ejercicio de recolección de datos guiado por los paradigmas cualitativo o cuantitativo. Sin embargo, resta la pregunta sobre si la única forma de flexibilizar la investigación en el derecho es mediante una apertura empírica. Aquí argumentaremos que ese no es el caso. A la investigación jurídica empírica le podemos sumar a la investigación jurídica interdisciplinaria, que puede como que no contener un componente empírico. En términos todavía imprecisos, diremos que en las diversas variantes de investigación jurídica interdisciplinaria (y, generalmente, no empírica) lo que ocurre es que en el marco teórico que permite la aproximación a un problema jurídico se incorporan nociones, conceptos, evidencia u orientaciones teóricas provenientes de otras disciplinas, tales como la economía, sociología, antropología, ciencia política, etc. De esta forma, por ejemplo, el análisis económico del derecho que no está basado en trabajos empíricos (es decir, el AED de tipo normativo) y que, en su lugar, toma en cuenta la teoría económica para determinar el sistema de incentivos que podría generar determinado cuerpo de regulación es una forma de investigación jurídica interdisciplinaria — pues combina derecho y economía — mas no empírica.

Si la investigación jurídica doctrinaria ha sido criticada por ser formalista y rígida, la apertura a otras ciencias sociales o incluso naturales permite un nuevo

---

11 *Vid.* Véliz (2014, cap. 14).

12 Para una caracterización básica, *vid.* Hernández Sampieri et al. (2014, cap. 13).

prisma, una vuelta de tuerca liberadora, desde la cual observar el fenómeno jurídico<sup>13</sup>.

Llegados a este punto, una ulterior clarificación conceptual se hace necesaria, pues en la literatura especializada se ha trazado una distinción entre términos tales como “interdisciplinariedad”, “multidisciplinariedad” y “transdisciplinariedad”. Basarab Nicolescu (2014) ofrece una caracterización concisa de cada una de estas expresiones, que presentamos en la siguiente tabla:

**Tabla 1**  
**Multidisciplinariedad, interdisciplinariedad y transdisciplinariedad**  
**(Nicolescu)**

Término	Caracterización
Multidisciplinariedad	Involucra el estudio de un tema desde la perspectiva de dos o más disciplinas al mismo tiempo. Esta pluralidad de perspectivas enriquece la comprensión del problema, aunque cada disciplina sigue limitada a su propio marco.
Interdisciplinariedad	Involucra la transferencia de métodos de una disciplina a otra. Al igual que la investigación interdisciplinaria, existe una pluralidad de perspectivas, pero en última instancia los métodos están limitados a una de estas disciplinas.
Transdisciplinariedad	Concierne a aquello que se encuentra entre las disciplinas, a través de estas o más allá de estas. Su objetivo es comprender el mundo en su totalidad, lo que requiere la unidad del conocimiento.

*Fuente:* Nicolescu (2014).

Aunque no termina de ser del todo satisfactoria, la propuesta de Nicolescu que parece enfatizar en un aspecto relevante a la hora de distinguir entre investigación inter y multidisciplinaria: mientras que en la variante multidisciplinaria un mismo problema es analizado desde varias perspectivas, cada una de las cuales sigue los métodos y marcos teóricos disciplinares propios, en la interdisciplinariedad se da una suerte de colonización de un método para comprender un problema en otra disciplina. Creemos que Guido Calabresi (2016) nos ofrece un ejemplo interesante sobre la distinción entre ambos enfoques al diferenciar entre análisis económico del derecho y *Law & Economics*. En concreto, el autor sostiene que en el análisis económico del derecho (*Economic Analysis of Law*) se “emplea la teoría económica para analizar el mundo jurídico. Esta metodología examina dicho mundo desde el punto de vista de la teoría económica y, como resultado de dicho examen, confirma, plantea dudas o reformas a la realidad jurídica” (p. 2, traducción propia). Se trataría, para emplear las categorías de Nicolescu, de una aproximación interdisciplinaria en la que la teoría económica se utiliza como un punto de Arquímedes para el análisis y crítica de problemáticas jurídicas. A diferencia de

<sup>13</sup> Vid. Siems, (2009, pp. 6-7).

este caso, en el movimiento *Law & Economics* primero se describe al mundo y, de encontrar alguna faceta atípica o extraña de esta realidad (algo que, en principio, podría parecer económicamente irracional), se plantea la pregunta de si la teoría económica no requiere ser ampliada o refinada, de forma tal que explique alguna faceta del mundo jurídico que parece inicialmente poco comprensible (*ibid.*, pp. 3-4). En este caso, el análisis se acerca más a la multidisciplinariedad, e incluso algunos componentes —como, por ejemplo, la ausencia *a priori* de categorías analíticas idóneas— le acercarán a un caso que requiere de transdisciplinariedad para su abordaje.

Ahora bien, a pesar de que las distinciones planteadas por Nicolescu podrían resultar de utilidad, su forma de diferenciar conceptos no deja de ser algo imprecisa, a la vez que no es ampliamente compartida por la literatura especializada, lo que nos debería llevar a emplear con cautela los términos<sup>14</sup>. En otro artículo dedicado a la temática, por ejemplo, Nissani (1995) —luego de criticar la proliferación terminológica estéril en estos dominios— simplemente caracteriza a la investigación interdisciplinaria como aquella que combina componentes distintivos de dos o más disciplinas en la búsqueda de nuevo conocimiento, procedimientos operacionales o expresiones artísticas. Para mayor claridad, por “disciplina” el autor comprende a un dominio de la experiencia humana comparativamente autónomo y aislado que posee su propia comunidad de expertos que comparten conceptos, objetivos, metodologías, valores e incluso conocimiento tácito (*ibid.*, p. 122). Un ejemplo interesante propuesto por el autor es el de la obra de Gregor Mendel, quien habría aplicado conocimientos estadísticos y las leyes del azar para comprender el problema biológico de la transmisión de caracteres de una generación a la siguiente (*ibid.*, p. 123). El caso es interesante, pues, para la terminología de Nicolescu, este sería un caso más cercano a la multidisciplinariedad. Es por ello por lo que aquí preferimos mantener una austeridad terminológica y diferenciar entre criterios y grados de interdisciplinariedad. En esa línea, Nissani (1995, pp. 125 y ss.) ofrece algunos criterios para establecer el grado de riqueza interdisciplinaria de una investigación: número de disciplinas involucradas, distancia entre estas, novedad y creatividad de la interrelación, y grado de integración.

Propongamos un ejemplo que ayude a la clarificación: de un lado, tenemos un estudio sobre la argumentación de las decisiones judiciales (o de un tribunal

---

14 Por ejemplo, Fernández Flecha et al. (2015, pp. 21-22) también hacen referencia a las categorías de “interdisciplinariedad”, “multidisciplinariedad” y “transdisciplinariedad”, pero con acepciones parcialmente distintas a las de Nicolescu y Nissani. En sí mismo este no es un problema, pues cada autor cuenta con margen para la estipulación conceptual; sin embargo, si el lector o investigador no es consciente de que no siempre se habla de lo mismo cuando se emplean estos términos, ello puede llevar a confusiones y contradicciones, o incluso a debates estériles en los que los contrincentes usan las mismas expresiones, pero no hacen referencia a lo mismo. Un divertido ejemplo de este tipo de casos se encuentra en James (1975, pp. 27-29): dos personas estaban enfrascadas en una disputa metafísica cuyo objeto era determinar si un hombre había dado la vuelta a una ardilla. La solución propuesta por James fue disolver la disputa, preguntando a los debatientes qué entendían en términos prácticos por “dar la vuelta a”.

administrativo, como el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi) basado en los criterios jurisprudenciales sobre el deber de motivación desarrollados por el Tribunal Constitucional<sup>15</sup>. Se trata claramente de un estudio disciplinar interáreas. Por otro lado, tenemos un estudio sobre la racionalidad de la toma de decisiones judiciales basado en un análisis argumentativo (lógico y retórico), estudios de psicología (por ejemplo, sobre la incidencia de sesgos cognitivos) y de sociología y ciencia política, por ejemplo, para determinar el grado de injerencia de aspectos ideológicos la toma de decisiones. En este caso tenemos un mayor número de disciplinas involucradas, la posibilidad de plantear conexiones e interrelaciones novedosas como la que encontraron Farnsworth et al. (2010) en relación con la indeterminación de normas, interpretación y preferencias ideológicas, y la posibilidad de desarrollar marcos teóricos integradores que podrían retroalimentar después no solo al derecho constitucional sino también a disciplinas como el derecho procesal, pues a nuevas formas de irracionalidad en la toma de decisiones judiciales, le sobreviene el deber de repensar recursos como la recusación e inhibición<sup>16</sup>.

