Año 14 - Número 25 - 2025

Indecopi

REVISTA

de la **Competencia** y la **Propiedad Intelectual**

Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual

Año 14 - Número 25 – 2025

Consejo Editorial:
Alberto Villanueva Eslava, presidente.
Ana María Pacón.
Carlos Manuel Adrianzén Cabrera.
Eugenia Mont Farfán.
Hugo Eyzaguirre del Sante.
Luis Manuel C. Méjan.
Olenka Woolcott Oyague.

Equipo Editorial:
Alfonso Armando Rivera Serrano.
Fernando Lucio Cieza Paredes.
Flavio Miguel Núñez Echaiz.
Jean Carlos Sánchez Campos.
José Fernández Llicán.
Wilder Fernando Ramírez Ventura.

Diseño y diagramación:
Oficina de Promoción y Difusión del Indecopi.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú
N.º 2005-8789
ISSN: 2075-4469

Copyright © 2025 Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (Indecopi).

Calle De la Prosa 104,
San Borja, Lima, Perú.
Teléfono: (51-1) 224-7800
Sitio web: www.gob.pe/Indecopi

La información contenida en este documento puede ser reproducida parcialmente mencionando los créditos y las fuentes de origen respectivas.

Indecopi adopta en sus textos la terminología clásica del masculino genérico para referirse a hombres y mujeres. Este recurso busca dar uniformidad, fluidez y sencillez para la lectura del documento.

No disminuye de modo alguno el compromiso institucional en materia de equidad de género.

Las ideas, afirmaciones y opiniones expresadas por el autor son de su exclusiva responsabilidad y no necesariamente reflejan las opiniones del Indecopi.

ÍNDICE

Pág. 4

REGULACIÓN CONTRA LA ELUSIÓN DE DERECHOS ANTIDUMPING Y ANÁLISIS DEL PRIMER CASO RESUELTO EN EL PERÚ

ENRIQUE MIGUEL CHÁVEZ BARDALES

Pág. 35

LO MEJOR DE DOS MUNDOS: LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EN LA PREVENCIÓN Y DETECCIÓN DE PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS

ALEJANDRA GRICEL GUILLÉN LAZO

JASMIN MARYCIELO ROJAS CANALES

Pág. 66

EL *ASTROTURFING* COMO ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL: ¿LAS RESEÑAS ENCUBIERTAS O FALSAS PUEDEN DISTORSIONAR EL MERCADO?

ALEX SOSA

Pág. 92

COSTOS DE *ENFORCEMENT* REGULATORIO Y ASIMETRIA DE INFORMACIÓN

GONZALO RUIZ DIAZ

Pág. 111

¿PUEDE UNA SOCIEDAD DE GESTIÓN COLECTIVA COBRAR TARIFAS DIFERENCIADAS A LOS CABLEOPERADORES?: LA RESPUESTA DADA POR LA CORTE ANDINA A LA LUZ DE LAS LEYES ANDINAS DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA Y DE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS

HUGO R. GÓMEZ APAC

Pág. 140

TRANSFORMACIÓN DIGITAL Y EXPERIENCIA DEL USUARIO EN LA BANCA MÓVIL: APROXIMACIÓN EXPLORATORIA EN LIMA METROPOLITANA (2023)

FIORELLA ROSARIO PAREDES SIPÁN

REGULACIÓN CONTRA LA ELUSIÓN DE DERECHOS ANTIDUMPING Y ANÁLISIS DEL PRIMER CASO RESUELTO EN EL PERÚ

Enrique Miguel Chávez Bardales [1]
Comisión de Dumping, Subsidios y Eliminación de Barreras Comerciales No Arancelarias

Resumen:

El artículo analiza la problemática de la elusión de derechos antidumping, con especial énfasis en la novedosa regulación peruana diseñada para contrarrestar las distorsiones generadas por dichas maniobras y su puesta en práctica en el primer caso resuelto por el Indecopi. Su objetivo es evaluar los desafíos que enfrenta la autoridad investigadora para identificar y sancionar estas prácticas, considerando la ausencia de un marco legal multilateral que uniformice los criterios de aplicación. La metodología empleada combina el análisis normativo a nivel del derecho comparado y nacional, así como el estudio del caso.

Asimismo, se estudia el primer caso resuelto en el país, relacionado con la importación de cierres provenientes de Malasia y Taiwán. Los resultados muestran que la autoridad peruana aplicó acertadamente los criterios contenidos en la ley, preservando la eficacia de los derechos antidumping ante los intentos elusivos examinados. Como conclusión, se destaca la importancia de fortalecer los mecanismos de fiscalización para evitar que estas estrategias socaven las medidas correctivas, en un contexto internacional donde el redireccionamiento de exportaciones hacia mercados como el peruano es inminente debido a las actuales políticas proteccionistas de Estados Unidos, que han desatado una guerra comercial que afectará los flujos comerciales a nivel mundial.

Palabras clave: *Elusión; Derecho antidumping; Organización Mundial del Comercio.*

1 Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Postgrado en Derecho Empresarial en la Universidad de Bologna, Italia. Máster en Derecho del Comercio Internacional por la Universidad de Liverpool, Inglaterra. En el Indecopi se desempeña como abogado en la Comisión de Dumping, Subsidios y Eliminación de Barreras Comerciales No Arancelarias.

Correo electrónico: chavez.enrique@gmail.com

1. INTRODUCCIÓN

Las investigaciones sobre prácticas de elusión de derechos antidumping han ido adquiriendo gran relevancia en el comercio internacional. En la Unión Europea, estas investigaciones han permitido fortalecer la efectividad de las medidas de defensa comercial, evitando que empresas extranjeras eludan el pago de derechos a través de estrategias tradicionales como el desvío de comercio, introducción de modificaciones menores en los productos afectos, el ensamblaje simple en terceros países o la elaboración de tácticas cada vez más complejas y difíciles de detectar. De otro lado, surge la preocupación por parte de los exportadores ante el temor de que la normativa antielusión se esté convirtiendo en una herramienta que esconde políticas proteccionistas que afecten su presencia en los mercados internacionales. De hecho, en 2023 la Unión Europea tenía 120 medidas antidumping en vigor, las cuales se extendieron cerca del 30 % debido a investigaciones antielusión (Comisión Europea, 2024).

Aunque la Organización Mundial del Comercio (OMC) no cuenta con una normativa multilateral específica para combatir la elusión de derechos antidumping, cada vez son más los países que han incorporado regulaciones internas para abordar esta problemática y cautelar la efectividad de sus medidas de defensa comercial. En línea con esta tendencia, en 2020 el Perú adoptó la Ley Antielusión con el objetivo de contrarrestar eficazmente las distorsiones generadas por estas conductas evasoras, cuya puesta en práctica se dio en 2023, con el primer caso peruano resuelto bajo este nuevo marco legal, poniendo a prueba la capacidad de la autoridad investigadora nacional para la aplicación rigurosa y eficaz de la misma.

Este artículo analiza la elusión de derechos antidumping desde una perspectiva normativa y práctica. En primer lugar, se examinan las nociones generales del dumping y del derecho antidumping, abordando las principales características de su regulación en la OMC y el derecho nacional. Luego, se aborda el concepto de elusión, describiendo su origen y las principales modalidades utilizadas para esquivar el pago de los derechos antidumping, así como la importancia de diferenciarla de la desviación de comercio legítimo.

Posteriormente, se hace un recorrido por la evolución de la regulación antielusión en la legislación pionera de la Unión Europea y Estados Unidos y los intentos fallidos por generar consensos en el campo multilateral de la OMC. Luego, se analiza la legislación peruana sobre el tema, destacando los principales aspectos de la Ley Antielusión y los criterios utilizados para determinar la existencia de prácticas elusivas.

Finalmente, se examina el primer caso resuelto en el Perú bajo esta nueva regulación, que involucró la importación de cierres de cremallera desde Malasia y Taiwán. Se analizan los elementos clave que permitieron acertadamente a la autoridad investigadora nacional identificar la práctica elusiva y extender los derechos antidumping vigentes sobre dicho producto. El estudio concluye resaltando la importancia de la normativa antielusión y los desafíos que enfrenta la autoridad investigadora para garantizar la efectividad de las medidas de defensa comercial.

2. DUMPING: NOCIONES GENERALES

En su origen etimológico, la palabra dumping proviene del verbo inglés "to dump", que significa volcar, arrojar en grandes cantidades o vaciar de golpe (Saldaña, 2013). No obstante, en el contexto económico el término hace referencia a una práctica de discriminación de precios (Vermulst, 2008), en la que un producto se vende en el mercado extranjero a un precio distinto al de su mercado interno. En particular, lo característico de esta práctica es que el precio de exportación es más bajo que el valor normal del producto en el mercado interno del país de exportación. El hecho de que el producto se arroje en grandes volúmenes o de golpe no constituye un aspecto fundamental del concepto (Chávez, 2011).

De otro lado, no cualquier empresa puede sostenidamente efectuar prácticas de dumping. Para Saldaña (2013), tres condiciones viabilizan dicha estrategia comercial en mercados internacionales: (i) la presencia de un exportador con poder monopólico en su mercado interno; (ii) una curva de demanda más elástica en el mercado de exportación que en su mercado interno; y, (iii) características geográficas y costo de flete independientes en el mercado de exportación y el interno. En ese contexto, Müller et al. (2009) destacan la importancia de los mercados segregados, argumentando que los beneficios obtenidos por los exportadores en sus mercados internos, restringidos por barreras comerciales, les permiten fijar precios de dumping en sus exportaciones, con el fin de ganar cuota de mercado en los países importadores y aumentar así sus economías de escala.

Aun cuando en la normativa internacional sobre la materia no hay una definición de la práctica de dumping[2], puede entenderse los elementos que la componen. Así, esta práctica se configura cuando una empresa exportadora establece un precio de venta para un producto en mercados extranjeros que es inferior al precio fijado para el mismo producto en su mercado de origen. En otras palabras, se trata de una estrategia empresarial en la que un producto se comercializa a un precio más bajo en el extranjero, causando beneficios inmediatos para el comprador foráneo, en la medida que adquiere bienes a un precio más barato que el ofrecido por la competencia. Ello a la vez podría generar perjuicios significativos a los productores de un producto similar en el país de importación, en tanto podrían verse desplazados por la presencia del producto extranjero.

En el ámbito normativo peruano, la regulación de tales prácticas se encuentra conformada por el Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (en adelante, el Acuerdo Antidumping) y el Decreto Supremo N.° 006-2003-PCM, modificado por Decretos Supremos N° 004-2009-PCM y 136-2020-PCM (en adelante, el Reglamento Antidumping).

Es importante subrayar que, aunque puedan generar distorsiones en los mercados, las prácticas de dumping no están prohibidas, ya que estas son llevadas a cabo por empresas, las cuales no están directamente sujetas a las normas establecidas en los acuerdos de la OMC.

2 GATT de 1994, Artículo VI. Derechos antidumping y derechos compensatorios

1. Las partes contratantes reconocen que el dumping, que permite la introducción de los productos de un país en el mercado de otro país a un precio inferior a su valor normal, es condenable cuando causa o amenaza causar un daño importante a una rama de producción existente de una parte contratante o si retrasa de manera importante la creación de una rama de producción nacional. (...)

Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (Acuerdo Antidumping). Artículo 2 Determinación de la existencia de dumping.

2.1 A los efectos del presente Acuerdo, se considera que un producto es objeto de dumping, es decir, que se introduce en el mercado de otro país a un precio inferior a su valor normal, cuando el precio de exportación al exportarse de un país a otro sea menor que el precio comparable, en el curso de operaciones comerciales normales, de un producto similar destinado al consumo en el país exportador.

De otra parte, quienes critican las prácticas dumping suelen centrarse en sus posibles impactos económicos negativos en el país importador. Específicamente, los efectos adversos tienden a recaer sobre los productores locales que fabrican un producto similar al que es objeto de dumping. Sin embargo, también existen otros *stakeholders* en el país de importación que se ven favorecidos por estas prácticas. Así, los consumidores, junto con los usuarios iniciales del producto ingresado a precios de dumping, suelen beneficiarse directamente al acceder a mercancías más económicas, lo que les permite destinar el ahorro generado a otras necesidades. Así las cosas, este escenario evidencia un *trade-off* entre los beneficios obtenidos por estos grupos y las consecuencias adversas sobre los productores nacionales. No obstante, como señala Tharakan (2000), al tratarse de un sector considerado políticamente más delicado, la prioridad de las acciones contra el dumping ha estado más vinculada a la tutela de los productores nacionales. Ello debido a que se pone en riesgo la pérdida de empleo, la reducción de la producción nacional y hasta la eventual quiebra de las empresas domésticas, lo que podría tener efectos devastadores en la economía local (Yu, 2008).

2.1 El derecho antidumping como respuesta al dumping

Si bien el dumping no constituye una práctica prohibida, los acuerdos de la OMC establecen un marco regulatorio para las acciones que los miembros de la organización pueden adoptar en caso las importaciones a precios dumping causen un daño o amenacen causar daño o un retraso sensible a la creación de una rama de producción nacional (en adelante, RPN) de bienes similares en el país de importación. En ese sentido, surge la posibilidad de imponer medidas correctivas (derechos antidumping) con el fin de neutralizar los efectos negativos de las importaciones objeto de dumping y recuperar los niveles de competencia justa en el mercado del país importador.

Conforme a la normativa vigente, la autoridad investigadora del país de importación (en el caso peruano la Comisión de Dumping, Subsidios y Eliminación de Barreras Comerciales No Arancelarias del Indecopi -en adelante, la Comisión-)[3] solo puede imponer derechos antidumping si en un procedimiento de investigación determina: (i) la existencia de importaciones objeto de dumping (ii) el daño a la industria nacional; y, (iii) el nexo causal entre las importaciones objeto de dumping y el daño a la industria nacional.

Para determinar la existencia de dumping, deben analizarse tres elementos: (i) el precio de exportación; (ii) el valor normal; y, (iii) el margen de dumping. El precio de exportación corresponde al precio fijado en la transacción internacional que queda reflejado en la factura comercial. El valor normal es el precio pagado o por pagar por un producto similar al exportado, destinado al consumo en el mercado interno del país de origen, bajo condiciones comerciales normales. El margen de dumping se calcula como la diferencia entre el valor normal y el precio de exportación. Si el precio de exportación es inferior al valor normal, esa diferencia constituye el margen de dumping.

Con relación al daño, este se traduce en una afectación a la competencia leal entre productores nacionales y extranjeros, desincentivando la competitividad en el mercado del país de importación. La normativa de la OMC establece que, para evaluar el daño[4], es necesario considerar una serie de factores e indicadores económicos relevantes que afecten la situación de la RPN del país importador que fabrica un producto similar al que es objeto de dumping. Entre estos factores, se incluyen, de manera no exhaustiva, aspectos como la producción, las ventas, la cuota de mercado y las ganancias. También se deben tener en cuenta otros indicadores económicos y financieros, tales como la productividad, las inversiones, el aprovechamiento de la capacidad instalada y los niveles de inventarios.

3 La Comisión actúa como primera instancia administrativa en el procedimiento de investigación, mientras que la Sala Especializada en Defensa de la Competencia interviene como instancia revisora.