Ahora bien, para concluir este apartado y siguiendo con bastante libertad la senda de Siems (2009), aunque simplificando considerablemente su taxonomía, considero que los criterios para establecer el grado de interdisciplinariedad (como los propuestos por Nissani) nos pueden llevar a diferenciar entre, por lo menos, dos niveles de interdisciplinariedad: el primero es más austero, pues consiste solo en incorporar cualquier evidencia o dato relevante proveniente de estudios de otras disciplinas sobre el mismo tema del que versa la investigación jurídica. Por su parte, el segundo emplea teorías y conceptos provenientes de otras disciplinas para echar luces sobre las posibles causas, efectos, incentivos y entorno social o cultural en el que se inserta una institución jurídica.

Dos ejemplos pueden ayudar a clarificar la diferencia: en el primero, instancia del segundo nivel de interdisciplinariedad, un investigador emprende una crítica de la figura de la lesión, regulada en los artículos 1447 y siguientes del Código Civil peruano, por considerar que es una institución que “desincentiva operaciones de rescate que pudieran ser motivadas por la oportunidad de obtener un lucro mayor al que se obtendría en una operación de mercado común y corriente” y que “las normas de lesión restringen esa posibilidad de generar competencia y generan ... incentivos incorrectos” (Bullard, 2001, pp. 223 y 228). Por su parte, en un segundo ejemplo, referente al primer nivel, un investigador que realiza un trabajo sobre derecho laboral emplea para su análisis las cifras y datos más recientes sobre informalidad económica, lo que le permite una evaluación y argumentación basada en información actual y relevante. En el primer caso existe una apertura al arsenal teórico proveniente de la teoría económica — con mayor o menor éxito, cuestión cuya evaluación es distinta — mientras que en el segundo nos encontramos ante la cuestión de que para ofrecer una buena respuesta jurídica se requiere contar con información veraz y actualizada sobre el fenómeno social regulado.

---

15 Para estos criterios, *vid.* Sotomayor, 2021a (pp. 41 y ss.).

16 *Vid.* Sotomayor (2021b, cap. 5).

Cualquiera de estas variantes evita incurrir en el dogmatismo o cerrazón de mente que aparecen como críticas recurrentes al doctrinarismo ensimismado: ya no elegiremos una u otra teoría sobre la lesión en función de su historia normativa, la adherencia por parte de importantes doctrinantes o su simple desarrollo jurisprudencial, sino que lo haremos tornando la mirada a conocimientos provenientes principalmente de las ciencias sociales; ya no evaluaremos normas laborales solo en función de los principios constitucionales de las que estas se derivan, sino también tomando en cuenta el contexto fáctico en el que se insertan.

#### 4. Investigación interdisciplinaria y enfoques teórico-metodológicos

En este punto, llega el momento de articular la noción de “enfoque teórico-metodológico” e incorporarla en nuestra discusión. No obstante, antes de ello presentamos la tabla 2 que sintetiza las diversas aproximaciones a la investigación jurídica presentadas hasta aquí<sup>17</sup>:

**Tabla 2**  
**Aproximaciones a la investigación jurídica**

Tipo	Subtipo
Doctrinaria (disciplinaria)	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Exegética</li> <li>▪ Tradicional (conceptualista)</li> <li>▪ Interáreas</li> </ul>
Interdisciplinaria	<p>Primer criterio (por presencia de componente empírico):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Con componente empírico</li> <li>▪ Sin componente empírico</li> </ul> <p>Segundo criterio (por grado o nivel de interdisciplinarietà):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Con uso de evidencia proveniente de otras disciplinas</li> <li>▪ Con uso de marcos teóricos y/o categorías conceptuales provenientes de otras disciplinas</li> </ul> <p>Tercer criterio: por la presencia de criterios para establecer el grado de riqueza interdisciplinaria (se interseca con el anterior criterio)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Por el número de disciplinas involucradas</li> <li>▪ Por la distancia entre las disciplinas involucradas</li> <li>▪ Por la novedad y creatividad de la vinculación o síntesis</li> <li>▪ Por el grado de integración</li> </ul>
Empírica	<p>Por tipo de enfoque:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Cualitativa</li> <li>▪ Cuantitativa</li> <li>▪ Mixta</li> </ul>

*Fuente:* Elaboración propia.

<sup>17</sup> Hay ciertas similitudes con la sistematización presentada por Villabella (2020).

Pues, bien, tanto las variantes empíricas como las no empíricas de investigación jurídica interdisciplinaria comparten el elemento común de requerir el desarrollo de abordajes teórico-conceptuales provenientes de disciplinas distintas al derecho. Es por ello que la llave para la apertura disciplinar de la investigación jurídica se encuentra en el marco teórico de una investigación, entendiendo que este “comprende un conjunto de teorías, doctrinas, leyes, principios, ideas y datos que actúan como premisas de una investigación” (Palomino Orizano et al., 2015, p. 94)<sup>18</sup>. De manera más específica, recordemos que en nuestro contexto es común dividir a los marcos teóricos en tres componentes o dimensiones: antecedentes, bases teóricas y definiciones de términos básicos (*ibid.*, pp. 97-102)<sup>19</sup>. En esta tripartición, podemos ubicar a la apertura disciplinar en las bases teóricas, pues son estas las que incluyen paradigmas, aproximaciones y teorías de las que se toman conceptos y categorías para el análisis<sup>20</sup>. La combinación de tales elementos configura metafóricamente un *prisma* a través del cual se observa el fenómeno estudiado: como un sistema normativo que aspira a la coherencia y completitud, como un campo de disputa de intereses económicos o ideológicos, como un lienzo para la intervención de un tecnólogo social orientado a la justicia o eficiencia, etc.

En la presente propuesta, a las bases teóricas —cuando no están tomadas exclusivamente de fuentes doctrinarias y de la base normativa— las llamaremos enfoques teórico-metodológicos. Son enfoques teóricos, pues incluyen las bases paradigmáticas, teóricas y conceptuales de la investigación, y son metodológicos porque esta forma de ver el fenómeno condiciona las técnicas y herramientas para el análisis. En concreto, y basados en la experiencia de enseñanza y aprendizaje desde el 2010 en las maestrías del área de Derecho y Empresa de la Pontificia Universidad Católica del Perú, proponemos seis enfoques que resultan especialmente fructíferos para la investigación jurídica. A estos se podría sumar —cuando estas bases sí están tomadas exclusivamente de fuentes doctrinarias y de la base normativa— la investigación doctrinaria tradicional. De esta forma, diremos que los enfoques pueden ser interáreas, interdisciplinarios y/o empíricamente orientados, dependiendo de cada caso concreto.

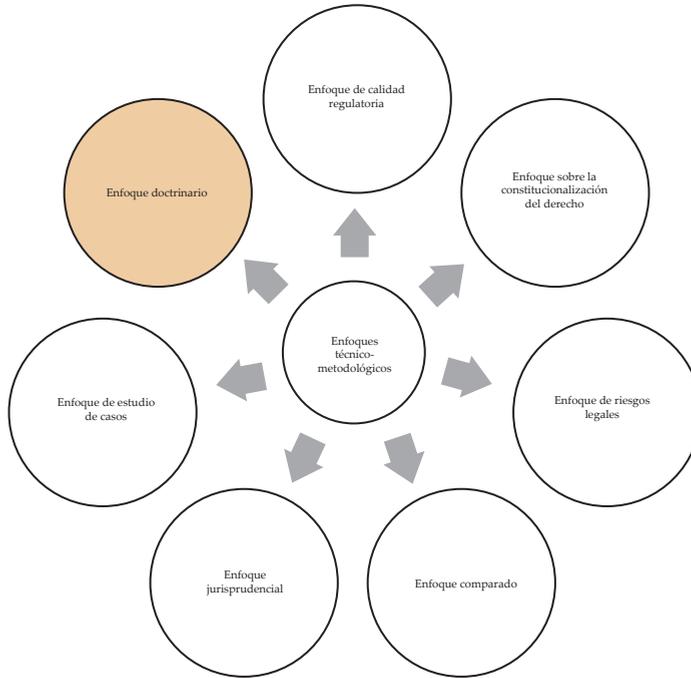
---

18 *Vid.* también Daros (2002, pp. 75 y ss.).

19 En una línea similar, *vid.* Ramos (2018).

20 *Vid.* Sautu (2005, pp. 23 y ss.).

**Figura 1**  
**Diversos enfoques teórico-metodológicos para la investigación jurídica**



*Fuente:* Elaboración propia.

#### **4.1. Enfoque de calidad regulatoria**

Poder determinar la pertinencia y calidad de instrumentos regulatorios es fundamental para lograr objetivos sociales valiosos. Esta idea, que parece bastante intuitiva, no está muy presente en los enfoques doctrinarios más tradicionales, centrados en los aspectos sistemáticos de un orden normativo (su racionalidad jurídico-formal, para emplear la terminología de Atienza). El análisis de calidad regulatoria, en cambio, pone el foco en la existencia de evidencia que respalde los posibles efectos de una norma o en verificar que se haya efectuado un adecuado análisis y balance de costos y beneficios<sup>21</sup>. El movimiento de la legislación basada en evidencia adopta estas ideas, y alguno de sus defensores sostiene que se centra en verificar la existencia de una investigación rigurosa y extensiva sobre los posibles efectos de una norma, seguida de un monitoreo y evaluación sobre sus efectos (Kealy y Forney, 2018, pp. 42 y ss.). Todo ello se relaciona con los niveles pragmático y teleológico de racionalidad legislativa propuestos por autores como

<sup>21</sup> Vid. Arias-Schreiber et al. (2019).

Atienza. Recordemos que, para este autor, la racionalidad pragmática se refiere a la adecuación generalizada de los destinatarios a lo prescrito por la norma, mientras que la racionalidad teleológica se relaciona con la consecución de los fines sociales buscados por la norma (Atienza, 1997, pp. 27-28; 1992; pp. 277-282).

El investigador que opte por un enfoque de calidad regulatoria podrá centrar su trabajo en una de las múltiples sublíneas de investigación, entre las que se encuentra el análisis costo-beneficio para normas, el análisis de impacto regulatorio y sus componentes, el análisis y evaluación del sustrato institucional para emprender análisis de impacto regulatorio<sup>22</sup> los niveles de racionalidad legislativa y regulatoria, los aportes recientes de la psicología cognitivo-conductual a la legislación (*vid.* OECD, 2017) o el análisis específico de algún caso a la luz de la teoría. También podrá optar por realizar un trabajo de corte más teórico o más bien práctico, en cuyo caso no podrá dejar de consultar los múltiples documentos elaborados por la OECD en los últimos años.

Un ejemplo interesante de investigación jurídica que empleó este enfoque teórico-metodológico es el trabajo titulado *La inspección del trabajo peruana desde el estudio de los "Principios de la OECD sobre políticas para la mejora de la aplicación y cumplimiento de la regulación"* de Vilca Ravelo (2020). El objetivo de este trabajo consiste en analizar y evaluar la aplicación de los principios OECD sobre calidad regulatoria al modelo de *enforcement* de la inspección de trabajo en el Perú, todo ello dentro del contexto de mejora de la racionalidad legislativa promovido por el Estado peruano desde la aprobación del Decreto Legislativo N.º 1448.

#### 4.2. Enfoque sobre la constitucionalización del derecho empresarial

El segundo enfoque se relaciona con los profundos cambios que se vienen produciendo en diversos sectores del ordenamiento jurídico a raíz del proceso conocido como "constitucionalización del derecho". Desde el punto de vista de Landa (2013), este proceso tiene dos raíces históricas: la primera relacionada con la transformación de los derechos públicos subjetivos en derechos fundamentales, lo que obligó a jueces y tribunales a aplicar directamente la Constitución; y la segunda imbricada con el ascenso del principio de supremacía de la Constitución, con lo cual esta "se legitima como norma democrática suprema con carácter vinculante para los ciudadanos y los poderes públicos, en la medida que tienen el deber de cumplirla y defenderla" (p. 14). Sotomayor (2019) desarrolla una comparación entre los modelos de Estado de derecho y de Estado constitucional que permite diferenciar los rasgos de cada uno de los paradigmas históricos involucrados. Una de las diferencias más notables es que, en relación con la función jurisdiccional, los jueces del Estado liberal de derecho se conciben como meros aplicadores del derecho, mientras que en el Estado constitucional son los encargados de dotar de sentido a cláusulas constitucionales de contenido muchas veces indeterminado. Para ello requieren de herramientas como la argumentación jurídica y la capacidad de establecer diálogos con precedentes (*ibid.*, p. 202). Otra

22 *Vid.* las Recomendaciones del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria de la OECD, en OECD (2019, cap. 1).

diferencia llamativa es que mientras que en el Estado de derecho el principal instrumento de desarrollo del derecho son las reglas, en el Estado constitucional asistimos a una pluralidad de enunciados normativos tales como directrices y principios. Estas otras especies normativas requieren teorías distintas, técnicas de interpretación adaptadas y el desarrollo de estrategias como la de la ponderación. Todo ello en la medida de que sus supuestos de hecho son más abiertos, se les pondera en caso de conflicto y algunos autores como Robert Alexy les conciben como mandatos de optimización<sup>23</sup>.

Algunos de los temas usualmente investigados que se relacionan con este enfoque son los siguientes:

- Síntesis y elaboración de criterios interpretativos para dotar de sentido a conceptos jurídicos indeterminados. Por ejemplo, ¿cómo interpretar la expresión “economía social de mercado” del artículo 58 de la Constitución peruana?
- Análisis y evaluación de los criterios o líneas jurisprudenciales empleadas para la resolución de casos de conflicto entre derechos, principios o directrices jurídicas. Por ejemplo, ¿cómo se ha configurado, en relación con un caso o contexto específico, el equilibrio entre el derecho a la libertad de trabajo y empresa, cuando entra en conflicto con el derecho a la salud o seguridad?
- Análisis de constitucionalidad: en esta variante el investigador realiza una evaluación sobre un régimen legal o reglamentario es compatible con preceptos constitucionales.
- Análisis de evolución jurisprudencial. Por ejemplo, ¿cómo ha evolucionado el concepto de “servicio público” en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional?, ¿qué similitudes y diferencias existen con las líneas jurisprudenciales de otros tribunales y cómo podemos explicar esas diferencias?

Si bien se podría pensar que este enfoque es más disciplinar que interdisciplinar, un par de observaciones sirven para matizar tal punto de vista: la primera es que es un enfoque que requiere una mirada interáreas del derecho, a través de la cual el ordenamiento constitucional opera como una suerte de sombrilla que cubre a todo el ordenamiento jurídico, conduciendo a un análisis más holista. Ello se explica por el hecho de que materias como el derecho constitucional económico se vincula con diversas ramas del ordenamiento jurídico, tales como derecho de la competencia, derecho tributario, derecho laboral o derecho civil<sup>24</sup>. Desde luego, ello no convierte *per se* al enfoque en interdisciplinario, pero lo aleja de un doctrinarismo que concibe sectores del sistema jurídico como compartimientos estancos con autonomía conceptual y operacional. La segunda observación es que hay formas de flexibilizar el enfoque, de forma tal que transite el camino

---

23 Sobre todas estas cuestiones *vid.* Ávila (2011); Aguiló (2019); Atienza y Ruiz Manero (2007) y Alexy (2003).

24 *Vid.*, por ejemplo, los temas cubiertos por Kresalja y Ochoa (2019).

desde lo disciplinar hacia lo interdisciplinar. Por ejemplo, queda claro que varios de los rasgos distintivos atribuidos tanto al Estado de derecho como al Estado constitucional se derivan de premisas de teoría y filosofía política, de teorías de la justicia y de filosofía moral. Sin estos componentes no podemos llegar a comprender la complejidad y dimensión de los cambios involucrados, por lo que una mirada desde las humanidades se hace necesaria. Pero esta necesidad es doble, pues todos estos procesos (ya sea en general o en relación con casos particulares) requieren de una perspectiva histórica para su adecuada comprensión<sup>25</sup>. En ese sentido, un análisis sobre la subsidiaridad del Estado en la realización de actividad empresarial a la que hace referencia el artículo 60 de la Constitución se vería enormemente empobrecido si no incluyera una evaluación del contexto histórico y político de la Constitución de 1993, y si no pasara revista a los debates en el seno del Congreso Constituyente Democrático.