4 Para el caso de amenaza de daño, el Acuerdo Antidumping establece que se debe llevar a cabo un análisis prospectivo. Este examen implica evaluar el posible aumento de las importaciones objeto de dumping, la capacidad exportadora del país denunciado, el impacto que los precios de dumping podrían tener sobre los precios del producto nacional, y, finalmente, el nivel de inventarios del producto en cuestión. Al respecto, ver artículo 3.7 del Acuerdo Antidumping. Cabe señalar que el Acuerdo Antidumping no incluye disposiciones detalladas para evaluar la existencia de un retraso en el establecimiento de una industria nacional.

Para determinar la relación causal, es necesario probar que las importaciones objeto de dumping son responsables de causar un daño importante a la RPN del país importador. Con este propósito, deben analizarse también todos aquellos otros factores distintos a las importaciones en cuestión que, a su vez, estén generando un daño importante a la industria local. Ello, con la finalidad de atribuir correctamente el daño causado por las importaciones objeto de dumping[5].

En el supuesto que se verifique el cumplimiento de los tres elementos antes mencionados (dumping, daño y relación causal), la autoridad nacional puede imponer un derecho antidumping sobre las importaciones del producto investigado, cuyas características y origen están claramente determinadas en la resolución definitiva[6].

5 Acuerdo Antidumping. Determinación de la existencia de daño. Artículo 3

3.5 (...) La demostración de una relación causal entre las importaciones objeto de dumping y el daño a la rama de producción nacional se basará en un examen de todas las pruebas pertinentes de que dispongan las autoridades. Éstas examinarán también cualesquiera otros factores de que tengan conocimiento, distintos de las importaciones objeto de dumping, que al mismo tiempo perjudiquen a la rama de producción nacional, y los daños causados por esos otros factores no se habrán de atribuir a las importaciones objeto de dumping. Entre los factores que pueden ser pertinentes a este respecto figuran el volumen y los precios de las importaciones no vendidas a precios de dumping, la contracción de la demanda o variaciones de la estructura del consumo, las prácticas comerciales restrictivas de los productores extranjeros y nacionales y la competencia entre unos y otros, la evolución de la tecnología y los resultados de la actividad exportadora y la productividad de la rama de producción nacional. (...)

Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (Acuerdo Antidumping). Artículo 2 Determinación de la existencia de dumping.

2.1 A los efectos del presente Acuerdo, se considera que un producto es objeto de dumping, es decir, que se introduce en el mercado de otro país a un precio inferior a su valor normal, cuando el precio de exportación al exportarse de un país a otro sea menor que el precio comparable, en el curso de operaciones comerciales normales, de un producto similar destinado al consumo en el país exportador. (...)

6 En dicha resolución también se indican, de modo referencial, las subpartidas arancelarias por las que ingresa el producto afecto al derecho impuesto.

Asimismo, el monto del derecho antidumping se fija en un nivel que puede ser inferior o igual a la totalidad del margen de dumping[7]. En ningún caso la medida correctiva puede ser mayor al margen de dumping[8]. Cabe destacar que la autoridad investigadora determina derechos antidumping individuales para las empresas exportadoras que han presentado información completa y cuyo margen de dumping ha podido ser calculado[9]. Para las demás, se aplica un margen residual equivalente al margen de dumping más alto calculado entre aquellas con margen individual[10]. En ese sentido, los derechos antidumping establecidos pueden variar en cuantía para cada uno de los exportadores investigados.

En cuanto al plazo de vigencia de los derechos antidumping que la autoridad investigadora decida imponer, cabe precisar que estos deben mantenerse únicamente durante el período necesario para neutralizar el perjuicio sufrido por la industria nacional, no pudiendo superar el límite máximo de cinco años, estipulado en el Acuerdo Antidumping. Sin embargo, es posible extender la duración de la medida correctiva, pudiéndose renovar por períodos adicionales de hasta cinco años. Estas renovaciones pueden repetirse indefinidamente, siempre que se concluya en un análisis prospectivo que la eliminación de la medida podría provocar la continuación o repetición del dumping y del daño a la industria nacional[11]. Para ello, el Acuerdo Antidumping establece mecanismos de revisión de los derechos antidumping que se ventilan a través de dos distintos procedimientos de examen[12].

7 Cabe precisar que el artículo 5.8 del Acuerdo Antidumping señala que en ningún caso se podrán aplicar derechos antidumping si el margen del dumping no supera el 2 %.

8 La imposición de un derecho superior al margen de dumping constituiría una medida evidentemente proteccionista, en la medida en que se establecerían barreras comerciales que no guardan correspondencia con la distorsión real causada en el mercado por la práctica del dumping.

9 Acuerdo Antidumping. Artículo 6. Pruebas

(...)
6.10 Por regla general, las autoridades determinarán el margen de dumping que corresponda a cada exportador o productor interesado del producto sujeto a investigación de que se tenga conocimiento.
(...).

10 Cabe indicar que esta práctica administrativa adoptada por la Comisión constituye un criterio también empleado por otras autoridades investigadoras, como la de China y la Unión Europea.

11 Nada impide que los Miembros de la OMC fijen plazos más cortos. Un ejemplo de ello es la reciente modificación legislativa en Argentina, donde la vigencia máxima de los derechos antidumping se ha limitado a tres años, con una única posibilidad de renovación por un período adicional de dos años (Decreto N° 33, 2025).

12 Los artículos 59 y 60 del Reglamento Antidumping contemplan el marco regulatorio del procedimiento de examen por cambio de circunstancias y el procedimiento de examen por expiración de medidas (“sunset review”).

3. ELUSIÓN: NOCIONES GENERALES

Conforme a Cabanellas (2006), eludir consiste en evitar mediante artificios y sutilezas los efectos adversos o perjudiciales. La elusión es un término que ha encontrado aplicación en diversas áreas del derecho tales como el derecho penal y el derecho tributario.

Para la materia que nos ocupa, la práctica elusiva apuntaría al interés que tendrían los exportadores e importadores del producto afecto a derechos antidumping, de escapar del alcance de los derechos impuestos[13]. Ello, debido a que la medida correctiva añade un costo adicional a la importación del referido producto, lo cual reduce su competitividad en el mercado frente a la oferta de productos similares, fabricados por terceros productores, incluyendo la industria nacional del país de importación. En ese escenario, no resulta extraño que los agentes económicos afectados por la imposición de los derechos antidumping se vean tentados a realizar prácticas elusivas con la finalidad de mantenerse en el mercado sin pagar los derechos correspondientes.

De otro lado, las prácticas elusivas pueden tener un impacto negativo con relación a la efectividad de las medidas adoptadas por el país importador. En efecto, a través de la elusión los productos afectos seguirán ingresando y comercializándose en el país de importación sin pagar derechos, debilitando así los objetivos de la medida correctiva adoptada para contrarrestar la práctica comercial desleal (Holems, 1995) que afecta a los productores locales.

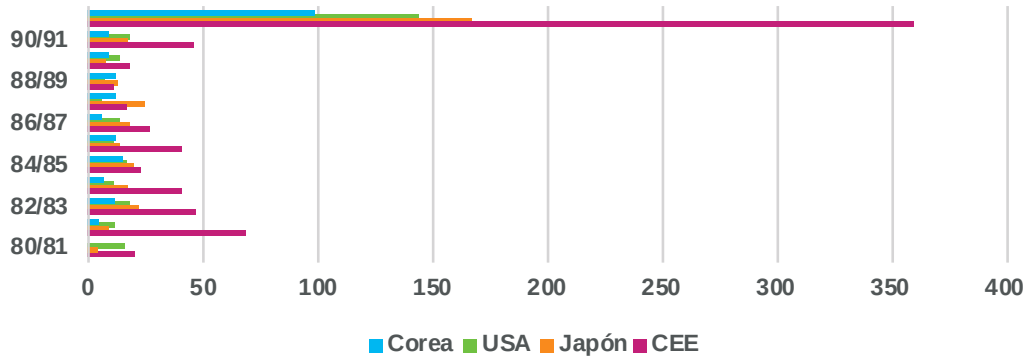
13 No es poco frecuente encontrar en sitios web extranjeros a diversos agentes económicos que ofrecen servicios a los importadores de productos sujetos a derechos antidumping, con el propósito de evadir las medidas correctivas establecidas. Al respecto, en noviembre de 2010, Ron Wyden, senador por el estado de Oregon en Estados Unidos, presentó un informe que describe la dimensión de la industria dedicada a eludir medidas de defensa comercial. En él, se describe la creación de una empresa ficticia en los Estados Unidos, así como de su perfil empresarial en el portal web de compras chino Alibaba, con la intensión de identificar empresas extranjeras dispuestas a eludir medidas vigentes en los Estados Unidos. Al cabo de dos semanas, se contactaron a más de un centenar de empresas exportadoras, de las cuales diez confirmaron estar dispuestas a eludir derechos antidumping impuestos sobre productos tales como brochas, clavos de acero, resortes, tubos y útiles escolares. (United States Senate, 2010).

3.1 Origen de las prácticas elusivas

Como resultado de las reducciones arancelarias aplicadas a los productos industriales negociadas en el marco del GATT, en 1980 los países desarrollados alcanzaron niveles cercanos al 4 % (Organización Mundial del Comercio, 2007). Dicha circunstancia, contribuyó a la creciente expansión de las exportaciones de productos asociados a la industria automotriz y electrónica de origen japonés y coreano en los mercados internacionales, principalmente Estados Unidos y la Comunidad Europea (actual Unión Europea) (Zang y Baimbridge, 2012).

Para contrarrestar dichas importaciones, Estados Unidos y la Comunidad Europea optaron por proteger su mercado interno a través de medidas de defensa comercial que afectaban principalmente las exportaciones de Japón y Corea. Efectivamente, conforme se aprecia en la figura 1, en la década de 1980 dichos países asiáticos estuvieron entre los más perjudicados por medidas antidumping, acumulando 167 y 199 investigaciones en su contra, respectivamente.

Figura 1: investigaciones antidumping por país denunciado (1980-1990)



Fuente: Montuschi (1992)

Así, el creciente número de medidas antidumping que afectaban las exportaciones, motivó que surgieran las primeras prácticas elusivas, diseñadas por las empresas japonesas y coreanas con la finalidad de preservar su acceso a los mercados de Estados Unidos y la Comunidad Europea.

En efecto, tras la imposición de derechos antidumping, principalmente sobre las importaciones de productos electrónicos, tales como máquinas de escribir y fotocopiadoras, las empresas coreanas y japonesas afectadas optaron por eludir el pago de derechos adoptando por primera vez la modalidad elusiva conocida como *screwdriver assembly* o montaje con destornillador. El plan consistió en realizar inversiones directas, mediante el establecimiento de plantas ensambladoras en Estados Unidos y la Comunidad Europea para productos afectos a medidas antidumping. Luego, estas empresas exportaban a dichos mercados las partes y componentes de los productos afectados, donde se llevaban a cabo el montaje y la fabricación del producto final, similar al que estaba sujeto a derechos. De esta manera, el producto era comercializado en esos mercados sin pagar derechos antidumping[14]. Debido a que la importación de las partes y componentes no se encontraba afecta a las medidas de defensa comercial impuestas, esta maniobra les facilitaba eludir el pago de derechos con un gasto mínimo, puesto que la inversión en las plantas ensambladoras no era significativa (Van Bael y Bellis, 1996), ni involucraba altos niveles de empleo ni de transferencia tecnológica (Müller et al., 2009).

14 En 1988, la autoridad europea extendió las medidas antidumping vigentes sobre las importaciones de fotocopiadoras de origen japonés a las fotocopiadoras de papel montadas en la Comunidad Europea por las empresas Konica, Matushita y Toshiba. En dicha oportunidad se comprobó que el valor medio ponderado de las piezas japonesas para todos los modelos producidos por las filiales europeas de las empresas niponas Konica, Matushita y Toshiba era de 99%, 98% y 70%, respectivamente. (Reglamento CEE) N° 3205, 1988).

3.2 Modalidades de elusión

Las modalidades o artificios más recurrentes de prácticas elusivas abarcan básicamente tres formas[15].

Modalidad I:

Elusión mediante la importación de componentes o piezas del producto afectado.

Corresponde a la primera modalidad desarrollada por Japón y Corea en los años 80 que se explicó líneas arriba. Es decir, se realiza la exportación de piezas o componentes individuales de un producto hacia un país que ya ha establecido derechos antidumping sobre el producto final correspondiente. Una vez en el país de destino, estos componentes son ensamblados para formar el producto terminado. En este caso, los derechos antidumping no se aplican, ya que las partes o componentes, al no cumplir con la definición de "producto similar", quedan fuera del alcance de las medidas restrictivas[16].

Modalidad II:

Elusión mediante modificaciones no sustanciales.

El producto eludido es elaborado con modificaciones menores que no afectan las características físicas esenciales del producto objeto de medidas antidumping. La modificación así realizada es tal que el producto es clasificado bajo una sub partida arancelaria que no se encuentra dentro del alcance del derecho impuesto. Dicho supuesto podría consistir en el modo en el cual el producto sujeto a derechos es presentado a los consumidores (Ostoni 2005)[17].

Modalidad III:

Elusión mediante la importación del producto desde un país no afecto.

El producto sujeto a medidas es enviado a un tercer país que no está afectado por dichas restricciones, para luego ser reexportado al mercado que impuso las medidas. En este proceso, el producto se declara como si fuera originario de ese tercer país, eludiendo así los derechos aplicables. Este esquema se sustenta en la utilización de documentación que oculta el origen real del producto, simulando que su origen corresponde al país intermediario. De esta manera, se evita el pago de los derechos antidumping, burlando los controles comerciales establecidos y aprovechando las ventajas de terceros países no afectados por las medidas restrictivas[18].

15 Cabe señalar que el ingenio elusivo va adoptando estrategias más elaboradas que las mencionadas. La Comisión Europea advierte en su informe de 2023, que las empresas evasoras están recurriendo a procesos de montaje que requieren cierto nivel de actividad industrial, alterando la naturaleza del producto, sin que el valor añadido a los bienes finales sea relevante. (Comisión Europea, 2024). Cuadragésimo segundo informe anual de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre las actividades antidumping, antisubvenciones y de salvaguardia de la UE y el uso de instrumentos de defensa comercial por terceros países en relación con la Unión en 2023.

16 En 1997, la autoridad europea extendió las medidas antidumping vigentes sobre las importaciones de bicicletas de origen chino a las importaciones de piezas esenciales de bicicleta también de dicho país (que incluyen, entre otros, cambios de marcha, piñones, frenos, palancas de freno y ruedas). En dicha oportunidad, se constató que determinados proveedores chinos efectuaron envíos de las piezas destinadas al mismo ensamblador en varios contenedores, en fechas distintas y hasta se descargaron en puertos diferentes. Bajo este esquema las piezas que se importaron se clasificaron en subpartidas distintas a la que estaba sujeta a medidas. (Reglamento (CE) N° 71, 1997).

17 En 2003, la autoridad europea extendió las medidas antidumping vigentes sobre las importaciones de determinados óxidos de zinc de origen chino a las importaciones de determinados óxidos de zinc mezclados con sílice originarias también de dicho país. En dicha oportunidad se consideró que la mezcla de óxidos de zinc con sílice (la cual ingresaba al mercado europeo bajo una subpartida arancelaria distinta a la del producto afecto) no alteraba las características físicas y químicas básicas del producto sujeto a medidas, debido a que los óxidos de zinc mantienen su estructura molecular y sus propiedades químicas intactas. (Reglamento (CE) N° 1623, 2003).

18 En 2011, la autoridad europea extendió las medidas antidumping vigentes sobre las importaciones de biodiésel originario de los Estados Unidos de América a las importaciones de procedentes de Canadá. En dicha oportunidad se consideró que los derechos vigentes sobre el producto estadounidense se eludían mediante el tránsito por Canadá. (Reglamento de Ejecución (UE) N° 444, 2011).

3.3 Costos asociados a la elusión y posibilidad de detección

Ahora bien, como veremos a continuación, cada una de estas típicas modalidades elusivas enfrenta costos diferenciados para su puesta en práctica. Estos costos, junto con el grado de posibilidad de ser detectadas por las autoridades del país importador, constituyen factores clave al momento de evaluar la alternativa más eficiente y menos riesgosa en la planificación empresarial.

A primera vista, la modalidad II parece ser la opción que generaría menores costos para las empresas. Esto se debe a que, si las modificaciones realizadas en el proceso productivo para diferenciar el producto final del eludido son de menor alcance, es probable que el gasto asociado a dichas modificaciones sea mínimo, lo que resulta especialmente atractivo desde una perspectiva económica. De otro lado, la posibilidad de que esta modalidad elusiva sea detectada dependerá del grado de diferenciación logrado mediante las modificaciones introducidas al producto. En la medida en que dichas modificaciones sean mínimas, resulta altamente probable que las autoridades del país importador determinen que ambos productos sean similares y, en consecuencia, extiendan la aplicación del derecho antidumping al producto modificado.

La modalidad III implica asumir los costos asociados al transporte internacional, debido a que su estrategia se basa en desviar la ruta hacia países intermediarios antes de ingresar al mercado sujeto a medidas correctivas. Además, deben considerarse los costos logísticos, como el almacenaje, que surgen en cada puerto de tránsito utilizado, incrementando así el gasto total necesario para implementar esta táctica elusiva. En cuanto a las posibilidades de detección, no será suficiente realizar un análisis de similitud, ya que la procedencia de un tercer país diferente al sujeto a medidas requerirá, adicionalmente, una evaluación más detallada para determinar el verdadero origen del producto importado.

De otro lado, la modalidad I supone asumir mayores costos que las descritas previamente. Esto se debe a que el traslado o creación de plantas ensambladoras en un país diferente para completar el armado del producto, empleando partes y piezas importadas del país sujeto a medidas, involucra una inversión directa en activos que suele ser significativamente mayor. En contraposición, las posibilidades de detección parecen ser más reducidas en comparación con las modalidades II y III. Así, a primera vista, el producto importado empleado para la elusión (partes y piezas) es claramente distinto del bien sujeto a medidas, por lo que el análisis de similitud brinda pocas luces para destapar la estrategia. Asimismo, se necesitará una verificación del origen de las partes y piezas, evaluando su incidencia respecto de aquellas que no provienen del país sujeto a medidas. Este análisis debe establecer y corroborar la contribución de dichas partes y piezas en la elaboración del producto final. Además, una vez ensamblado el producto final, se requerirá un análisis de similitud con aquél sujeto a derechos antidumping.

En síntesis, el recurso a la elusión se convierte en una alternativa a considerar, caso por caso, cuando los costos y riesgos asociados a las modalidades antes descritas son inferiores a los costos de importación incrementados por la imposición de las medidas correctivas.

3.4 Elusión y desviación del comercio

La imposición de derechos antidumping sobre productos específicos puede generar desviación del comercio, un fenómeno que no necesariamente está vinculado a prácticas elusivas. Por esta razón, es crucial distinguir claramente entre ambos conceptos, ya que en ciertos casos tienden a superponerse.

En efecto, sin el propósito de eludir las medidas antidumping, las empresas pueden optar por ajustar sus estrategias comerciales para adaptarse al nuevo escenario tales como la evolución de la tecnología, los cambios en las preferencias de los consumidores y los cambios en los costes relativos (OMC, 2007, TN/RL/W/213)[19]. Este fenómeno refleja cómo las medidas impuestas afectan los flujos comerciales internacionales y modifican las dinámicas de importación y exportación sin que haya necesariamente intenciones evasivas de los remedios antidumping.

Uno de los tipos de desviación del comercio se presenta desde la perspectiva de los importadores. Cuando los productos de un país se encarecen debido a la imposición de derechos antidumping, los importadores buscan fuentes alternativas de abastecimiento que no estén sujetas a estos derechos. En este contexto, los importadores pueden cambiar de proveedor, optando por productos similares provenientes de países no gravados por las medidas, siempre que los precios sean más competitivos. Nouwen (2019), respaldado por evidencia empírica presentada por Krupp y Pollard en el sector químico de los Estados Unidos, ilustra el caso hipotético tras la imposición de medidas por parte de Argentina contra las importaciones de un producto de origen brasileño. Como reacción al aumento de los costos por la medida correctiva, se incrementarán las importaciones de un producto similar desde Chile o Colombia al ser alternativas más económicas. También es posible afirmar que, desde la perspectiva de los proveedores chilenos y colombianos, no afectados por los derechos impuestos, la implementación de las medidas correctivas facilita su acceso al mercado argentino: este mercado se torna más atractivo debido al incremento de los costos de acceso para sus competidores brasileños.

A la inversa, la desviación de los flujos comerciales también puede mostrarse desde la perspectiva de los exportadores del país afectado por las medidas de defensa comercial. Una posible respuesta a estas restricciones es la búsqueda de nuevos mercados exentos de tales barreras, motivada por la intención de satisfacer la demanda insatisfecha en destinos alternativos. Siguiendo el ejemplo de Nouwen (2019), apoyado en estudios realizados por Bown y Cowley sobre las exportaciones japonesas a Estados Unidos, luego de la imposición de medidas antidumping, los exportadores brasileños reducirán sus exportaciones del producto afecto hacia Argentina, y buscarán terceros mercados no sujetos a medidas correctivas (como Chile o Colombia). Asimismo, es posible sostener en ese escenario que, debido a que parte de la producción chilena y colombiana se destina a Argentina, se haya generado una demanda interna insatisfecha en dichos mercados que lo hacen atractivo a los exportadores brasileños.

Dado el cambio en el patrón de comercio que podría generarse por la imposición de derechos antidumping, resulta fundamental distinguir entre una legítima desviación de comercio y las maniobras elusivas que socavan la finalidad correctiva de dichas medidas. Para ello, la normativa antielusión debe proporcionar herramientas adecuadas a la autoridad investigadora para evitar extender indebidamente las medidas antidumping a importaciones que respondan a una desviación comercial legítima. En este contexto, determinar el verdadero origen de las mercancías importadas es un aspecto clave para diferenciar ambas conductas empresariales.

19 Dentro de los proyectos de textos refundidos del Acuerdo Antidumping presentados por el Grupo de Negociación de Normas de la OMC en noviembre de 2007, se mencionan como factores económicos o comerciales no relacionados con el derecho antidumping impuesto, la evolución de la tecnología, los cambios en las preferencias de los consumidores y los cambios en los costes relativos. Al respecto, consultar TN/RL/W/213 del 30 de noviembre de 2007.

3.5 Normas de origen y elusión de derechos antidumping

La normativa nacional sobre el origen no preferencial de mercancías sujetas a medidas de defensa comercial se encuentra contenida en dos reglamentos que asignan competencias diferenciadas al Mincetur y a la Sunat para la determinación del origen de una mercancía en las etapas previa, concurrente y posterior a su nacionalización: el reglamento de resoluciones anticipadas[20] y el reglamento de control del origen[21].

El reglamento de resoluciones anticipadas señala que el importador puede solicitar al Mincetur una resolución anticipada de origen no preferencial para determinar el origen de una mercancía previa a su importación. Para ello, el importador debe proporcionar información sobre la mercancía, su país de producción, materiales y proceso productivo. En caso dicha información se considere secreto comercial que no se desea compartir, el exportador puede enviarla directamente al Mincetur quien en 90 días hábiles emite una resolución.

Por su parte, de acuerdo al Reglamento de Control de Origen, la Sunat es la autoridad competente para determinar el origen de mercancías sujetas a derechos antidumping durante el despacho aduanero o después de la nacionalización de las mercancías importadas. En caso se identifiquen al menos dos indicadores de riesgo en la declaración de origen que podrían estar sujetas a medidas antidumping[22], la Sunat tiene la facultad de iniciar un procedimiento de verificación. En dicho procedimiento, el importador debe presentar documentación que acredite el origen del producto, la cual es evaluada según los criterios establecidos en una Resolución Ministerial del Mincetur[23],

20 Decreto Supremo N° 014-2021-MINCETUR.

21 Decreto Supremo N° 005-2011-MINCETUR.

22 REGLAMENTO DE CONTROL DE ORIGEN, Artículo 6.- **Indicadores de riesgo**
Se considera que existe un indicador de riesgo cuando:

a) El valor declarado de la mercancía es menor que el valor normal más alto establecido en las Resoluciones del órgano competente del Indecopi, aplicables a la mercancía;

b) La mercancía no presenta signos ni elementos que permitan identificar el país de origen;

c) La descripción arancelaria de la mercancía es susceptible de ser utilizada para evitar el pago de una medida de defensa comercial;

d) La mercancía procede de una zona franca o de un país distinto al país de origen declarado;

e) El Importador ha sido sancionado con resolución firme o consentida por declarar incorrectamente el origen de la mercancía, dentro de los dos (2) años anteriores al momento de la evaluación;

f) La información relativa al origen declarado de la mercancía no es consistente o no guarda relación con la información con la que cuenta la SUNAT; o

g) El importador es una persona jurídica con una antigüedad menor a un (1) año de constitución o el importador no ha realizado al menos una importación en los últimos doce (12) meses.

23 REGLAMENTO DE CONTROL DE ORIGEN, Artículo 9.- **Reglas de Origen Aplicables**
Para la determinación del origen de las mercancías a que se refiere el numeral 1.1 del artículo 1, son de aplicación los criterios de origen específicos aprobados a tal efecto mediante Resolución Ministerial del Sector Comercio Exterior y Turismo.

tras lo cual la Sunat emite una resolución en un plazo de 90 días. En este punto, resulta preocupante que, a la fecha, de los diez productos sujetos a medidas de defensa comercial en Perú (INDECOPI 2024)[24], solo dos cuenten con criterios de origen aprobados por Mincetur (Resolución Ministerial N° 074, 2007 y Resolución Ministerial N° 076, 2006)[25]. Esta situación dificulta la labor de la Sunat, que requiere de estos criterios para llevar a cabo un control adecuado y oportuno del origen de las mercancías. La falta de precisión de este aspecto puede generar riesgos de elusión y afectar la protección de la industria nacional.

Como se observa, las resoluciones anticipadas de origen a cargo de Mincetur se emiten a solicitud del importador, mientras que el control concurrente o posterior del origen de las mercancías queda a discreción de la autoridad aduanera.

24 Al respecto, ver https://www.gob.pe/institucion/indecopi/informes-publicaciones/5818186-derechos-antidumping-y-compensatorios-vigentes.

25 Los dos únicos productos con criterios de origen aprobados por Mincetur son: tejidos planos de ligamento tafetán, popelina poliéster/algodón (mezclas de cualquier composición), estampados, crudos, blanqueados, teñidos o con hilados de diferentes colores, de ancho igual o superior a 2.2 metros, cuyo gramaje esté comprendido entre 50 gr/m2 a 250 gr/m2, y determinado tipo de calzado (excepto chalas y sandalias) con la parte superior de caucho o plástico y cuero natural. Dichos criterios de origen fueron aprobados mediante Resolución Ministerial N° 074-2007-MINCETUR-DM y N° 076-2006-MINCETUR-DM, respectivamente.

4. NORMATIVA ANTIELUSIÓN

Desde finales de la década de 1980, la Unión Europea y los Estados Unidos implementaron en su legislación interna disposiciones específicas dirigidas a neutralizar las prácticas comerciales que buscaban escapar al pago de derechos antidumping.

En el caso de la Unión Europea, el Reglamento CEE Nº 1761 de 1987 se ocupó exclusivamente de las operaciones de ensamblaje dentro de su territorio, realizadas por empresas vinculadas a productores extranjeros cuyos productos estaban sujetos a medidas de defensa comercial. En particular, se podían extender los derechos vigentes a los productos ensamblados dentro de la Unión Europea, siempre que el valor de las partes o componentes empleados en el montaje originarios del país sujeto a medidas supere el valor de todas las demás partes y componentes utilizadas por lo menos en un 50 %.

En los Estados Unidos, se incluyó un listado mayor de modalidades elusivas que no estaban previstas en la pionera legislación europea (H.R. 4848, 1988). Así, se contempló el supuesto de operaciones de ensamblaje efectuado en terceros países, que utilizaban partes y componentes originarios de países sujetos a medidas correctivas. En caso el ensamblaje se realizaba con una cantidad significativa de partes y componentes importados y tenía como objetivo evitar estos derechos, las autoridades norteamericanas podían extender los derechos vigentes a los productos finales. Además, se incluyó la modalidad elusiva consistente en la importación de productos sujetos a medidas a los que se efectuaron ligeras modificaciones previo a su ingreso al mercado norteamericano y, por tal razón, eran clasificados bajo una subpartida arancelaria distinta que no estaba sujeto a derechos. Adicionalmente, se incorporaron disposiciones destinadas a controlar los casos de elusión mediante operaciones de transbordo a través de terceros países, en los que los productos sujetos a medidas eran enviados desde un país intermediario para ocultar su verdadero origen y evitar el pago de los derechos establecidos.

La normativa de la Unión Europea y de los Estados Unidos ha sido objeto de posteriores modificaciones a lo largo del tiempo, con el propósito de perfeccionar su marco regulatorio y llenar las lagunas legales que podrían ser aprovechadas por el ingenio creativo de las empresas para evitar el pago de derechos antidumping.

Como era previsible, la regulación de la Unión Europea y los Estados Unidos ha trascendido sus fronteras, influyendo en el desarrollo normativo de otros países. En Latinoamérica, por ejemplo, países como Colombia, México, Argentina, Brasil y Panamá han adoptado regulaciones inspiradas en estos estándares internacionales. En otros continentes China, Turquía, India, Pakistán, Federación Rusa, Sudáfrica y Australia también se han sumado a la tendencia por regular en sus derechos internos, mecanismos que controlen la efectividad de las medidas de defensa comercial que pueden verse debilitados por las conductas elusivas.

Por otro lado, en el plano multilateral, los primeros intentos reguladores contra las prácticas elusivas surgieron en el marco de las negociaciones de la Ronda Uruguay. En dicho contexto destaca el borrador presentado en 1991 por Arthur Dunkel, director general del GATT, que incluía en el artículo 12 una disposición aislada sobre el tema. El texto contemplaba exclusivamente la extensión de las medidas antidumping vigentes, a las operaciones de ensamblaje y terminación de partes y componentes en el país del importador por una empresa vinculada o que actúa en nombre de un productor exportador, sujeto a derechos antidumping (GATT Secretariat, 1991); es decir, la modalidad I antes descrita.