### 4.3. Enfoque de riesgos legales

El enfoque de riesgos legales es relativamente novedoso, y se vincula a avances en la literatura sobre cumplimiento normativo (*compliance*), estrategias de autorregulación empresarial, así como al desarrollo de un sistema de riesgos operacionales para el sector financiero planteados por el Comité de Basilea.<sup>26</sup>

En un apartado conceptual, la norma ISO 31022:2020 sobre gestión de riesgo legal (Organización Internacional de Normalización, 2020) define a tales riesgos como aquellos relacionados a cuestiones normativas, regulatorias o contractuales, así como a derechos y obligaciones de origen no contractual. Algunas precisiones adicionales se relacionan con el concepto de riesgo, que se caracteriza como el efecto de la incertidumbre en los objetivos organizacionales, y donde las cuestiones legales pueden tener su origen en el derecho nacional o internacional. Finalmente, los asuntos contractuales se vinculan con escenarios en los que la organización no logra cumplir con sus obligaciones contractuales o en hacer cumplir sus derechos, así como escenarios en los que la configuración contractual le resulta onerosa, inadecuada o de imposible cumplimiento.

Lo anterior da pie a un rico proscenio para investigaciones jurídicas sobre la identificación de riesgos por sectores, gestión de riesgo legal o modelos de *compliance* y autorregulación. Asimismo, dados los recientes desarrollos del *criminal compliance*, se ha comenzado a discutir sobre las consecuencias jurídico-penales de los delitos cometidos por funcionarios de personas jurídicas, cuando estas adoptan una serie de medidas preventivas relacionadas, por ejemplo, con el buen gobierno corporativo. Todos estos temas vinculan profundamente al derecho con la administración, las ciencias de la gestión, finanzas y la gestión de riesgos, por lo que requieren del desarrollo de marcos teóricos integrados e interdisciplinarios.

25 Por ejemplo, para el caso del desarrollo de la Escuela de la Exégesis en América Latina, a partir de la recepción del Código napoleónico, *vid.* Ramos Núñez (1997).

26 Sobre estos puntos, *vid.* Reaño Peschiera (2016) y Pineda Galarza (2019).

#### 4.4. Enfoque comparado

El objeto de investigación del derecho comparado se puede entender desde múltiples perspectivas, grados de complejidad y abstracción. Ello trae como consecuencia que incluso entre los juristas que lo practican no haya una respuesta unánime a la pregunta de cómo lo hacen, es decir, bajo qué premisas teóricas, con qué lineamientos metodológicos y en la búsqueda de qué finalidades. Michaels (2019) sostiene que existen, por lo menos, cuatro aproximaciones teórico-metodológicas al derecho comparado: la funcionalista, la histórico-jurídica comparada, el estudio de los trasplantes jurídicos y el estudio comparativo de las culturas jurídicas<sup>27</sup> (pp. 347-348). Por su parte, Jaluzot menciona dos grandes orientaciones, que son la conceptualista y la funcionalista. La primera se caracteriza por centrarse en el estudio de conceptos o instituciones jurídicas, mientras que el funcionalismo pone el foco en cómo se solucionan determinados problemas en sistemas jurídicos distintos (*vid.* Jaluzot, 2005).

Un análisis pormenorizado de las características de cada una de las aproximaciones mencionadas escapa largamente la finalidad del presente texto, por lo que nos centraremos en algunas observaciones básicas.

Ilustrativa de un enfoque centrado en las tradiciones jurídicas es la exposición de Alessandro Somma (2015), quien parte de una crítica a la forma estrecha y normativista de entender el derecho propia del positivismo jurídico<sup>28</sup>, y, en su lugar, postula que los buenos comparatistas prefieren adoptar un punto de vista externo sobre el derecho, lo que incluye elementos culturales, políticos y sociales en los que se manifiesta el derecho alrededor del mundo<sup>29</sup>. Para ello, prosigue, se reemplaza la expresión “ordenamiento jurídico” por otras como “tradición jurídica” (pp. 38-39). El problema de una categoría tan amplia e indeterminada es que, por ejemplo, como acertadamente observa Kleinheisterkamp (2019) dada la influencia del Código de Napoleón en Latinoamérica, toda la región fue agrupada en un compartimiento indiferenciado como parte del derecho de raigambre romanista, no considerado especialmente interesante, a diferencia del derecho islámico o indio (pp. 253-254). Otros autores muestran una actitud más austera, al considerar que el derecho comparado se centra en el análisis y comparación de áreas de sistemas jurídicos nacionales en relación con temas claramente delimitados, tales como el derecho de los contratos, el derecho penal o el derecho de la competencia. Esta comparación temáticamente acotada puede ser, sin embargo, profundizada mediante el análisis de variables institucionales, sociales, económicas, políticas y culturales.

27 Sobre trasplantes jurídicos, *vid.* Saavedra (2011).

28 Esta forma de entender al derecho tiene su correlativo en el derecho comparado, con el desarrollo del método descriptivo de comparación jurídica, practicado en Francia por la Sociedad de legislación comparada (Jaluzot, 2005, p. 38).

29 Pero que incluye un análisis más flexible de las fuentes del derecho, incorporando a la jurisprudencia y doctrina (Somma, 2015, p. 26). En este extremo me parece que el autor no da en el blanco, pues diversas variantes positivismo jurídico no tendrían mayor inconveniente en incorporar otras fuentes del derecho, además de la legislación, en su catálogo para el análisis y reconstrucción de sistemas normativos. Este es un punto que no puedo desarrollar a detalle aquí.

Ahora bien, ¿cómo hacer un trabajo de derecho comparado? Algunos elementos, identificados como principios para la comparación desde un punto de vista metodológico, han sido propuestos por autores como Reitz (1998) y Eberle (2011). Estos parecen ser comunes a las aproximaciones más difundidas al derecho comparado, por lo que su mención simplificada se hace relevante:

- (1) Se requiere una clara identificación del tema, problema, institución jurídica o aspecto sobre el que versará la comparación.
- (2) El método de la comparación requiere de la formulación de criterios, los que permiten fijar la atención en las similitudes y diferencias de sistemas jurídicos. Adicionalmente, para quienes profesen una aproximación funcional, el trabajo comparado requiere tomar en cuenta la equivalencia funcional de instituciones jurídicas o de cuerpos normativos.
- (3) El proceso de comparación llega usualmente a conclusiones sobre características distintivas de algunos sistemas jurídicos o sus elementos comunes al lidiar con algún problema en particular. De ello se pueden derivar recomendaciones, pero en sentido estricto estas ya no forman parte del ejercicio intelectual de la comparación.
- (4) Para quienes profesan un enfoque funcional, la comparación permite un análisis más abstracto, mediante el contraste de instituciones con equivalencia funcional. De esta forma se elaboran categorías y subcategorías que permiten el progreso del derecho como disciplina.
- (5) En el análisis comparado se pueden avanzar posibles explicaciones sobre las similitudes y diferencias. El hecho de que tales razones y explicaciones puedan ser discutidas, permite el avance de la disciplina.
- (6) Para un trabajo comparado no entrampado en el formalismo, la comparación requiere del estudio no solo de las bases normativas, sino también de las diversas fuentes que emplean los juristas de los ordenamientos jurídicos objeto del estudio (fuentes doctrinarias, jurisprudencia, entre otras) y, de ser posible, una exploración sobre el desfase entre el derecho de los libros y el derecho en los hechos.
- (7) En caso de que el análisis comparado verse sobre ordenamientos jurídicos en otra lengua, se requieren habilidades lingüísticas de parte del investigador, o, en todo caso, de un cuerpo de literatura secundaria confiable.

A estos principios podemos sumar un precepto propio de alguien que desee hacer una investigación interdisciplinaria (que, en el caso del derecho comparado, suele tener una orientación funcional). En este caso, se deberá tomar en cuenta factores no jurídicos en la comparación. Por ejemplo, ¿cuáles son los posibles efectos o incentivos que producen las instituciones jurídicas X e Y, que se emplean en los países V y Z para desempeñar la función B?, ¿qué factores culturales ayudarían a explicar el éxito o fracaso de la institución jurídica X en comparación con la institución Y, aceptando que ambas cumplen funciones similares en dos ordenamientos jurídicos distintos? Estas son preguntas sumamente complejas, pero a las

que un investigador jurídico interdisciplinario (o interdisciplinario y empírico) no debería rehuir.

#### 4.5. Enfoque jurisprudencial

El enfoque jurisprudencial se encamina a volver la mirada al derecho vivo a través de las decisiones de diversos tipos de tribunales. Para ello, requiere del desarrollo de una metodología para la reconstrucción, sistematización y análisis de vastos conjuntos de casos, conocidos como “líneas jurisprudenciales”, así como de precedentes judiciales (que en el caso peruano requieren una evaluación de las particularidades del “precedente vinculante” constitucional, en comparación con la jurisprudencia indicativa)<sup>30</sup>. Estas líneas reactualizan y desarrollan al derecho legislado, conduciéndolo en direcciones que serían difíciles de prever por el legislador y jurista. También es verdad que, como observaban ya tempranamente MacCormick y Summers (1997, pp. 531 y ss.), existe una marcada tendencia hacia la convergencia entre las tradiciones jurídicas del *Common* y *Civil Law* con referencia a la importancia del precedente, por lo que la caricatura del *Civil Law* como una tradición libre del vaivén jurisprudencial para su comprensión debe ser hoy abandonada.