La propuesta de Dunkel generó controversia en diversos frentes. Así, fue criticada por los Estados Unidos al considerar que también debía incluirse la extensión de los derechos antidumping a los casos que ya estaban contemplados en su legislación nacional (por ejemplo, cuando el ensamblaje o terminado de partes y piezas ocurría en terceros países), mientras que Japón y Corea, entre otros, consideraban innecesario incorporar disposiciones antielusión (Stewart, 1993).

Ante la trascendencia del asunto y la dificultad de llegar a una fórmula consensuada, los Miembros de la naciente OMC adoptaron una decisión, refiriendo el tema al Comité de Prácticas Anti-Dumping establecido en el artículo 16 del Acuerdo Antidumping. El mencionado Comité creó un Grupo Informal sobre Antielusión con la finalidad de facilitar la discusión y formular recomendaciones sobre el tema. Posteriormente, con el lanzamiento de la Ronda de Doha en 2001, la OMC incluyó dentro de los mandatos de negociación el Acuerdo Antidumping, con el propósito de aclarar y mejorar las disciplinas previstas en el mismo (UNCTAD, 2006). A la fecha, no se han producido avances significativos en el marco de las negociaciones, siendo sintomático que en el documento de texto refundido de 2008 se reconozca, ante la abierta discrepancia de planteamientos de los Miembros de la OMC, la ausencia de una base para proponer soluciones de transacción en materia de antielusión (OMC, 2008).

4.1 Normativa peruana

En el Perú, el Reglamento Antidumping incluye en su artículo 58 una disposición específica para abordar la elusión, recogiendo la modalidad consistente en la importación de partes, piezas o componentes procedentes del país de origen del producto final afecto con derechos antidumping. Esta disposición aplica cuando existen indicios de que dichas importaciones tienen como propósito evitar la aplicación de los derechos antidumping establecidos sobre el producto final.

Posteriormente, a finales de 2020 se incorpora a la normativa nacional la Ley Nº 31089 (en adelante, Ley Antielusión), que enfrenta las prácticas de elusión de derechos antidumping y compensatorios, con la finalidad de combatir dichas prácticas y neutralizar eficazmente las distorsiones que generan[26].

4.2 Definición de la práctica elusiva

La Ley Antielusión adopta en el artículo 2 una definición de la práctica elusiva, considerándola como toda aquella circunstancia que implique un cambio en el patrón de las importaciones, con el propósito de evadir el pago de los derechos que fueron fijados para corregir las distorsiones en el mercado y que, además, causen perjuicio a la RPN[27].

26 Ley Nº 31089, publicada en el diario oficial El Peruano el 12 de diciembre de 2020.

27 Ley Antielusión. Artículo 2. Definición de práctica de elusión
La práctica de elusión es toda aquella circunstancia que implique un cambio en el patrón de importaciones, con la finalidad de evadir o evitar el pago de los derechos antidumping o compensatorios que fueron impuestos para corregir las distorsiones en el mercado, y que perjudiquen la rama de producción nacional.

La definición adoptada en la ley recoge, en esencia, los elementos característicos de las prácticas elusivas que están presentes en otras legislaciones. No obstante, el último componente, relativo al perjuicio que la elusión causa a la RPN, podría generar dificultades en su interpretación y aplicación al caso concreto[28]. Cabe señalar que dicho aspecto no estaba considerado en la iniciativa legislativa original, sino que fue incorporado de manera posterior en su última etapa de aprobación. A continuación, analizaremos cómo se integró este elemento en el texto final de la ley.

28 Al respecto, nótese que la normativa europea, en su definición de elusión, establece de manera disyuntiva que se puede considerar el perjuicio o el socavamiento de los efectos correctivos del derecho, en relación con los precios y/o las cantidades del producto similar. Es decir, el examen del perjuicio funciona como un elemento distinto del socavamiento de los efectos con relación a los precios o cantidades del producto similar. En varios casos resueltos por la autoridad investigadora europea, se ha interpretado que basta con que la autoridad identifique uno de los tres elementos mencionados en su análisis.

Reglamento (UE) 2016/1036. Artículo 13. Elusión

1. (...) Se entenderá que existe elusión cuando se produzca un cambio de características del comercio entre terceros países y la Unión o entre empresas individuales del país sujeto a las medidas y la Unión, derivado de una práctica, proceso o trabajo para el que no exista una causa o una justificación económica adecuadas distintas del establecimiento del derecho, y haya pruebas del perjuicio o de que se están burlando los efectos correctores del derecho por lo que respecta a los precios y/o las cantidades del producto similar y existan pruebas de dumping en relación con los precios normales previamente establecidos para los productos similares (...)

La historia legislativa de la Ley Antielusión, se inicia con el proyecto de ley del congresista Miguel Castro, presentado en mayo de 2018. En dicho proyecto, no se incluía como parte de la definición el requisito de que la práctica elusiva cause perjuicio a la RPN. Posteriormente, uno de los aspectos observados al proyecto por el Poder Ejecutivo fue la amplitud de la definición de elusión. En atención a ello, en abril de 2019, el Congreso presentó el dictamen de insistencia recaído en la autógrafa observada, precisando que la definición omitía partir del concepto de dumping para poder definir cómo es que se está eludiendo el pago de los derechos antidumping. En particular, se señaló que, debido a que el derecho antidumping se aplica a razón del daño en la RPN, causado por el dumping, el concepto de elusión debe incluir la situación de daño de las medidas elusivas para tener una definición más exacta que la indicada en la autógrafa[29]. Así, dicho dictamen incorporó la parte final de la definición contenida en la Ley Antielusión[30].

29 En efecto, en el dictamen se señaló "La definición de prácticas elusivas, son observadas en la medida que para el Ejecutivo significa una definición amplia; sin embargo, se hace énfasis a que se trata de distorsiones en el patrón de importaciones cuyo resultado sea la evasión del pago de derechos antidumping que, de no haberse practicado tal variación al proceso normal de importación, habría traído como consecuencia la aplicación del impuesto debido.
Sin embargo, la definición de prácticas elusivas contenida en la autógrafa omite partir del concepto de dumping para poder definir cómo es que se está eludiendo el pago de derechos. Para esto, se tiene que considerar que el antidumping es una multa que se aplica por el perjuicio económico en un sector de la industria nacional por llegar al mercado nacional en situación de ventaja, y por eso sus precios son más bajos y dejan sin posibilidades de competencia a los nacionales. Por tanto, el concepto debe incluir la situación de daño y causa directa de las medidas que se describen enunciativamente, para poder tener una definición más exacta a la definición más exacta a la que se ha indicado en la autógrafa" (...) https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Expvirt_2011.nsf/didpley/45C974DA6134F3A-805258291007CAE2F

30 Dictamen de insistencia de fecha 9 de abril de 2019, aprobado por la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos.

https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Expvirt_2011.nsf/didpley/45C974DA6134F3A-805258291007CAE2F

4.3 Elementos que configuran la elusión

Como cláusula general, el último párrafo del artículo 4 de la Ley Antielusión establece que la elusión se configura a partir de la concurrencia de tres elementos fundamentales:

Un cambio en el patrón de comercio entre un tercer país o territorio aduanero y el Perú, o entre el país o territorio aduanero sujeto a derechos y el Perú, o entre empresas individuales del país o territorio aduanero sujeto a derechos y el Perú. Cabe recordar que este factor, por sí solo, no debe ser suficiente para determinar la existencia de una conducta elusiva. Como se analizó anteriormente, los cambios en el patrón de comercio pueden ser el resultado de una estrategia empresarial legítima. Sin perjuicio de ello, las tres hipótesis previstas en la normativa pueden ilustrarse con los siguientes ejemplos, partiendo del supuesto de que Perú ha impuesto medidas a las importaciones de barras de acero originarias de China: un aumento significativo en las importaciones de barras provenientes de Brasil; una disminución notable en las importaciones de barras procedentes de China; un incremento en las importaciones de barras con un espesor ligeramente superior o inferior al que está sujeto a las medidas impuestas; un aumento considerable en las importaciones de barras originarias de China, específicamente de un proveedor al que se le asignó un derecho antidumping individual más bajo que el establecido para otros proveedores incursos en prácticas de dumping.

Inexistencia de justificación económica para el cambio en el patrón de comercio, distinta del establecimiento del derecho. Este elemento requiere que el cambio en el flujo comercial esté motivado exclusivamente por el propósito de evitar el pago de las medidas impuestas. Un criterio útil para su análisis es examinar la línea de tiempo de la investigación que dio lugar a la imposición de los derechos antidumping. De este modo, se puede evaluar si el cambio en el patrón de comercio coincide con fechas clave, como el inicio del procedimiento, la imposición de derechos provisionales o la aplicación de derechos definitivos. Parece claro que, si el referido cambio ocurre mucho antes del inicio de la investigación, no sería posible inferir una práctica evasiva.

Por otro lado, la prueba del origen verdadero de las mercancías adquiere una importancia crucial en este contexto. Por ejemplo, un aumento repentino en las importaciones procedentes de un tercer país, tras la imposición de derechos antidumping podría interpretarse como una reacción legítima de los competidores, orientada a ocupar la cuota de mercado dejada por las importaciones sujetas a dichas medidas. En el escenario descrito en el punto (i) anterior, el incremento de las importaciones de barras de acero de origen brasileño hacia Perú podría justificarse desde una perspectiva económica, sin que dicho cambio en el patrón de comercio revele necesariamente un propósito elusivo, dado que las barras originarias de Brasil están exentas de las medidas impuestas.

Que la práctica elusoria tenga un impacto negativo sobre los efectos correctores de los derechos impuestos en lo referido tanto a los precios como a las cantidades del producto importado afecto al derecho antidumping. Con este elemento queda claro que en los procedimientos por elusión, el análisis del impacto en la efectividad de la medida antidumping se limita a los precios y cantidades del producto importado sujeto a derechos. Se entiende que la razón de ello se debe a que el objetivo de una práctica elusiva es seguir ingresando productos sujetos a medidas sin pagar el derecho antidumping correspondiente, por lo que el análisis de la investigación antielusión se centra en determinar si dicha práctica socava el propósito de la medida impuesta; esto es, corregir la distorsión en el mercado generada por la práctica desleal a través de la medida de defensa comercial.

En cuanto al examen del precio, como se detalla más adelante, se compara el precio de las importaciones sujetas a investigación por elusión con aquél considerado en la investigación original[31]. Respecto a los volúmenes de importación, la data examinada en el cambio de flujos de comercio es tomada en consideración.

En este punto cabe resaltar la diferencia con la legislación de la Unión Europea, según la cual el análisis del impacto de la práctica elusiva sobre la efectividad de la medida correctiva puede hacerse con relación a los precios y/o las cantidades del producto similar; es decir, no es necesario que ambos factores deban ser examinados. En el caso peruano, la Ley Antielusión obliga a la autoridad investigadora a considerar necesariamente ambos.

De otro lado, resulta llamativo que, a pesar de que el artículo 2 de la Ley define la elusión como una acción que debe causar daño a la RPN, no se hayan establecido los criterios necesarios para realizar dicho análisis. Consideramos que el daño mencionado en la definición no equivale al análisis requerido para evaluar la disminución de los efectos correctivos de la medida en términos de precios y cantidades del producto importado. Estos conceptos son claramente distintos, como lo demuestra la normativa de la Unión Europea, que los consigna como alternativos en el artículo 13.1 de su Reglamento. En efecto, este dispositivo señala que, para determinar la existencia de elusión, se deben aportar pruebas del perjuicio o del menoscabo de los efectos correctivos del derecho[32]. Al respecto, no está claro si la normativa peruana podría interpretarse en el sentido de exigir, además de la evaluación del socavamiento de los efectos de la medida correctiva en términos de precio y volumen de importaciones, un análisis adicional sobre el daño a la RPN. Esto implicaría examinar los indicadores de daño que, de manera habitual, se consideran en una investigación antidumping, garantizando un enfoque más integral en la evaluación del impacto de la elusión.

31 Al respecto, podría evaluarse si el precio se puede ajustar debido al aumento en los costos de las materias primas, insumos y materiales auxiliares, los costos de venta y de producción. En un caso visto en la Unión Europea se optó por ajustar el precio debido al desfase de siete años en los costos entre la investigación original y el examen por elusión (Reglamento de Ejecución (UE) Nº 205,2013).

32 En 2020, la autoridad europea restableció el derecho antidumping definitivo impuesto sobre las importaciones de determinados elementos de fijación de hierro o acero originarios de China para las importaciones de determinados elementos de fijación de hierro o acero procedentes de Malasia. En dicho asunto, ante el cuestionamiento formulado por un importador holandés, Eurobolt, la autoridad de la Unión Europea señaló que los requisitos mencionados en el artículo 13.1 del Reglamento Antidumping no son acumulativos, por lo que, tras haberse evaluado la neutralización de los efectos correctores del derecho antidumping, no era necesario ni existía obligación legal de reevaluar o reutilizar los datos relativos al perjuicio recogidos en la investigación original en relación con las importaciones de determinados elementos de fijación de hierro o acero procedentes de China (Reglamento de Ejecución (UE) Nº 2020/611, 2020).

4.4 Modalidades elusivas enunciadas en la Ley

El artículo 4 de la Ley Antielusión establece una lista enunciativa de las cinco principales conductas elusivas, destacando la inclusión de una cláusula bisagra que abarca cualquier otra acción destinada a eludir el cumplimiento del pago de un derecho correctivo. En síntesis, las modalidades consideradas son (i) la importación de piezas, partes o componentes provenientes del país de origen del producto final sujeto a derechos, con el objeto de ensamblar o acabar el producto en el Perú; (ii) la importación de un producto ensamblado o acabado en un tercer país o territorio aduanero con piezas, partes o componentes originarios del país sujeto a derechos; (iii) la importación de un producto sujeto a derechos, con modificaciones o alteraciones menores que no impliquen un cambio en sus características esenciales; (iv) la reorganización de canales de ventas a fin de que un producto sujeto a derechos se importe a través de productores o exportadores beneficiados con un tipo de derecho individual inferior, o a los cuales no se les haya aplicado derechos; y (v) la importación de un producto sujeto a derechos sin que se haya demostrado conforme a la normativa de la materia, que tiene un origen distinto al del país o territorio aduanero de las importaciones afectas a derechos.

4.5 Aspectos clave para ampliar los derechos a las prácticas elusivas

Conforme a lo dispuesto en la Ley Antielusión y el Reglamento Antidumping, la autoridad investigadora evalúa cuatro puntos fundamentales para determinar si procede ampliar los derechos vigentes a las importaciones del producto sujeto a examen de elusión. Estos aspectos se alinean con los requisitos establecidos en el artículo 5 de la Ley Antielusión, los cuales debe cumplir una solicitud de inicio de examen.

Así, se debe determinar (i) la existencia de cambios en las características del comercio; (ii) la existencia de la modalidad de elusión; (iii) la existencia de una repercusión negativa sobre los efectos correctores de las medidas antidumping vigentes, en lo que respecta a los precios y cantidades del producto importado sujeto a derechos; y, (iv) determinar si el producto objeto de prácticas elusivas se exporta al Perú a precios inferiores al valor normal fijado en la investigación original[33].

Habiendo descrito en términos generales el marco legal vigente que regula las investigaciones en materia de elusión, en el siguiente acápite se describirán los principales aspectos considerados en el primer caso, resuelto por la Comisión bajo la nueva normativa antielusión.

33 Sobre este punto, debe quedar claro que, en una investigación por elusión, no se calcula el margen de dumping bajo los parámetros de una investigación original. En ese sentido, no busca calcular un margen de dumping actual sino verificar si la conducta elusiva está socavando los efectos de las medidas impuestas.

5. EL PRIMER CASO PERUANO

El 14 de julio de 2023, se publicó en el diario oficial "El Peruano la Resolución N° 056-2023/CDB-INDECOPI, mediante la cual la Comisión resolvió en primera instancia administrativa el primer procedimiento contra prácticas elusivas de derechos antidumping en el Perú, desarrollado en el marco de la Ley Antielusión. Dicho acto administrativo fue confirmado en segunda instancia por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Indecopi (en adelante, la Sala) mediante Resolución N° 0082-2024/SDC-INDECOPI, publicada en el diario oficial "El Peruano el 19 de junio de 2024.

5.1 Inicio de investigación

El 09 de marzo de 2022, la empresa Corporación Rey S.A. (en adelante, **Corporación Rey**), solicitó el inicio de un procedimiento de examen por prácticas de elusión de los derechos antidumping definitivos impuestos mediante Resolución N° 293-2021/CDB-INDECOPI[34], sobre las importaciones de cierres de cremallera y sus partes (en adelante, **cierres**) originarios de la República Popular China (en adelante, **China**), en el marco de la Ley Antielusión.

En su solicitud Corporación Rey sostuvo que, desde la aplicación de las medidas antidumping, se produjo un cambio en los flujos de comercio de las importaciones peruanas de cierres de China, Malasia y Taiwán, con el propósito de eludir o evitar el pago de los derechos vigentes sobre el producto de origen chino.

Cabe señalar que, pese a que inmediatamente iniciado el procedimiento la Comisión remitió los cuestionarios a las empresas productoras y/o exportadoras conocidas de cierres originarios de China, así como a aquellas de Malasia y Taiwán que realizaron envíos a Perú, ninguna respondió al cuestionario.

Ante la falta de cooperación por parte de los productores y/o exportadores extranjeros, debe destacarse que la Comisión también requirió a los importadores nacionales que soliciten a sus proveedores de Malasia y Taiwán información pertinente que permita comprobar el origen de los cierres producidos por dichas empresas. Los importadores señalaron que lo solicitado estaba fuera de su alcance dado que dicha información es reservada para sus proveedores quienes no están obligados a suministrarla. Como se aprecia, la falta de cooperación tanto de exportadores como de importadores dificultó la verificación del verdadero origen de los cierres importados, lo que habría sido un elemento probatorio contundente para resolver sobre la extensión de los derechos vigentes.

34 Dicha Resolución fue publicada en el diario oficial El Peruano el 17 de diciembre de 2021, y fue confirmada por la Sala mediante Resolución N° 017-2023/SDC-INDECOPI, publicada el 11 de marzo de 2023. Cabe señalar que, en el marco de la investigación original mediante Resolución N° 205-2021/CDB-INDECOPI publicada en el diario oficial "El Peruano" el 14 de julio de 2021, la Comisión dispuso aplicar derechos antidumping provisionales a las importaciones de cierres y sus partes chinos por un período de seis (06) meses.

5.2 Análisis de similitud

Durante la investigación la Comisión consideró que el producto eludido, consistente en cierres de origen chino eran similares a los provenientes de Malasia y Taiwán. Ello, como consecuencia de haber corroborado que ambos productos tienen las mismas características físicas, son elaborados con las mismas materias primas, tienen el mismo uso y se comercializan por los mismos canales de distribución, además de ingresar al Perú bajo las mismas subpartidas arancelarias. Esta constatación se basó en información pública obtenida de la base de importaciones, así como del registro de contribuyentes que administra la Sunat, lo cual no fue materia de cuestionamiento por las partes apersonadas.

5.3 Elementos considerados

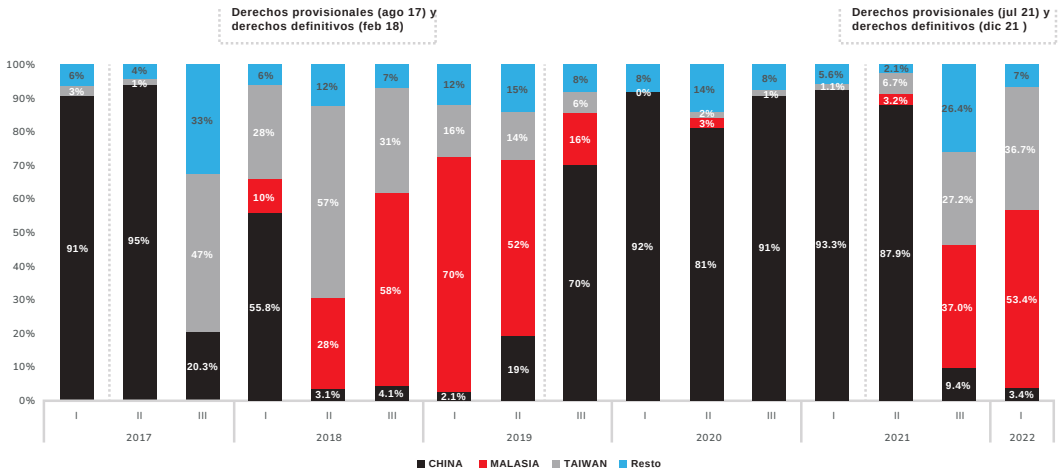
Tanto la Comisión como la Sala coincidieron en que, en los procedimientos por prácticas elusivas de derechos, deben evaluarse cuatro aspectos esenciales para determinar si corresponde extender los derechos vigentes a los productos sujetos a examen, los cuales fueron mencionados anteriormente.

(i) Cambio en el patrón de comercio

En este contexto, corresponde evaluar si ha ocurrido una desviación del comercio debido a la aplicación de los derechos vigentes sobre los cierres chinos, los cuales, a partir de julio de 2021, estaban sujetos a derechos provisionales. En esa dirección, el análisis del cambio en el flujo de comercio realizado por la Comisión y confirmado por la Sala, verificó que a partir de la imposición de derechos antidumping provisionales se produjo un cambio sustantivo en los envíos de cierres de China, Malasia y Taiwán con destino al Perú.

Conforme se aprecia en la figura 2, durante los dos primeros cuatrimestres de 2021 en los que no se encontraban vigentes medidas antidumping sobre las importaciones de China, los cierres procedentes de Taiwán representaron apenas el 1 % y 6 % del total importado, respectivamente, mientras que los de Malasia constituyeron el 0 % y el 3 %. Por el contrario, en dicho periodo los envíos procedentes de China concentraron largamente la mayor proporción del volumen importado al Perú con el 93 % y el 87 %.

Figura 2: Participación de las importaciones peruanas de cierres (enero de 2017 – diciembre de 2021)



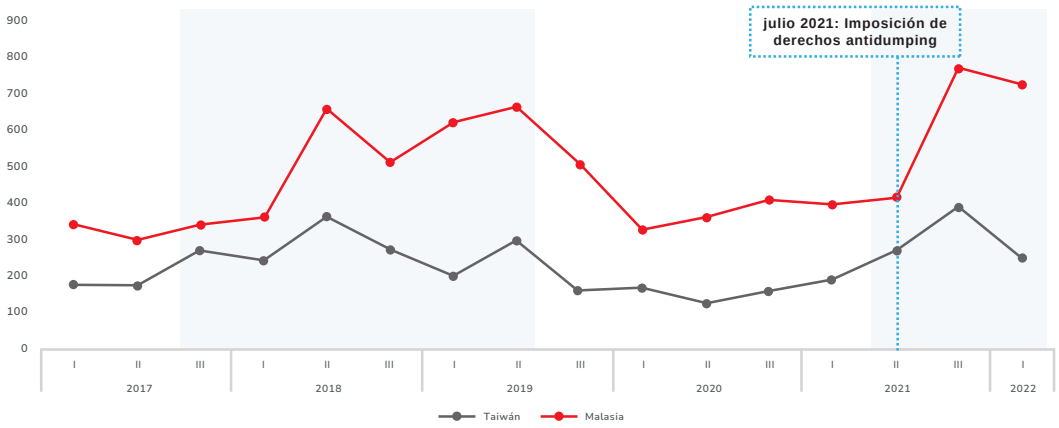
Fuente: SUNAT
Elaboración: ST-CDB/INDECOPI

Nótese en la misma figura 2, cómo se produce un transbase significativo del flujo de importaciones de cierres durante el último cuatrimestre de 2021 y el primer cuatrimestre de 2022. Así, el volumen de cierres procedentes de Malasia representó el 37 % y el 53 %, mientras que los de Taiwán alcanzaron el 27 % y el 36 %, respectivamente. En contraposición, las importaciones de cierres procedentes de China disminuyeron radicalmente al concentrar el 9 % y el 3 %[35].

El análisis de desviación de comercio se completa cuando se examinaron las exportaciones de cierres de China hacia Taiwán y Malasia, evidenciándose un incremento sustancial de envíos, coincidente con la fecha de imposición de derechos antidumping en el Perú (julio de 2021) sobre las importaciones de cierres de origen chino.

En efecto, como se evidencia en la figura 3, durante el segundo y tercer cuatrimestre de 2021 los envíos de cierres chinos hacia Malasia aumentan 5 % y 85 %, mientras que los destinados a Taiwán crecen en 41 % y 43 %, respectivamente.

Figura 3: Exportaciones de cierres de China hacia Malasia y Taiwán (enero 2017 – abril 2022)



Fuente: TRADEMAP
Elaboración: ST-CDB/INDECOPI

(ii) Modalidad de elusión

De las cinco modalidades contempladas en la Ley Antielusión, la Comisión concluyó que se había comprobado aquella consistente en la importación de un producto sujeto a medidas, sin que se haya demostrado conforme a la normativa aplicable que tiene un origen diferente al del país de las importaciones sujetas a derechos antidumping.

Como se indicó líneas arriba, Mincetur y la Sunat son las autoridades competentes para determinar el origen no preferencial de mercancías sujetas a medidas antidumping, correspondiéndoles efectuar el control previo, concurrente y posterior. Sobre las resoluciones anticipadas, Mincetur indicó que ningún importador de cierres solicitó la verificación de origen. Respecto al control concurrente o posterior, la Sunat señaló que, tras la imposición de los derechos, no se había iniciado ningún procedimiento de verificación para las importaciones de cierres declarados como originarios de Malasia o Taiwán[36].

Dado que ningún productor y/o exportador de Malasia y Taiwán participó ni proporcionó pruebas sobre una producción real de cierres, relacionada con los envíos realizados al Perú tras aplicación

35 Dicho desplazamiento también fue confirmado por la Sala, que, a modo de ejemplo, observó que el principal importador de cierres de metal pasó de importar productos chinos durante el período sin aplicación de derechos (con un promedio cuatrimestral de 2,020.1 kilogramos) a importarlos desde Malasia (con un promedio cuatrimestral de 5,304.6 kilogramos) tras la imposición de las medidas vigentes.

36 Cabe señalar que la Sala desestimó los argumentos de los apelantes, quienes sostuvieron que, tras declarar en sus Declaraciones Aduaneras de Mercancías (DAM) que los cierres importados eran originarios de Taiwán y Malasia, obtuvieron el levante autorizado por la autoridad aduanera, lo cual descartaba todo propósito elusivo. Al respecto, la Sala señaló que este hecho no desvirtuaba la existencia de una práctica de elusión, que podía incluir la canalización de importaciones a través de terceros países. Asimismo, confirmó que la Sunat no había realizado la verificación del origen de los cierres.

de las medidas antidumping, la Comisión efectuó su evaluación sobre la base de los hechos que tenía conocimiento.

En este punto es importante resaltar que la Comisión tuvo en cuenta la normativa y la práctica de la autoridad investigadora europea aplicable a casos similares de elusión por triangulación, en los cuales no se contó con la cooperación de los exportadores extranjeros. Al respecto, la Comisión concluyó, y la Sala confirmó, que los envíos desde Malasia y Taiwán correspondían a productos fabricados en China, los cuales solo transitaron por dichos países antes de su llegada al Perú. Esta determinación se basó en el análisis del cambio en el patrón comercial y en la ausencia de una justificación económica distinta a la elusión de los derechos vigentes sobre los cierres de origen chino. Como dato particular del caso, resulta pertinente señalar que dicha asunción se vio respaldada por la prueba aportada por Corporación Rey, consistente en comunicaciones electrónicas de dos exportadores taiwaneses, que representaron la mayor parte de envíos de Taiwán al Perú, en las que informaron a un importador peruano que sus productos se fabrican en China, pero debido a los derechos antidumping sobre los cierres chinos, deben enviarlos primero a Taiwán y luego al Perú. En cuanto a los exportadores de Malasia, la Comisión verificó en la página *web* del mayor exportador de dicho país, que este se dedica a la fabricación de rodamientos, sin hacer referencia a la producción de cierres o productos textiles.

(iii) Repercusión negativa sobre los efectos correctores de las medidas vigentes

Sobre este elemento, la Comisión concluyó que la práctica elusiva analizada tuvo un impacto negativo sobre los efectos correctores de los derechos antidumping en lo referido a los precios y a las cantidades del producto importado sujeto a medidas. Esta conclusión también fue confirmada por la Sala.

Respecto al análisis de los precios, la Comisión constató que entre julio de 2021 y abril de 2022, los envíos de cierres desde Malasia y Taiwán hacia el Perú registraron precios 61.9 % y 50.5 % más bajos que el precio interno de la RPN determinado en la investigación original. Además, los precios FOB de los envíos procedentes de Malasia y Taiwán fueron inferiores al precio no lesivo fijado en la investigación original, en 23.1 % y 13.6 %, respectivamente.

La Comisión también corroboró que, entre julio de 2021 y abril de 2022, los volúmenes de cierres enviados desde Malasia y Taiwán al Perú aumentaron ostensiblemente, superando en más de 9 y 10 veces los volúmenes registrados en los periodos anteriores a los derechos antidumping sobre los cierres chinos.

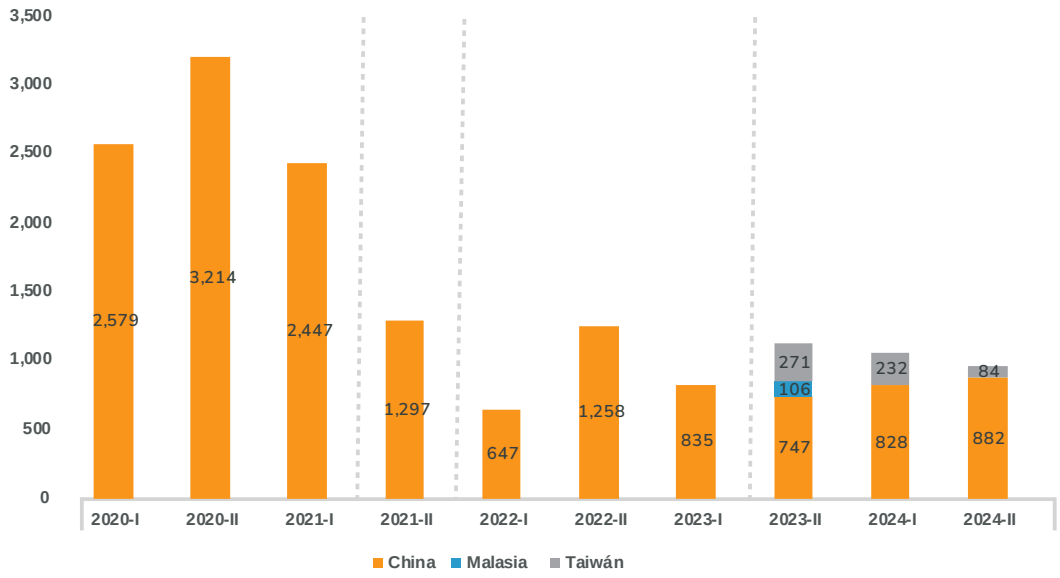
(iv) Verificación de si el producto objeto de prácticas elusivas se exporta al Perú a precios inferiores al valor normal fijado en la investigación original.