Las complejidades que la operación de reconstrucción jurisprudencial entraña son bien ilustradas por López Medina (2009, pp. 139-141), quien sostiene que el trabajo de sistematización contiene tres grandes subproblemas: (1) acotación del supuesto fáctico que se define como escenario relevante, y al que subyacen intereses y derechos en conflicto; (2) identificación de las “sentencias hito”, que son las más importantes en una línea jurisprudencial; y (3) reconstrucción de narraciones jurídicas (teorías estructurales) que doten de coherencia y permitan relacionar diversos casos.

De forma más explícita, pero con referencia a los mismos componentes, en la introducción de un libro reciente (López Medina, 2017), el mismo autor elabora con detalle la idea:

Hacer una línea jurisprudencial es resumir miles de páginas de decenas, quizás centenas, de sentencias en unas cuantas que den razón de la cadena de argumentos jurídicos, políticos y morales que corren tras ellas. Para permitir su manejo, lectura y sistematización, las sentencias deben ser ordenadas por escenarios de conflicto. Dentro de estos, el ingente número de sentencias debe ser reducido de manera estratégica e inteligente mediante la identificación de “sentencias hito” en las que se capture el sentido general de toda esa masa jurisprudencial. Las sentencias hito, a su vez, deben ser cuidadosamente analizadas para entender su *ratio decidendi*, para capturar las discusiones jurídicas y políticas que les dieron origen y para identificar como la doctrina adoptada por la corte para la decisión del caso media y pondera los derechos e intereses en juego. Luego de eso, el analista está listo para leer el conjunto de la línea jurisprudencial. Es un trabajo de unir los puntos y reposicionarlos de cierta manera para que tengan sentido y sus mensajes puedan ser entendidos,

30 Vid. Castillo Córdova (2018) y López Medina (2009, pp. 110 y ss.).

analizados y criticados con rigor. Esta labor exige proponer una narrativa que permita hilar los textos legales con sus interpretaciones jurisprudenciales, y todo esto dentro de los contextos sociales pertinentes que sirven de telón de fondo para las discusiones jurídicas. (p. xiii)

En su dimensión diacrónica o dinámica, las metodologías de análisis jurisprudencial nos permiten también observar las tendencias decisorias a lo largo del tiempo, de forma tal que podamos percibir si existe un cambio incremental, abrupto o un estancamiento en los patrones decisorios sobre cierto tipo de caso. También podemos identificar bandos, su peso relativo y líneas de decisión caóticas que generan poca predictibilidad o incluso caos. Todo ello muestra la variabilidad del derecho cuando este es reactualizado por órganos tomadores de decisiones, a la vez que es una precondition para investigaciones interdisciplinarias orientadas a relacionar líneas jurisprudenciales con factores económicos (p. ej. incentivos), sociales (descontento con las tendencias decisorias de una corte) o políticos (patrones ideológicos en la interpretación jurídica, o la tensión entre modelos legales y actitudinales en la toma de decisiones). Como acertadamente observa Lozano Rodríguez (2017), quien señala que:

[...] la gran mayoría de expertos en política judicial considera que la esencia del poder de la corte al hacer políticas públicas reside en las opiniones mayoritarias que establece. Estas opiniones articulan principios legales y, de esta manera, afectan el comportamiento tanto de los hacedores de la política gubernamental como de la no gubernamental. (p. 62)

De esta forma, un análisis sobre el desarrollo de líneas jurisprudenciales también se vincula con temas tales como el diseño e implementación de políticas públicas.

Más allá del ámbito constitucional, donde este enfoque ha tenido su mayor florecimiento, hay estudios interesantes en otras ramas del derecho. Por ejemplo, Lozano Rodríguez (2017) ha realizado un amplio estudio sobre el desarrollo de la jurisprudencia tributaria del Consejo de Estado colombiano entre 2005 y 2016. Para dicho estudio, la metodología de análisis de fallos tributarios sintetiza varios modelos disponibles y consta de algunos datos generales, seguidos de los siguientes componentes para el análisis (para lo que sigue *vid.* Lozano Rodríguez, 2017, pp. 90-91):

- (1) Identificación del problema jurídico, formulado como una pregunta que involucra elementos fácticos y jurídicos relevantes.
- (2) Identificación de la regla jurídica o principio empleado para resolver el conflicto.
- (3) Reconstrucción de líneas jurisprudenciales a través del concepto de “sombra decisional”, que Lozano Rodríguez toma de López Medina (2009, pp. 144-145). Dicho concepto hace referencia a un segmento abierto o de maniobra donde se puede ubicar una nueva decisión, sin que por ello se aparte de la línea establecida por casos anteriores. Este margen viene dado por

el empleo de técnicas de interpretación jurídica y del precedente, y, agregaríamos, por nociones como la de interpretación evolutiva.

- (4) Exposición de una crítica jurídica, que es la articulación de la posición crítica del investigador respecto de los fallos analizados.
- (5) Tipificación de las sentencias como importantes (*leading cases* o *grand arrêt*) o no importantes. Normalmente las sentencias importantes o hito adquieren su condición porque (a) fundan una línea jurisprudencial, (b) consolidan dicha línea, (c) la modifican, (d) realizan una reconceptualización del tema o problema o (e) se trata de sentencias dominantes (López Medina, 2009, pp. 161-167). Por su parte, las sentencias no importantes suelen ser de tres tipos: (a) meramente confirmadoras de un criterio y principio, (b) sentencias argumentativamente confusas o no concluyentes y (c) sentencias excesivamente abstractas, con varias consideraciones generales poco relacionadas con los hechos y problema (López Medina, 2009, pp. 165-167).
- (6) Interpretación positiva o negativa del precedente, lo que lleva a su seguimiento o apartamiento. En este apartado el investigador debe evaluar los alejamientos de líneas jurisprudenciales que llevan a un desplazamiento de línea.

Aplicando este método de análisis, Lozano Rodríguez analizó una muestra de 998 providencias tributarias (de un universo de aproximadamente 4 932) ordenadas por temas y subtemas, y en función de si se trataba de “buenos” o “malos” fallos (esto de acuerdo con una encuesta aplicada a operadores jurídicos.). Algunos de los resultados más llamativos son los siguientes (Lozano Rodríguez, 2017, pp. 199-205):

- (1) Se identificó el surgimiento de jurisprudencia aislada sobre algunos temas, relacionado principalmente con la novedad de las cuestiones tratadas. Tal jurisprudencia aislada suele vincularse con modificaciones efectuadas sobre el cuerpo normativo.
- (2) Hay un importante cuerpo de providencias que modifican líneas jurisprudenciales, generando inseguridad jurídica y afectación al principio de legalidad.
- (3) Donde existen mayores grados de indeterminación legal (porque, por ejemplo, las disposiciones normativas son vagas o ambiguas), existe también un incremento en la litigiosidad tributaria. Ello tiene efectos profundos sobre el diseño de normas y su relación con la congestión decisoria, lo que conecta los enfoques de calidad regulatoria y jurisprudencial.

El enfoque jurisprudencial, entonces, es una herramienta potente para analizar los efectos del derecho legislado sobre el derecho vivo de los tribunales y órganos decisorios. Ello se puede hacer, además, con mayor o menos flexibilidad, dependiendo de que se opte por una apertura interdisciplinaria y/o empírica. Para cada uno de estos casos existen interesantes modelos teórico-metodológicos disponibles.

#### 4.6. Enfoque de estudio de casos

De acuerdo con uno de sus promotores más conocidos (Yin, 2003), el estudio de caso es un tipo de investigación empírica que explora un fenómeno contemporáneo en un contexto natural de la vida real, especialmente cuando los linderos entre el fenómeno y el contexto no son del todo claros. Asimismo, este tipo de estrategia aborda una situación en la que hay varias variables de interés (no todas fácilmente traducibles en data disponible), lo que requiere recalar en múltiples fuentes de información que deben ser contrastadas y trianguladas, a la vez que la recopilación y análisis de datos se puede guiar por teorías ya existentes (pp. 12-14). No obstante, a especialistas como Dul y Hak (2008) esta caracterización no les parece del todo satisfactoria, pues no aborda el rasgo distintivo central, que es que el estudio de caso es una investigación sobre una única instancia de análisis (o unas pocas de estas), este es su objeto estudio. Ello lleva a estos autores a estipular una definición, que es la siguiente:

Un estudio de caso es un estudio en el que (a) un caso (estudio de caso individual) o un pequeño número de casos (estudio comparativo de casos) son seleccionados en su contexto de la vida real, y (b) los datos obtenidos de estos casos son analizados de una forma cualitativa. (Dul y Hak, 2008, p. 4, traducción propia).