En este punto la Comisión constató que, entre julio de 2021 y abril de 2022; es decir, el periodo posterior a la imposición de los derechos sobre las importaciones de los cierres chinos, el precio promedio de los envíos de cierres provenientes de Malasia y Taiwán al mercado peruano fue inferior al valor normal de los cierres chinos que se registraron en la investigación original, el cual abarcó el periodo julio de 2019 – junio de 2020. La diferencia calculada fue de 69.1 % y 66 % para los cierres de procedentes de Malasia y Taiwán, respectivamente[37].

Tras analizar los cuatro factores previamente explicados, la Comisión determinó que en este caso se cumplían los requisitos establecidos en la Ley Antielusión. Esto permitió extender los derechos impuestos a las importaciones de cierres de origen chino a los procedentes de Malasia y Taiwán, sin importar que sean declarados como originarios de estos territorios.

Finalmente, el caso demuestra que el alcance de los derechos antidumping puede ampliarse significativamente mediante el procedimiento antielusión. Como se observa en la figura 4, en el caso de los cierres de origen chino, la cobertura de los derechos antidumping se ha incrementado en $ 693,000 entre julio de 2023 y diciembre de 2024, gracias a las medidas contra la elusión implementadas en julio de 2023. Dichas medidas han aumentado en un 28.2 % la cobertura de importaciones del derecho antidumping original durante este período.

Figura 4: Importaciones peruanas de cierres, según país de procedencia



Fuente: Veritrade
Elaboración: Yohaira Encinas/Melisa Fiestas

CONCLUSIONES

Luego de examinar la normativa y el desarrollo del primer caso peruano bajo la nueva ley antielusión, consideramos que la autoridad nacional aplicó correctamente dicha legislación en este caso de cierres chinos. Se identificaron adecuadamente los cambios en las características del comercio y la modalidad de elusión mediante triangulación, descartando que se tratara de una desviación legítima del comercio. Además, se evaluó correctamente la repercusión negativa de la práctica elusiva sobre los efectos de las medidas antidumping vigentes, tanto en precios como en cantidades de los productos importados. También se verificó que los cierres objeto de prácticas elusivas se exportaban a precios inferiores al valor normal fijado en la investigación original. Esta primera experiencia nacional refleja un análisis riguroso y bien fundamentado, que garantiza la efectividad de las medidas correctivas y protege la competitividad del mercado peruano de cierres.

Como corolario, es imperativo destacar que los nuevos vientos proteccionistas que se ciernen sobre el escenario global, impulsados por las recientes políticas restrictivas anunciadas por los Estados Unidos, amenazan con alterar profundamente el orden comercial internacional. El incremento generalizado de aranceles decretado por el presidente Trump no solo afecta los flujos de comercio de China y la Unión Europea, sino que incluso golpea a sus socios más cercanos. En este turbulento contexto, el redireccionamiento de las exportaciones de estas economías hacia otros mercados, incluido el peruano, parece inevitable. Frente a esta inminente realidad, debemos permanecer en máxima alerta, pues las prácticas elusivas podrían erosionar la efectividad de las medidas de defensa comercial vigentes.

BIBLIOGRAFÍA

1. Cabanellas Guillermo (2006) Diccionario enciclopédico de derecho usual. T. III. Heliasta.
2. Comisión Europea (2024). Cuadragésimo segundo informe anual de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre las actividades antidumping, antisubvenciones y de salvaguardia de la UE y el uso de instrumentos de defensa comercial por terceros países en relación con la Unión en 2023.
3. Chávez Bardales Enrique (2011). Regulación Contra las Prácticas Elusivas de los Derechos Antidumping: Necesidad de un Consenso Multilateral. Ita Ius Esto, Nº. 7, 110 – 138.
4. Decreto N° 33. Antidumping. 15 enero 2025. Boletín Oficial de la República Argentina. https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/319703/20250116.
5. GATT (1947) Acuerdo general sobre aranceles aduaneros y comercio. http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/gatt47.pdf.
6. GATT (1994) Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI del GATT de 1994. http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/19-adp.pdf.
7. GATT Secretariat (1991) Draft Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round Trade Negotiations. MTN.TNC/W/FA/F-21.
8. Holems Simon (1995). Anti-Circunvention under the European Union's New Anti-Dumping Rules, Journal of World Trade, 29(3) 161-180.
9. H.R. 4848-100th Congress: Omnibus trade and competitiveness Act of 1988. https://www.govtrack.us/congress/bills/100/hr4848
10. Instituto de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, Comisión de Dumping y Subsidios y Eliminación de Barreras Comerciales no Arancelarias. (2024). Derechos Antidumping y Compensatorios vigentes. https://www.gob.pe/institucion/indecopi/informes-publicaciones/5818186-derechos-antidumping-y-compensatorios-vigentes.
11. Montuschi Luisa. (1993). De la retórica a la práctica del antidumping. Radiografía de una de las caras del proteccionismo moderno. Económica. Vol 39, Nº 1, 47-85. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6546706.
12. Müler Wolfgang, Khan Nicholas y Scharf Tibor (2009) EC and WTO Antidumping Law, a Handbook. Oxford University Press.
13. Nouwen J.A. (3 de enero de 2019). Anti-dumping duty circumvention through trade rerouting: the case of China and the European Union. Business Economics. 1-35. http://hdl.handle.net/2105/47139.
14. Organización Mundial del Comercio (2007) Documento TN/RL/W/213.
15. Organización Mundial del Comercio (2008) Documento TN/RL/W/236.
16. Organización Mundial del Comercio (2007) Informe sobre el comercio mundial 2007. https://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/anrep_s/world_trade_report07_s.pdf
17. Ostoni Lucia (2005). Anti-dumping circumvention in the EU and the US: Is there a future for multilateral provisions under the WTO?. Fordham Journal of Corporate & Financial Law 10(2), 407 – 438.

18. Proyecto de Ley N° 2895/2017-CR. https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Expvirt_2011.nsf/didpley/45C974DA6134F3A805258291007CAE2F.

19. Reglamento (CE) N° 71/97. Por el que se amplía a las importaciones de determinadas piezas de bicicleta originarias de la República Popular de China el derecho antidumping definitivo establecido por el Reglamento (CEE) N° 2474/93 sobre las bicicletas originarias de la República Popular de China y por el que se percibe el derecho ampliado aplicable a estas importaciones registradas de conformidad con el Reglamento (CE) N° 703/96 de la Comisión.18 de enero de 1997, p. 55-63. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L16. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX%3A31997R0071.

20. Reglamento (CE) N° 1623. Por el que se amplía el derecho antidumping definitivo establecido por el Reglamento (CE) N° 408/2002 sobre las importaciones de determinados óxidos de cinc originarias de la República Popular China a las importaciones de determinados óxidos de cinc procedentes de Vietnam, hayan sido o no declaradas originarias de Vietnam, y a las importaciones de determinados óxidos de cinc mezclados con sílice originarias de la República Popular China. 18 de setiembre de 2003, p. 1-6. Diario Oficial de la Unión Europea, L 2003. https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2003-81507.

21. Reglamento (CEE) N° 1761. Por el que se modifica el Reglamento (CEE) N° 2176/84 relativo a la defensa contra las importaciones que sean objeto de dumping o de subvenciones por parte de países no miembros de la Comunidad Económica Europea. 26 junio 1987, p. 9-10. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L167. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A31987R1761

22. Reglamento (CEE) N° 3205/88. Por el que se extiende el derecho antidumping establecido por el Reglamento (CEE) n° 535/87 a determinadas fotocopiadoras de papel normal montadas en la Comunidad. 19 de octubre de 1988, p. 36-40. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L284. https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/1988/3205/oj.

23. Reglamento de Ejecución (UE) N° 444. Amplía a las importaciones de biodiésel expedido desde Canadá, esté o no declarado como originario de Canadá, el derecho antidumping definitivo impuesto por el Reglamento (CE) no 599/2009 a las importaciones de biodiésel originario de los Estados Unidos de América, amplía el derecho antidumping definitivo impuesto por el Reglamento (CE) N° 599/2009 a las importaciones de biodiésel en mezclas con un contenido igual o inferior al 20% en peso de biodiésel originario de los Estados Unidos de América, y da por concluida la investigación sobre las importaciones expedido desde Singapur. 11 de mayo 2011, p. 12-21. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L122. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011R0444

24. Reglamento de Ejecución (UE) N° 205/2013. Por el que se amplía el derecho antidumping definitivo impuesto mediante el Reglamento de Ejecución (UE) N° 2/2012 sobre las importaciones de determinadas sujeciones de acero inoxidable y sus partes originarias de la República Popular China a las importaciones de determinadas sujeciones de acero inoxidable procedentes de Filipinas, declaradas originarias de Filipinas o no, y por el que se concluye la investigación relativa a una posible elusión de las medidas antidumping impuestas mediante dicho Reglamento por las importaciones de determinadas sujeciones de acero inoxidable y sus partes procedentes de Malasia y Tailandia, declaradas originarias de Malasia y Tailandia o no. 12 de marzo de 2013, p 1-8. Diario Oficial de la Unión Europea. L68. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/ALL/?uri=CELEX:32013R0205.

25. Reglamento de Ejecución (UE) 2020/611. Por el que se restablece el derecho antidumping definitivo impuesto por el Reglamento (CE) N° 91/2009 del Consejo sobre las importaciones de determinados elementos de fijación de hierro o acero originarios de la República Popular China para las importaciones de determinados elementos de fijación de hierro o acero procedentes de Malasia, hayan sido declarados o no originarios de Malasia. 5 de mayo de 2020, p. 1-8. Diario Oficial de la Unión Europea. L141. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32020R0611.

26. Reglamento (UE) 2016/1036. Relativo a la defensa contra las importaciones que sean objeto de dumping por parte de países no miembros de la Unión Europea. 30 de junio de 2016, p. 21-54. Diario Oficial de la Unión Europea. L176. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32016R1036.

27. Resolución Ministerial N° 074. (2007). Establecen los criterios de origen para las mercancías clasificadas en las partidas 64.01 a 64.05 (calzado) del arancel de aduanas aplicables a las importaciones sujetas a derechos antidumping o compensatorios provisionales o definitivos, el importador deberá acreditar el país o lugar de origen de dichas mercancías para su nacionalización. Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. https://www.gob.pe/institucion/mincetur/normas-legales/29887-74-2007-mincetur-dm.

28. Resolución Ministerial N° 076. (2006). Establecen criterios de origen en la importación de tejidos clasificados en los capítulos 52, 54 y 55 del Arancel de Aduanas. Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. https://busquedas.elperuano.pe/cuadernillo/NL/20060303.

29. Saldaña Pérez Juan (2013). La Práctica Desleal de Dumping. Elementos Sustantivos. Revista de la Facultad de Derecho de México, Vol. 63 N. 260, 465 – 492.

30. Tharakan Pavanan (2000). The problem of antidumping protection and developing country exports. UNU World Institute for Development Economics Research (UNU/WIDER) Working paper 198.

31. Thomas P. Stewart (1993). The GATT Uruguay Round: A Negotiating History (1986–1992), 2 vols, Kluwer Law International.

32. UNCTAD (2006) Documento UNCTAD/DITC/TNCD/2004/6.

33. United States Senate (2010). Duty evasion harming U.S. industry and american workers: staff report. https://www.wyden.senate.gov/download/staff-report-duty-evation_-harming-us-industry-and-american-workers.

34. Van Bael Ignace y Bellis Jean-François. (1996) Antidumping and Other Trade Protection Laws of the EC. Sweet & Maxwell.

35. Vermulst Edwin (2008). The WTO Antidumping Agreement: a commentary. Oxford University Press.

36. Yanning Yu (2008). Circumvention and anti-circumvention measures. The impact on anti-dumping practice in international trade. Kluwer Law International.

37. Zang Wenyu y Baimbridge Mark (2012) Exports, imports and economic growth in South Korea and Japan: a tale of two economies, Applied Economics 44, 361-372.

LO MEJOR DE DOS MUNDOS: LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EN LA PREVENCIÓN Y DETECCIÓN DE PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS

Alejandra Gricel Guillén Lazo [1]
Jasmin Marycielo Rojas Canales [2]

Resumen:

Este artículo examina el papel de la inteligencia artificial en la prevención y detección de prácticas anticompetitivas dentro de los programas de cumplimiento. A través de un enfoque cualitativo, basado en el análisis de casos internacionales, jurisprudencia y normativa especializada, se identifican sus ventajas y limitaciones para la supervisión de mercados.

Los resultados muestran que herramientas como cartel *screening* y data *screening*, utilizadas en España, Brasil y Colombia, han permitido a las agencias de competencia detectar con mayor rapidez y precisión prácticas anticompetitivas, optimizando los métodos tradicionales de fiscalización. No obstante, su implementación enfrenta retos regulatorios y técnicos, como la falta de transparencia en los algoritmos, la calidad y acceso a los datos, y la protección de la privacidad de la información. Ante ello, se recomienda el desarrollo de marcos normativos específicos y estrategias de adopción de IA en la supervisión de la competencia en Perú, con un rol activo de Indecopi y del sector privado.

Finalmente, el estudio concluye que la integración de la IA en los sistemas de cumplimiento requiere un marco regulatorio sólido, una supervisión adecuada y capacitación continua en tecnología y ética, garantizando así una fiscalización más eficiente y transparente en los mercados peruanos.

Palabras clave: *IA, Algoritmos, Programas de cumplimiento, Libre competencia.*

1 Abogada por la PUCP. Máster en Políticas Públicas por King's College London. Ejecutiva 1 de la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia.

Correo electrónico: alegui391@gmail.com

2 Bachiller en Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC).

Correo electrónico: rojascanalesjasminmaricielo@hotmail.com

1. INTRODUCCIÓN

Los mercados competitivos requieren mecanismos de supervisión eficaces para garantizar su transparencia y eficiencia. Sin embargo, los métodos tradicionales de fiscalización han demostrado ser insuficientes para detectar patrones sofisticados de colusión, especialmente cuando estos son facilitados por algoritmos y tecnologías avanzadas (OCDE, 2024). Ante este desafío, las agencias de competencia y las empresas deben adoptar herramientas innovadoras que les permitan anticipar y mitigar riesgos en tiempo real.