Como vemos, el enfoque de estudio de casos suele ser mayoritariamente asociado a la investigación cualitativa, pues buscaría una aproximación profunda y tendencialmente holista al objeto de estudio<sup>31</sup>. Sin embargo, para Urra Medina et al. (2014), los estudios de caso se pueden hacer tanto desde una perspectiva cualitativa como cuantitativa. Asimismo, se suele sostener que se trata de un tipo de investigación de corte más exploratorio, en el que la posibilidad de generalización se ve bloqueada dado el pequeño universo de unidades de análisis. En ese sentido, el universo de análisis restringido hace a los estudios de caso más proclives a la ocurrencia del sesgo de confirmación, por lo que el investigador deberá ser cuidadoso en la selección de casos bajo criterios ofrecidos por la literatura especializada<sup>32</sup>. Asimismo, el problema puede ser sorteado mediante el trabajo con múltiples casos, en una estrategia que combina componentes de estudio de caso y comparados. Desde el punto de vista de Yin (2003), las ventajas de un estudio con múltiples casos son que la evidencia se considera más convincente y robusta, y que se formulan criterios de selección y análisis que garantizan mejor la replicabilidad de la investigación (pp. 46 y ss.).

En el derecho se viene introduciendo gradualmente a los estudios de caso como una estrategia de investigación jurídica empírica en algunos escenarios interesantes. Para ello es importante partir de la observación de que el vocablo “caso” no equivale aquí a un caso judicial, sino que se define de forma más abstracta como una instancia del objeto de estudio (Dul y Hak, 2008, p. 4), que puede ser

31 *Vid.*, con una perspectiva crítica, Archenti (2018).

32 *Vid.* Webley (2016, pp. 5 y ss.).

cosas tan diversas como actividades, eventos, personas, grupos u organizaciones (*ibid.*, p. 35). Así, ejemplos de casos pueden ser procesos legislativos, comisiones especializadas, conferencias profesionales o académicas, grupos paramilitares o microempresas. Aquí, por ejemplo, analizaremos un texto de Argyrou (2017), que presenta un estudio de caso cualitativo sobre las empresas sociales en Europa. El concepto de “empresa social” hace referencia a empresas social o ambientalmente conscientes o responsables que cuentan con una gobernanza corporativa participativa inclusiva (Colenbrander et al., 2017). Dos ejemplos propuestos por Argyrou (2017) son los de un café que emplea personas sin hogar como personal para la atención y una empresa de taxis que utiliza vehículos eléctricos conducidos por personas de mediana edad que vienen de largos periodos de desempleo (pp. 106-107). Estos modelos de negocio vienen siendo estudiados en la literatura de gestión desde hace algún tiempo, bajo —por ejemplo— el paradigma de la creación de valor compartido<sup>33</sup>. Desde el punto de vista jurídico, estas empresas son interesantes por las características organizacionales que exhiben, entre las que se encuentra su finalidad societal, sus procesos inclusivos de toma de decisiones y consulta con grupos de interés, etc. En el Perú, algunas de estas innovaciones han sido reconocidas mediante la reciente Ley N.º 31072, de sociedades de beneficio e interés colectivo (sociedades BIC). Volviendo al estudio que venimos comentando, en este se busca saber cómo se implementan en la realidad prácticas de gobernanza participativa en empresas sociales. Para el logro de tal finalidad, la autora desarrolla una primera fase doctrinaria sobre el marco normativo aplicable a la gobernanza corporativa de empresas sociales, en especial en lo relacionado con la participación de grupos de interés, acompañada por un segundo momento empírico en el que se analiza la gobernanza participativa (involucrando a grupos de interés) de algunas empresas sociales seleccionadas:

En el estudio sobre empresas sociales se realiza una investigación sobre la implementación práctica de las provisiones legales que regulan los procesos organizacionales de toma de decisiones y de participación de grupos de interés en las estructuras de gobernanza social de las empresas. Ello se consigue mediante el desarrollo de un *estudio empírico cualitativo de casos* sobre empresas sociales que emplean formas jurídicas a la medida para empresas sociales en las jurisdicciones seleccionadas. (Argyrou, 2017, pp. 106-107, traducción propia y énfasis de la autora original)

En concreto, se trabajó con nueve empresas sociales (unidades de análisis), desperdigadas en diferentes regiones de tres países: Grecia, Bélgica y el Reino Unido. Como vemos, dentro de la tipología de Yin, estamos ante un estudio multicaso<sup>34</sup>. Por su parte, la recolección de data incluyó la revisión de documentos de las empresas (minutas de constitución, actas, organigramas, cartas, reportes fiscales, etc.), observación *in situ* a través de visitas a las empresas y entrevistas a

33 *Vid.* Porter y Kramer (2011).

34 Un ejemplo de estudio de caso con una sola unidad de análisis, pero sobre la misma temática es el ya citado de Colenbrander et al. (2017).

profundidad semiestructuradas. Algunas de las preguntas incluidas en las entrevistas versaban sobre cómo se toman las decisiones en la práctica, si se involucraba a los grupos de interés en este proceso, cómo se hacía y si existían mecanismos de rendición de cuentas ante grupos de interés (Argyrou, 2017, p. 110). Finalmente, se recurrió a un procedimiento de triangulación para la corroboración de la información recolectada mediante entrevistas.

En este artículo vemos que los estudios de caso pueden ser vías idóneas de acceso al universo práctico del derecho vivo, contrastando innovaciones legales con lo que ocurre, por ejemplo, en ámbitos organizacionales diversos. Para ello, sin embargo, el investigador deberá ser cuidadoso con la determinación de su unidad de análisis, el objeto de la investigación y las técnicas empleadas para la recopilación de data y su análisis.

### **5. Un amplio campo de investigación: el derecho empresarial**

Desde su consagración como un término de amplia usanza sociológica, a través de la obra de Pierre Bourdieu (2003) la noción de campo ha ganado en fama, pero ha perdido precisión en el camino<sup>35</sup>. Por ello, aquí emplearé el concepto con mucha libertad y sin pretender ser fiel al corpus teórico bourdieusiano. Tal como lo comprendo, el concepto de campo permite superar dos visiones antagónicas sobre la producción académica y científica: la armónica, que postula una comunidad científica completamente alineada hacia objetivos compartidos, y la bélica, que postula una pugna radical entre expertos que no comparten puntos de partida ni de llegada (Bourdieu, 2003, pp. 84 y ss.). Lo que tenemos, más bien, es un espacio de tensión en el que los científicos tienen varias cosas en común, tales como los objetivos generales del quehacer científico o su animadversión a formas de conocimiento que se alejan del ideal de racionalidad. También comparten instrumentos como las instituciones científicas, que articulan un espacio reglado para sus disputas. En este espacio se dan procesos de dominación temporal e intelectual, que son a la vez contestados por quienes en un momento dado no detentan poder. Finalmente, este espacio cuenta con una autonomía relativa y no está completamente sometido a designios de autoridades religiosas o políticas. Esta tensión es graficada por Bourdieu en los siguientes términos:

En realidad, el campo está sometido a presiones (exteriores) y lleno de tensiones, entendidas como fuerzas que actúan para descartar y separar las partes constitutivas de un cuerpo. Decir que el campo es relativamente autónomo respecto al universo social que lo rodea equivale a decir que el sistema de fuerzas que constituye la estructura del campo (tensión) es relativamente independiente de las fuerzas que se ejercen sobre el campo (presión). (Bourdieu, 2003, p. 87)

Son estas ideas, de tensión, pugna de intereses, pero a la vez valores y principios compartidos, sustrato institucional y autonomía relativa las que deseo

<sup>35</sup> En la misma línea, ver Martín Criado (2008).

rescatar en la idea de que la investigación en derecho empresarial se desenvuelve en un campo. En este interactúan académicos y profesionales que comparten ciertas premisas básicas, como la obediencia al derecho positivo, pero que discrepan sobre las finalidades de las políticas, las orientaciones regulatorias, las formas legítimas de investigar, las visiones económicas y sobre la libertad académica que permite la vida universitaria, entre otras cuestiones. Todo ello se desenvuelve en un ámbito en el que la figura del académico no siempre es claramente distinguible de la del profesional exitoso o el tomador de decisiones. Varios de los mejores especialistas en derecho de la competencia o tributario son a la vez funcionarios gubernamentales o abogados de importantes estudios y empresas.