En este contexto, la inteligencia artificial (IA) y los programas de cumplimiento normativo se presentan como una solución complementaria. Los programas de cumplimiento han evolucionado de simples mecanismos de autorregulación a estrategias preventivas que buscan minimizar riesgos y evitar sanciones. Sin embargo, su efectividad depende en gran medida de la capacidad de las empresas para procesar grandes volúmenes de datos y detectar comportamientos sospechosos con rapidez y precisión. Aquí es donde la IA cobra un papel fundamental, potenciando estos programas al brindar nuevas herramientas de monitoreo y análisis de información.

A través del análisis de *big data*, *machine learning* y algoritmos predictivos, la IA potencia los programas de cumplimiento al permitir la detección temprana de prácticas anticompetitivas, reduciendo la intervención reactiva y promoviendo un monitoreo más eficiente. Su implementación no solo permite a las organizaciones anticiparse a posibles infracciones, sino que también contribuye a fortalecer una cultura empresarial basada en la observancia de las normativas de competencia.

En diversas jurisdicciones, como España, Brasil y Colombia, la aplicación de IA en la supervisión de mercados ha demostrado ser una herramienta efectiva para la detección y prevención de cárteles y fraudes en licitaciones públicas. Sin embargo, en países como el Perú, su implementación aún enfrenta desafíos regulatorios y tecnológicos.

En ese sentido, el presente estudio explora cómo la inteligencia artificial puede fortalecer los programas de cumplimiento en la detección de prácticas anticompetitivas y qué desafíos enfrenta su implementación en el Perú. Asimismo, se examinan las experiencias internacionales (Unión Europea, Estados Unidos y Latinoamérica) en esta materia, con el objetivo de identificar oportunidades de implementación en el contexto peruano.

2. COMPLIANCE Y SU ROL EN LA REGULACIÓN DE LA COMPETENCIA

2.1 ¿Qué es el compliance?

El corporate compliance es un conjunto de procedimientos y buenas prácticas adoptados por las organizaciones para identificar y clasificar los riesgos operativos y legales a los que se enfrentan, y establecer mecanismos internos de prevención, gestión, control y reacción frente a los mismos (World Compliance Association, 2024).

En los últimos años, el compliance ha evolucionado de ser una práctica voluntaria a un requisito esencial para muchas empresas, impulsado por la creciente regulación a nivel global (OCDE, 2021). Su integración dentro de la estrategia corporativa permite no solo evitar sanciones y problemas legales, sino también fortalecer la estabilidad y continuidad de las operaciones.

Por ello, cada vez más empresas adoptan programas de cumplimiento para prevenir infracciones antes de que ocurran, en lugar de reaccionar ante posibles sanciones. Estos programas incluyen mecanismos de prevención y control, como políticas internas, formación continua y auditorías, garantizando su eficacia. En última instancia, el compliance se consolida como parte fundamental de la cultura empresarial, promoviendo un entorno ético y de gestión de riesgos en todos los niveles de la organización.

2.2 Concepto de libre competencia

La libre competencia permite la participación de diversas empresas en el mercado sin restricciones indebidas, promoviendo la eficiencia, la innovación y el bienestar del consumidor. En este contexto, ninguna empresa debe tener el poder exclusivo de controlar el mercado ni imponer condiciones abusivas. Según la OCDE, la libre competencia fomenta mercados eficientes y equilibrados, evitando monopolios y promoviendo precios justos (OCDE, 2024a).

Los elementos clave de la libre competencia incluyen:

- Ausencia de barreras de entrada: los mercados competitivos deben permitir la entrada de nuevas empresas sin restricciones artificiales. Las barreras de entrada reducen la competencia y favorecen a las empresas establecidas, lo que puede elevar los precios y reducir la calidad.
- Determinación libre de precios: los precios deben formarse según la oferta y la demanda, sin interferencias de actores con poder de mercado. La fijación artificial de precios puede distorsionar el mercado y perjudicar la eficiencia económica.

- Prohibición de prácticas anticompetitivas: prácticas como la colusión y el abuso de posición dominante están prohibidas. Las fusiones también son analizadas para evaluar su impacto en la competencia y el bienestar del consumidor.
- Beneficio para el consumidor: los mercados competitivos favorecen a los consumidores al evitar monopolios y oligopolios, generando precios más bajos, mayor calidad y más innovación.

En resumen, la libre competencia es esencial para el desarrollo económico, garantizando mercados más justos y eficientes.

2.3 Regulación del compliance en Perú en libre competencia

El cumplimiento normativo en materia de libre competencia ha cobrado gran relevancia en el Perú, especialmente con la creciente actuación de Indecopi para prevenir conductas anticompetitivas en los mercados. La implementación de programas de cumplimiento no solo permite a las empresas mitigar riesgos legales, sino también fomenta una cultura de competencia leal que beneficia tanto a los consumidores como a los operadores económicos.

La regulación en materia de compliance en libre competencia se encuentra en diversas normas y resoluciones emitidas por Indecopi. Entre las más relevantes destacan:

- Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas: establece el marco legal para prevenir y sancionar prácticas colusorias y el abuso de posición de dominio.
- Guía para la Implementación de Programas de Cumplimiento en Materia de Libre Competencia (en adelante, Guía de Cumplimiento en Libre Competencia): documento técnico emitido por Indecopi que orienta a las empresas en la adopción de medidas de compliance (Indecopi, 2021).

Conforme a la Guía de Cumplimiento en Libre Competencia, un programa de cumplimiento en libre competencia debe contener, entre otros, los siguientes elementos esenciales (Indecopi, 2021):

- Compromiso real de cumplir (“*tone at the top*”): la alta dirección de la empresa debe demostrar un compromiso genuino con el cumplimiento de las normas de libre competencia, estableciendo una cultura organizacional que promueva y valore dicho cumplimiento.
- Identificación y gestión de riesgos: es fundamental reconocer y evaluar los riesgos actuales y potenciales relacionados con la libre competencia que la empresa pueda enfrentar, implementando medidas para gestionarlos adecuadamente.
- Procedimientos y protocolos internos: desarrollar y establecer procedimientos y políticas internas que guíen el comportamiento de los empleados en relación con las normas de competencia, asegurando que las operaciones de la empresa se alineen con la legislación vigente.
- Capacitaciones para los trabajadores: implementar programas de formación y sensibilización dirigidos a los empleados para garantizar que comprendan las normas de libre competencia y sepan cómo aplicarlas en su trabajo diario.

- Actualización constante y monitoreo del programa: realizar revisiones periódicas del programa de cumplimiento para adaptarlo a cambios normativos o del mercado, asegurando su eficacia continua.
- Auditorías al programa de cumplimiento: llevar a cabo evaluaciones independientes y regulares del programa para identificar áreas de mejora y garantizar su correcta implementación.
- Procedimientos para consultas y denuncias: Establecer canales confidenciales y accesibles que permitan a los empleados realizar consultas o denunciar posibles infracciones relacionadas con la competencia.
- Oficial o comité de cumplimiento: designar a una persona, o conformar un comité, responsable de supervisar la implementación y funcionamiento del programa de cumplimiento dentro de la organización.

Como podemos observar, la Guía de Compliance en Libre Competencia detalla los componentes esenciales que debería tener un programa de cumplimiento para poder prevenir y, de ser el caso, detectar conductas anticompetitivas en la empresa. Es importante que estos programas no sean simplemente nominales de cara al exterior, sino que se comprenda la importancia de implementarlos de manera compleja y adecuada a la realidad de cada empresa.

Según la Guía, una empresa que ha sido sancionada por prácticas anticompetitivas puede acceder a una reducción de la multa si demuestra que ha implementado un programa de cumplimiento efectivo antes de la infracción (Indecopi, 2021). Para ello, es fundamental que el programa haya sido diseñado e implementado de manera previa y proactiva, con medidas concretas para prevenir y detectar posibles infracciones a la normativa de competencia. El Indecopi evaluará si el programa cumple con los estándares adecuados y si existe una genuina cultura de cumplimiento en la organización.

Asimismo, para que el programa de cumplimiento sea considerado como atenuante en la determinación de la sanción, debe incluir elementos clave como: el compromiso de la alta dirección, capacitaciones periódicas, mecanismos de monitoreo y control, canales de denuncia anónimos y sanciones internas para quienes incumplan la normativa. Además, la empresa debe demostrar que realizó esfuerzos reales para prevenir la infracción y que el programa no fue una simple formalidad sin impacto real en la conducta de los trabajadores y directivos.

Finalmente, Indecopi analizará si la empresa, tras la detección de la infracción, ha tomado medidas correctivas inmediatas para fortalecer su programa y evitar futuras violaciones a la normativa. En estos casos, aunque la implementación posterior de un programa de cumplimiento no exime de responsabilidad, sí puede ser considerada como un factor atenuante en la sanción impuesta. La efectividad del programa y la seriedad con la que la empresa lo haya implementado serán determinantes para acceder a una posible reducción de la multa.

Adicionalmente, las empresas que implementan programas de cumplimiento en libre competencia pueden obtener los siguientes beneficios:

- Mitigación de riesgos legales: reducción de sanciones y multas impuestas por Indecopi.
- Protección de la reputación corporativa: una cultura de competencia leal mejora la imagen pública de la empresa.
- Mayor eficiencia y transparencia: los mecanismos de control interno permiten mejorar los procesos de toma de decisiones.

En suma, el compliance en libre competencia es clave para prevenir prácticas anticompetitivas y promover mercados eficientes en el Perú. Aunque Indecopi ha avanzado en incentivar su implementación, persisten desafíos en la supervisión y en la cultura empresarial. es fundamental que las empresas asuman estos programas no solo como un requisito legal, sino como una estrategia para mejorar su competitividad y reputación en el mercado, desarrollando programas de cumplimiento proactivos y no solo reactivos frente a la imposición de una medida correctiva (Iturriaga, 2023).

Comparación internacional sobre programas de cumplimiento: en la Unión Europea, la existencia de un programa de cumplimiento *antitrust* no exime ni atenúa las sanciones, aunque se promueve su adopción como parte de una cultura empresarial ética. Por su parte, en Estados Unidos —donde tradicionalmente no se otorgaba crédito por compliance en casos *antitrust*— desde 2019 el Departamento de Justicia considera la efectividad de los programas de cumplimiento al determinar sanciones en ciertos casos criminales, reconociendo su valor preventivo (OCDE, 2021). En Latinoamérica también se observan esfuerzos similares: por ejemplo, la autoridad ecuatoriana de competencia emitió en 2021 una Guía de Compliance en Competencia (Superintendencia de Control del Poder de Mercado, 2021), y países como Chile han incorporado lineamientos para fomentar que las empresas instauren programas de cumplimiento de libre competencia. Estas experiencias extranjeras evidencian una tendencia global a incentivar la autorregulación corporativa en materia de competencia, integrando la IA como una herramienta emergente dentro de dichos programas.

3. USO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL PARA LA PREVENCIÓN Y DETECCIÓN DE PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS

La inteligencia artificial se ha convertido en una herramienta esencial para detectar prácticas anticompetitivas en diversos mercados. Organismos como la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de España han implementado unidades de inteligencia económica que aplican técnicas de IA y análisis estadístico para identificar comportamientos colusorios y abusos de posición dominante. Estas tecnologías permiten analizar grandes volúmenes de datos, facilitando la identificación de patrones sospechosos que podrían indicar acuerdos ilegales entre empresas o manipulaciones de mercado (CNMC & ACCO, 2020).

Así, la inteligencia artificial ha demostrado ser una herramienta poderosa en la detección de prácticas anticompetitivas debido a su capacidad para procesar gran cantidad de datos y detectar patrones anómalos que pueden pasar desapercibidos en análisis tradicionales. A manera de ejemplo, uno de los principales usos de la IA en este ámbito es el monitoreo de precios en tiempo real. A través de algoritmos avanzados, es posible identificar cambios sospechosos en los precios de productos o servicios que podrían indicar la existencia de acuerdos de fijación de precios entre competidores. Esto resulta especialmente útil en mercados electrónicos altamente dinámicos donde los precios se ajustan frecuentemente de manera automática (Beth & Gannon, 2022).

Otro ámbito crucial es la detección de licitaciones colusorias. Al analizar bases de datos históricas de procesos de contratación pública, los algoritmos pueden identificar patrones irregulares, como la rotación sistemática de empresas ganadoras o la presentación de ofertas diseñadas para no competir. Estas prácticas, difíciles de detectar manualmente, pueden ser señaladas por la IA como indicios de colusión, lo que permite a los reguladores iniciar investigaciones más enfocadas y eficaces (Autoritat Catalana de la Competencia, 2023).

Además, la IA puede utilizarse para analizar contratos y acuerdos empresariales en busca de cláusulas restrictivas que puedan impedir la competencia justa. Por ejemplo, las herramientas de procesamiento de lenguaje natural permiten revisar grandes volúmenes de documentos legales y detectar términos que podrían sugerir la exclusión de competidores o un abuso de posición dominante. Este enfoque no solo ahorra tiempo a los investigadores, sino que también incrementa la precisión en la identificación de prácticas potencialmente ilícitas (García & Benítez, 2024).

Finalmente, la inteligencia artificial puede emplearse para analizar las estrategias algorítmicas de precios utilizadas por empresas en mercados digitales. Algunos algoritmos de precios podrían estar diseñados para coludir indirectamente, ajustándose mutuamente de forma que benefician a un grupo selecto de competidores en detrimento de los consumidores. Esta posibilidad de colusión tácita entre algoritmos ha sido advertida en la literatura reciente sobre libre competencia, lo que exige a las autoridades estar atentas incluso a conductas aparentemente autónomas de las máquinas.

Por tanto, la implementación de inteligencia artificial dentro de las empresas no solo es útil para optimizar sus operaciones, sino también para fomentar el cumplimiento normativo y prevenir conductas anticompetitivas. Las organizaciones pueden utilizar estas herramientas para monitorear sus propias prácticas y las de sus colaboradores internos, identificando patrones de comportamiento que podrían interpretarse como infracciones a la ley de competencia. Por ejemplo, la IA puede analizar correos electrónicos, registros de comunicación y acuerdos comerciales en busca de lenguaje o términos que sugieran posibles colusiones o abusos de posición de dominio. De este modo, las empresas pueden corregir estas conductas antes de que se conviertan en infracciones. Inclusive, en casos donde la práctica ya se llevó a cabo, la empresa puede acudir prontamente al Indecopi para reportar la conducta anticompetitiva y acceder al Programa de Clemencia.

Además, estas herramientas pueden configurarse para realizar auditorías continuas de los procesos internos, como la gestión de licitaciones y la fijación de precios. Con el uso de algoritmos de *machine learning*, las empresas pueden identificar situaciones en las que sus prácticas puedan ser interpretadas como anticompetitivas por la agencia de competencia, incluso si no fueron intencionadas. Este enfoque proactivo no solo minimiza el riesgo de sanciones por parte de organismos como el Indecopi, sino que también fortalece la reputación de la empresa al demostrar un compromiso claro con el cumplimiento de la ley y la ética empresarial (Harrington, 2021).

Así, cuando la inteligencia artificial detecta posibles infracciones o irregularidades, la empresa puede tomar medidas inmediatas para rectificar las situaciones internas o, si corresponde, reportar voluntariamente las posibles prácticas anticompetitivas al Indecopi. Esto no solo ayuda a evitar sanciones más severas, sino que también permite a la empresa colaborar con las autoridades y mejorar la transparencia de los mercados.