El campo empresarial es, además, un espacio en el que las polaridades sobre el régimen constitucional económico encuentran su máxima expresión, y se canalizan en desencuentros sobre lo que se entiende como la finalidad principal de la actividad empresarial, de qué forma se debe conducir una economía y cuánta regulación es necesaria y suficiente. Finalmente, también existe un espacio de pugna sobre la penetración de los procesos de globalización jurídica frente a perspectivas más orientadas hacia el derecho nacional. Esconder estas pugnas no hace más que generar una falsa armonía en un espacio donde sería más fructífero explorar los confines de la discrepancia, que se da incluso entre líneas de investigación. Por todas estas razones, la investigación en derecho empresarial debería incorporar como parte de sus premisas teóricas la posibilidad de una discusión franca sobre las premisas básicas (ideológicas, filosóficas y económicas) que posibilitan el análisis, pues solo de esta forma, por ejemplo, podremos entender por qué sobre un mismo problema de protección al consumidor existen discrepancias tan grandes entre un adherente a los postulados de la economía austriaca y un nekeynesiano, o entre alguien que adhiere a un concepto de libertad negativa frente a uno más cercano a una noción de libertad positiva.

## 6. Conclusiones

La presente investigación ha buscado ofrecer un panorama amplio, informado y sistemático sobre la investigación en derecho empresarial, entendido este como un campo de enorme diversidad temática, metodológica y teórica. Hemos sostenido que en este escenario se puede emplear diversas aproximaciones de investigación que parten de la distinción entre investigación doctrinaria, interdisciplinaria y empírica. Al interior de cada uno de estos compartimientos, a la vez, podemos ubicar diversos modelos y enfoques, tales como los de la investigación exegética o interáreas para el caso de la doctrina; las orientaciones cualitativa, cuantitativa y mixta para el caso de la investigación jurídica empírica; y grados de mayor y menor penetración interdisciplinaria, que puede no, incluir un componente empírico. Finalmente, hemos articulado la noción de “enfoque teórico-metodológico” como el componente central de las bases teóricas de un marco teórico, espacio en el que se prescribe la necesidad de hacer explícitas las premisas del análisis, en especial

cuando este no recala en el doctrinarismo tradicional. Aquí se han ofrecido seis enfoques teórico-metodológicos consolidados a través de los años en el trabajo de las maestrías del área de Derecho y Empresa de la PUCP, pero el escenario está en constante cambio, como lo muestra el concepto dinámico de campo, con el que hemos concluido nuestro análisis.

## REFERENCIAS

- Aguiló, J. (2019). En defensa del Estado constitucional de derecho. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (42), 85-100. <https://doi.org/10.14198/DOXA2019.42.04>
- Alexy, R. (2003). On balancing and subsumption. A structural comparison. *Ratio Juris*, 16(4), 433-449. <https://doi.org/10.1046/j.0952-1917.2003.00244.x>
- Arce, E. (2022). *El Derecho como objeto de investigación. Enfoques metodológicos y técnicas de recolección de datos*. Palestra.
- Archenti, N. (2018). Estudio de caso/s. En: A. Marradi, N. Archenti, y J. I. Piovani (Auts.), *Manual de metodología de las ciencias sociales* (pp. 291-303). Siglo Veintinuno.
- Argyrou, A. (2017). Making the case for case studies in empirical legal research. *Utrecht Law Review*, 13(3), 95-113. DOI: 10.18352/ulr.409
- Arias-Schreiber, F.; Valdivieso, L. y Peña Jumpa, A. (2019). *La evaluación de las leyes en el Perú. El análisis costo-beneficio en el Congreso de la República*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Atienza, M. (2015). La dogmática jurídica como tecno-praxis. En: M. Carbonell, H. Fix-Fierro, L. González Pérez y D. Valadés (Coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria: estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, (Tomo VI, vol. 1, pp. 169-196). UNAM.
- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (2007). *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos* (4ª ed.). Ariel.
- Atienza, M. (1997). *Contribución a una teoría de la legislación*. Civitas.
- Atienza, M. (1992). Practical reason and legislation. *Ratio Juris*, 5(3), 269-287. <https://doi.org/10.1111/j.1467-9337.1992.tb00129.x>
- Ávila, H. (2011). *Teoría de los principios* (10ª ed. Trad. L. Criado Sánchez). Marcial Pons.
- Bourdieu, P. (2003). *El oficio de científico* (Trad. J. Jordá). Anagrama.
- Bullard, A. (2001). "La parábola del mal samaritano". Apuntes sobre la lesión en el derecho de contratos. *Themis. Revista de Derecho*, (43), 225-236. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11601>
- Bunge, M. (1999). *Las ciencias sociales en discusión: una perspectiva filosófica* (Trad. H. Pons). Editorial Sudamericana.

- Calabresi, G. (2016). *The future of Law and Economics*. Yale University Press.
- Castillo Córdova, L. (2018). *Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional* (3ª ed.). Gaceta Jurídica.
- Colenbrander, A.; Argyrou, A.; Lambooy, T. y Blomme, R. (2017). Inclusive governance in social enterprises in the Netherlands – a case study. *Annals of Public and Cooperative Economics*, 88(4), 543-566. <https://doi.org/10.1111/apce.12176>
- Daros, W. (2002). ¿Qué es un marco teórico? *Enfoques*, 14(1), 73-112. <https://www.redalyc.org/pdf/259/25914108.pdf>
- Dávila Philippon, S. (2012). ¿Cómo establecer sanciones óptimas para la disuasión de infracciones? *Revista de Economía y Derecho*, 9(35), 87-102. <https://revistas.upc.edu.pe/index.php/economia/article/view/346>
- Dul, J. y Hak, T. (2008). *Case study methodology in business research*. Butterworth-Heinemann.
- Eberle, E. (2011). The methodology of comparative law. *Roger Williams University Law Review*, 16(1), 51-72. [https://docs.rwu.edu/rwu\\_LR/vol16/iss1/2/](https://docs.rwu.edu/rwu_LR/vol16/iss1/2/)
- Ehrlich, E. (2017). *Fundamental principles of the sociology of law*. Routledge. (Trabajo original publicado en 1936)
- Epstein, L. y Martin, A. (2014). *An introduction to empirical legal research*. Oxford University Press.
- Farnsworth, W.; Guzior, D. & Malani, A. (2010). Ambiguity about ambiguity: an empirical inquiry into legal interpretation. *Journal of Legal Analysis*, 2(1), pp. 257-300. <https://doi.org/10.1093/jla/2.1.257>
- Fernández Flecha, M.; Urteaga, P. y Verona, A. (2015). *Guía de investigación en Derecho*. Vicerrectorado de Investigación de la Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://cdn02.pucp.education/investigacion/2016/06/16192021/Guia-de-Investigacion-en-Derecho.pdf>
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C. y Baptista Lucio, P. (2014). *Metodología de la investigación* (6ª ed.). McGraw Hill.
- Hong Chui, W. (2007). Quantitative legal research. En M. McConville y W. Hong Chui (Eds.), *Research methods for law* (pp. 46-68). Edinburgh University Press.
- Hutchinson, T. (2013). Doctrinal research: researching the jury. En D. Watkins y M. Burton (Eds.), *Research methods in Law* (2ª ed.) (pp. 8-39). Routledge.
- Jaluzot, B. (2005). Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective. *Revue internationale de droit comparé*, 57(1), 29-48.

- James, W. (1975). *Pragmatism: a new name for some old ways of thinking*. Harvard University Press. (Trabajo original publicado en 1907)
- Kealy, S. J., y Forney, A. (2018). The reliability of evidence in evidence-based legislation. *European Journal of Law Reform*, 20(1), 40-66. [https://scholarship.law.bu.edu/faculty\\_scholarship/2092/](https://scholarship.law.bu.edu/faculty_scholarship/2092/)
- Kelsen, H. (2009). *Teoría pura del derecho* (4ª ed., 9ª reimp.). Eudeba.
- Kresalja, B. y Ochoa, C. (2019). *Derecho constitucional económico*. Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Kleinheisterkamp, J. (2019). Development of comparative law in Latin America. En M. Reimann y R. Zimmermann (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (2ª ed.). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780198810230.013.9>
- Konzen, L. y Bordini, H. (2019). Sociology of law against legal dogmatics: revisiting the Ehrlich-Kelsen debate. *Revista Direito e Praxis*, 10(1), 303-334. <https://www.scielo.br/j/rdp/a/f8SZZ7j3vhrB6bFtqxnyLM/?format=pdf&lang=en>
- Landa, C. (2013). La constitucionalización del derecho peruano: A veinte años de la Constitución Política del Perú (1993). *Derecho PUCP*, (71), 13-36. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201302.001>
- Larenz, K. (2010). *Metodología de la Ciencia del Derecho* (2ª ed., 4ª reimp.). Ariel.
- Larozza, E. (1998). *Ley general de sociedades comentada*. Editora Normas Legales.
- Leeuw, F. y Schmeets, H. (2016). *Empirical legal research: A guidance book for lawyers, legislators and regulators*. Edward Elgar.
- Lois Estévez, J. (1956). Sobre el concepto de "naturaleza jurídica". *Anuario de filosofía del derecho*, (4), 159-182. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2057273>
- López Medina, D. (2009). *El derecho de los jueces* (2ª ed., 8ª reimp.). Universidad de los Andes – Legis.
- López Medina, D. (2017). *Cómo se construyen los derechos. Narrativas jurisprudenciales sobre orientación sexual* (1ª reimp.). Universidad de los Andes – Legis.
- Lozano Rodríguez, E. (2017). *Justicia tributaria: jurisprudencia tributaria del Consejo de Estado, 2005-2016*. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes.
- MacCormick, N. y Summers, R. (1997). Further general reflections and conclusions. En N. MacCormick y R. Summers (Eds.), *Interpreting precedents* (pp. 531-550). Routledge.

- Marradi, A. (2018). Tres aproximaciones a la ciencia. En: A. Marradi, N. Archenti, y J. Piovani (Auts.), *Manual de metodología de las ciencias sociales* (pp. 17-29). Siglo Veintinuno.
- Martín Criado, E. (2008). El concepto de campo como herramienta metodológica. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, (123), 11-33.
- Michaels, R. (2019). The functional method of comparative law. En M. Reimann, y R. Zimmermann (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (2ª ed., pp. 345-389). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oxford-hb/9780198810230.013.11>
- Niculescu, B. (2014). Multidisciplinarity, interdisciplinarity, and transdisciplinarity: similarities and differences. *RCC Perspectives*, (2), 19-26. <http://www.jstor.org/stable/26241230>
- Nissani, M. (1995). Fruits, salads, and smoothies: a working definition of interdisciplinarity. *Journal of Educational Thought*, 29(2), 121-128.
- OECD (2019). *Implementación del Análisis de Impacto Regulatorio en el Gobierno Central del Perú: Estudios de caso 2014-16*. OECD Publishing. <https://doi.org/10.1787/9789264305809-es>
- OECD (2017). *Behavioural Insights and Public Policy: Lessons from Around the World*. OECD Publishing. <https://doi.org/10.1787/9789264270480-en>
- Organización Internacional de Normalización. (2020). *ISO 31022:2020(E) – Risk management – Guidelines for the management of legal risk*. <https://www.iso.org/standard/69295.html>
- Palomino Orizano, J.; Peña Corahua, J.; Zevallos Ypanaqué, G. y Orizano Quevedo, L. (2015). *Metodología de la investigación. Guía para elaborar un proyecto en salud y educación*. Editorial San Marcos.
- Polinsky, M. y Shavell, S. (2007). The theory of public enforcement of law. En M. Polinsky y S. Shavell (Eds.), *Handbook of law and economics*, (vol. 1, pp. 403-450). North-Holland.
- Porter, M. y Kramer, M. (2011). Creating shared value. *Harvard Business Review*. <https://hbr.org/2011/01/the-big-idea-creating-shared-value>
- Posner, R. (1987). The decline of law as an autonomous discipline: 1962-1987. *Harvard Law Review*, (100), 761-780.
- Pineda Galarza, J. (2019). El tratamiento del riesgo legal en el sistema financiero en el Perú: el rol de los abogados en la gestión de riesgos. *Revista de Actualidad Mercantil*, (6), 122-141.

- Quintanilla, P. (2019). *La comprensión del otro. Explicación, interpretación y racionalidad*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ramos, J. (2018). Cómo se construye el marco teórico de la investigación. *Cadernos de Pesquisa*, 48(169), 830-854. <https://doi.org/10.1590/198053145177>
- Ramos Núñez, C. (1997). *El Código napoleónico y su recepción en América Latina*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ramos Núñez, C. (2007). *Cómo hacer una tesis en derecho y no envejecer en el intento* (4ª ed.). Gaceta Jurídica.
- Reaño Peschiera, J. (2016). La utilidad de los programas de criminal compliance para las empresas que operan en Perú. *THÊMIS – Revista de Derecho*, (68), 141-152.
- Reitz, J. (1998). How to do comparative law. *The American Journal of Comparative Law*, 46(4), 617-636. <https://www.jstor.org/stable/840981>
- Ross, A. (1976). *Tû-Tû*. Abeledo-Perrot.
- Saavedra, R. (2011). El método y el rol de la comparación jurídica. Observaciones en torno a su impacto en la mutación y en la adaptación jurídica. *Advocatus*, (25), 193-244. <https://doi.org/10.26439/advocatus2011.n025.395>
- Sautu, R. (2005). *Todo es teoría: objetivos y métodos de investigación*. Lumiere.
- Siems, M. (2009). The taxonomy of interdisciplinary legal research: finding the way out of the desert. *Journal of Commonwealth Law and Legal Education*, 7(1), 5-17. <https://doi.org/10.1080/14760400903195090>
- Somma, A. (2015). *Introducción al derecho comparado*. Universidad Carlos III de Madrid.
- Sotomayor, J. E. (2019). Una perspectiva crítica sobre el paso del Estado de derecho al Estado constitucional. *Pensamiento Constitucional*, (24), 197-231. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/22677>
- Sotomayor, J. E.; Marciani, B. y Cornejo, L. (2020). *Justicia, derecho y mercado: una investigación sobre el Análisis Económico del Derecho en el Perú*. Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Zela.
- Sotomayor, J. E. (2021a). Apuntes históricos, conceptuales y jurisprudenciales sobre el deber de motivación de las resoluciones judiciales. En E. Alvites (Coord.), *La constitución frente a la sociedad contemporánea. Treinta años de la Maestría en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú* (pp. 23-52). Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría

- Jurídica de la Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/176295/Texto%20completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Sotomayor, J. E. (2021b). *Argumentación jurídica. Una introducción*. Zela.
- Urra Medina, E.; Núñez Carrasco, R.; Retamal Valenzuela, C. y Jure Cares, L. (2014). Enfoques de estudio de casos en la investigación en enfermería. *Ciencia y Enfermería*, 20(1), 131-142. <http://dx.doi.org/10.4067/S0717-95532014000100012>
- Van Gestel, R. y Micklitz, H-W. (2011). Revitalizing doctrinal legal research in Europe: what about methodology? *European Institute Working Papers Law 2011/05*. [https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/16825/LAW\\_2011\\_05.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/16825/LAW_2011_05.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Véliz, C. (2014). *Estadística para la administración y los negocios* (2ª ed.). Pearson y Centrum PUCP.
- Villabella, C. M. (2020). Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones. En E. Cáceres Nieto (Coord.), *Pasos hacia una revolución en la enseñanza del derecho en el sistema romano-germánico*, (tomo 4, pp. 161-178). Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6226/22a.pdf>
- Vilca Ravelo, L. (2020). *La inspección del trabajo peruana desde el estudio de los “Principios de la OECD sobre políticas para la mejora de la aplicación y cumplimiento de la regulación”* [Tesis para optar por al grado de magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio institucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú. <http://hdl.handle.net/20.500.12404/19834>
- Vinx, L. (2007). *Hans Kelsen’s Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy*. Oxford University Press.
- Vranken, J. (2012). Exciting times for legal scholarship. *Law and Method*, 2(2), 42-62.
- Webley, L. (2016). Stumbling Blocks in Empirical Legal Research: Case Study Research. *Law and Method*. <https://doi.org/10.5553/REM/000020>
- Yin, R. (2003). *Case study research. Design and methods* (3ª ed.). Sage.



SE TERMINÓ DE DIAGRAMAR EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE

**TAREA ASOCIACIÓN GRÁFICA EDUCATIVA**

PASAJE MARÍA AUXILIADORA 156 - BREÑA

CORREO E.: [tareagrafica@tareagrafica.com](mailto:tareagrafica@tareagrafica.com)

PÁGINA WEB: [www.tareagrafica.com](http://www.tareagrafica.com)

TELÉFS.: 424-8104 / 424-3411

MAYO 2024 LIMA - PERÚ



ISBN: 978-612-49252-7-6



9 786124 925276