3.1 Aplicaciones de la IA

Es innegable que la IA ha ido transformando continuamente nuestras vidas en los últimos años. Actividades que pensábamos reservadas exclusivamente para los seres humanos se están viendo complementadas (e incluso reemplazadas) por una integración cada vez más orgánica de la IA. Lo más sorprendente de todo ello es que parece que recién estamos en el comienzo de la revolución que la IA va a generar en el mundo, lo que despierta expectativas de que en los próximos años la IA esté implicada en prácticamente todos los ámbitos de nuestra sociedad.

Al respecto, la Universidad de Stanford, a través del informe *Artificial Intelligence Index Report 2024*, destaca que la inteligencia artificial se proyecta para tener un impacto significativo en la vida diaria en los próximos 3 a 5 años. Este impacto abarca diversos aspectos de la vida cotidiana, incluyendo la atención médica, la movilidad, la educación y otros ámbitos. De esta manera, se espera que la IA influya en la forma en que interactuamos con la tecnología y en la manera en que llevamos a cabo nuestras actividades diarias. Este pronóstico sugiere un cambio importante en la integración de la IA en la sociedad y en la forma en que las personas interactúan con la tecnología (Stanford University, 2024).

Además, el informe resalta que la inversión privada en IA está experimentando un crecimiento continuo. Este aumento indica un fuerte respaldo al desarrollo y la implementación de la IA en diversos sectores y aplicaciones. Así, se prevé un incremento en la innovación y el desarrollo de soluciones basadas en IA, lo que a su vez contribuirá al avance y la integración de la IA en la vida cotidiana (Stanford University, 2024). En resumen, el avance de la inteligencia artificial en los últimos años se ha caracterizado por una adopción creciente de medidas de fiabilidad de esta tecnología y una mayor inversión en este campo. El mundo se proyecta hacia una creciente integración de la IA en la vida diaria y un cambio en la fuerza laboral hacia roles relacionados con la IA, lo que refleja el impacto significativo y la relevancia creciente de la IA en la sociedad.

3.1.1. *Machine learning* o algoritmos de aprendizaje automático

La inteligencia artificial y el *machine learning* están intrínsecamente relacionados, ya que el *machine learning* es una subdisciplina dentro del amplio campo de la IA. Mientras que la IA se enfoca en desarrollar sistemas que emulan la inteligencia humana para realizar tareas como el reconocimiento de patrones y la toma de decisiones, el *machine learning* proporciona las herramientas y técnicas que permiten a estas máquinas aprender de los datos y mejorar su desempeño sin intervención humana directa (AWS, s.f.-a).

El *machine learning* se define como la ciencia que desarrolla algoritmos y modelos estadísticos que permiten a los sistemas computacionales realizar tareas complejas sin instrucciones explícitas, basándose en patrones e inferencias obtenidas de los datos (AWS, s.f.-b). En otras palabras, en lugar de estar programadas para seguir un conjunto rígido de instrucciones, las máquinas con *learning* automático identifican por sí mismas estructuras y relaciones en los datos de entrenamiento, y usan ese conocimiento para hacer predicciones o tomar decisiones cuando se enfrentan a datos nuevos.

El *machine learning* es una herramienta poderosa dentro del ámbito de la inteligencia artificial, con aplicaciones que van desde la personalización de servicios (por ejemplo, en sistemas de recomendación) hasta avances en la medicina (como diagnósticos asistidos por IA). No obstante, es esencial abordar sus desafíos éticos y técnicos para maximizar sus beneficios y mitigar posibles riesgos (Floridi et al., 2018). Por ejemplo, conjuntos de datos de entrenamiento incompletos o sesgados pueden conducir a conclusiones erróneas, y se deben atender consideraciones éticas y legales relacionadas con la privacidad y la confidencialidad de la información analizada. Asimismo, la implementación del *machine learning* puede ser costosa y requerir infraestructura tecnológica avanzada, lo que supone una barrera para algunas organizaciones.

En suma, el *machine learning* ha aportado una nueva dimensión al desarrollo de la IA al dotarla de la capacidad de aprender y mejorar continuamente. Aprovechar su potencial requiere entender tanto sus posibilidades como sus limitaciones, garantizando un enfoque responsable en su utilización.

3.2 Aplicaciones de la IA

Es innegable que la IA ha ido transformando continuamente nuestras vidas en los últimos años. Actividades que pensábamos reservadas exclusivamente para los seres humanos se están viendo complementadas (e incluso reemplazadas) por una integración cada vez más orgánica de la IA. Lo más sorprendente de todo ello es que parece que recién estamos en el comienzo de la revolución que la IA va a generar en el mundo, lo que despierta expectativas de que en los próximos años la IA esté implicada en prácticamente todos los ámbitos de nuestra sociedad.

Al respecto, la Universidad de Stanford, a través del informe Artificial Intelligence Index Report 2024, destaca que la inteligencia artificial se proyecta para tener un impacto significativo en la vida diaria en los próximos 3 a 5 años. Este impacto abarca diversos aspectos de la vida cotidiana, incluyendo la atención médica, la movilidad, la educación y otros ámbitos. De esta manera, se espera que la IA influya en la forma en que interactuamos con la tecnología y en la manera en que llevamos a cabo nuestras actividades diarias. Este pronóstico sugiere un cambio importante en la integración de la IA en la sociedad y en la forma en que las personas interactúan con la tecnología (Stanford University, 2024).

Además, el informe resalta que la inversión privada en IA está experimentando un crecimiento continuo. Este aumento indica un fuerte respaldo al desarrollo y la implementación de la IA en diversos sectores y aplicaciones. Así, se prevé un incremento en la innovación y el desarrollo de soluciones basadas en IA, lo que a su vez contribuirá al avance y la integración de la IA en la vida cotidiana (Stanford University, 2024). En resumen, el avance de la inteligencia artificial en los últimos años se ha caracterizado por una adopción creciente de medidas de fiabilidad de esta tecnología y una mayor inversión en este campo. El mundo se proyecta hacia una creciente integración de la IA en la vida diaria y un cambio en la fuerza laboral hacia roles relacionados con la IA, lo que refleja el impacto significativo y la relevancia creciente de la IA en la sociedad.

3.3 Utilización de IA en detección y prevención de conductas anticompetitivas

La inteligencia artificial se ha convertido en una herramienta esencial para detectar conductas anticompetitivas, especialmente en la identificación de cárteles. Esta tecnología permite analizar considerables volúmenes de datos para identificar patrones que podrían indicar prácticas colusorias entre empresas. La capacidad de la IA para procesar información a gran escala facilita la detección temprana de irregularidades en el mercado (Harrington & Imhof, 2022).

A manera de ejemplo, en el contexto de las licitaciones públicas, la IA ha demostrado ser eficaz en identificar comportamientos colusorios. Por ejemplo, se han desarrollado herramientas basadas en algoritmos de *machine learning* que clasifican las ofertas presentadas por las empresas durante un proceso de licitación como potencialmente colusorias o competitivas. Estas herramientas analizan variables como la similitud en las propuestas, la rotación de ganadores y los precios ofertados, permitiendo a las autoridades identificar posibles cárteles de manera más objetiva. De hecho, la Unidad de Inteligencia Económica de la CNMC en España ha implementado un *Bid Rigging Algorithm for Vigilance in Antitrust (BRAVA)* con este propósito, logrando identificar comportamientos anticompetitivos con al menos un 90% de probabilidad de éxito (Schrepel & Groza, 2024).

Así, si bien la inteligencia artificial puede ser utilizada por agencias de competencia para detectar prácticas anticompetitivas, también puede ser implementada internamente por las propias empresas para fortalecer sus programas de cumplimiento. Las empresas pueden aprovechar las capacidades de la IA para monitorear y analizar sus operaciones en tiempo real, identificando posibles infracciones de las normativas de competencia antes de que ocurran o sean detectadas por las autoridades. Esto no solo ayuda a prevenir conductas ilícitas, sino que también demuestra un compromiso proactivo con el cumplimiento normativo, reduciendo riesgos legales y mejorando la reputación corporativa. Tal como hemos señalado, en caso de que la empresa use la inteligencia artificial para detectar una conducta anticompetitiva, puede informar de dicho hecho a la autoridad de competencia mediante el Programa de Clemencia (Harrington, 2021).

Ahora bien, la implementación de inteligencia artificial en la detección de conductas anticompetitivas también presenta desafíos. Es fundamental garantizar la calidad y disponibilidad de los datos utilizados, ya que datos incompletos o sesgados pueden conducir a conclusiones erróneas. Además, es necesario abordar consideraciones éticas y legales relacionadas con la privacidad y confidencialidad de la información analizada (Morales, 2020).

A pesar de estos desafíos, la integración de esta herramienta en las estrategias de detección de cárteles ofrece ventajas significativas. La IA permite una vigilancia más proactiva y eficiente del mercado, facilitando la identificación y sanción de prácticas anticompetitivas por parte de las autoridades.

En conclusión, la aplicación de inteligencia artificial en la detección de conductas anticompetitivas representa un avance significativo en la lucha contra los cárteles. Esta tecnología proporciona medios más eficientes y precisos para identificar prácticas colusorias, contribuyendo a la promoción de mercados más competitivos (Pachnou & Westrik, 2023).

3.3.1. *Data screening* en la detección de colusiones

El *data screening* se ha consolidado como una herramienta eficaz en la labor de detectar prácticas colusorias, como la formación de cárteles, lo cual es esencial para mantener mercados competitivos y proteger a los consumidores. Dentro de las actividades de las agencias de competencia, el *data screening* ha permitido identificar comportamientos sospechosos mediante el análisis de datos económicos y comerciales. Este enfoque se basa en la premisa de que las conductas colusorias generan patrones anómalos en variables como precios, cantidades o participación en licitaciones, que pueden ser detectados a través de métodos estadísticos y econométricos.

Existen diversos tipos de *screening* para identificar prácticas colusorias. El *screening* estructural se centra en analizar las características del mercado que podrían facilitar la colusión, como la concentración de empresas o la existencia de barreras de entrada. Por otro lado, el *screening* conductual examina directamente los comportamientos de las empresas en el mercado, buscando patrones que sugieran coordinación ilícita, tales como movimientos simultáneos de precios o rotación de ganadores en licitaciones públicas (Arroyo & Blasco, 2013).

En el ámbito de las licitaciones públicas, el *data screening* ha demostrado ser particularmente útil. Las autoridades pueden analizar datos de ofertas para identificar señales de colusión, como diferencias mínimas entre las propuestas, patrones de rotación en la adjudicación de contratos o la presentación de ofertas simbólicas destinadas a simular competencia. Por ejemplo, la Guía para la detección de la colusión en la contratación pública de la Autoridad Catalana de la Competencia (ACCO) proporciona una metodología detallada para identificar estos comportamientos sospechosos, incluyendo el análisis de ofertas (ofertas incoherentes, rotaciones, retiros injustificados de ofertas, repartos geográficos, etc.), la documentación presentada por cada postor (similitudes en la presentación, referencias a otras empresas competidoras, presentación de ofertas de competidores por la misma persona, entre otros), el análisis de los precios (incrementos o reducciones sincronizados de precios) y las declaraciones de las empresas para justificar sus ofertas (Autoritat Catalana de la Competencia, 2023).

Asimismo, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos ha reconocido la importancia del *data screening* en la detección de cárteles. Según la OCDE, estas técnicas permiten comparar resultados de mercados colusorios y competitivos, analizando datos como ofertas y precios para identificar comportamientos sospechosos. No obstante, la organización advierte sobre la necesidad de contar con datos de calidad y la importancia de analizar los resultados con cautela para evitar conclusiones erróneas (OCDE, 2024b).

Un ejemplo práctico de la aplicación del *data screening* es el uso de redes neuronales convolucionales para detectar manipulación en licitaciones. Este enfoque combina técnicas de aprendizaje profundo con gráficos que representan interacciones de ofertas entre empresas, permitiendo identificar patrones colusorios con alta precisión. La implementación de estas herramientas tecnológicas ha mejorado la capacidad de las autoridades para detectar y sancionar prácticas anticompetitivas (Centro de Competencia, 2024).

No obstante, la eficacia del data *screening* depende en gran medida de la disponibilidad y calidad de los datos analizados. Es fundamental que las autoridades de competencia accedan a información detallada y actualizada sobre las actividades de las empresas en el mercado. Además, se requiere contar con personal capacitado en técnicas estadísticas y econométricas para interpretar correctamente los resultados y evitar errores que puedan derivar en sanciones injustas.

En sí, a pesar de sus ventajas, el *data screening* no es infalible y debe complementarse con otras herramientas de investigación. La detección de patrones sospechosos a través del análisis de datos debe ir acompañada de una investigación más profunda que incluya la recopilación de pruebas directas de colusión, como comunicaciones entre empresas o testimonios de implicados. De esta manera, se garantiza una aplicación justa y efectiva de las leyes de competencia.

En conclusión, el data *screening* es una herramienta valiosa en la detección de prácticas colusorias, permitiendo a las autoridades identificar comportamientos sospechosos a través del análisis de datos. Sin embargo, su eficacia depende de la calidad de los datos, la capacitación del personal y su integración con otras técnicas de investigación. Una aplicación adecuada de estas herramientas contribuye significativamente a la promoción de mercados más justos y competitivos.

A efectos de la utilización de esta herramienta dentro de las empresas, como parte de un programa de compliance para detectar posibles conductas anticompetitivas, es necesario contar también con personal calificado que pueda realizar un tratamiento de los datos adecuado. Esto permitirá detectar a tiempo una posible conducta anticompetitiva y responder apropiadamente.

Así, un experto en esta materia podría detectar patrones sospechosos dentro de su propia compañía que le permitan alertar sobre una posible conducta ilegal. Sin embargo, es fundamental que a ello se sume la intervención del personal clave de la empresa —como el asesor legal y el oficial de cumplimiento— para poder llevar a cabo una investigación exhaustiva, realizar entrevistas y revisar documentos o correos electrónicos laborales que proporcionen evidencia más clara de la conducta anticompetitiva (Harrington, 2021). En otras palabras, el data *screening* interno debe combinarse con el juicio humano y los procesos tradicionales de compliance corporativo para ser verdaderamente efectivo.

3.3.2. Cartel *screening*

El cartel *screening* es una metodología empleada por las autoridades de competencia para identificar posibles acuerdos colusorios entre empresas que participan en un mismo nivel de la cadena productiva (cárteles). Esta técnica se basa en el análisis de datos económicos y patrones de comportamiento en el mercado para detectar indicios de colusión que puedan justificar una investigación más profunda. El objetivo principal es descubrir prácticas anticompetitivas que afectan negativamente a los consumidores y al funcionamiento eficiente de los mercados.

Las agencias de competencia implementan el cartel *screening* mediante diversas herramientas y enfoques. Una estrategia común es el análisis de precios y su variabilidad; por ejemplo, patrones de precios uniformes o incrementos simultáneos entre competidores pueden ser señales de colusión. Además, se examinan las cuotas de mercado y la participación en licitaciones públicas para identificar comportamientos sospechosos, como la rotación de adjudicaciones entre empresas o la presentación de ofertas simbólicas destinadas a simular competencia. (Cabe señalar que estos criterios se solapan con los mencionados en la sección de data *screening*, dado que ambos métodos comparten fundamentos en común).

Al igual que en el *data screening*, el cartel *screening* puede clasificarse en dos tipos principales: estructural y conductual. El *screening* estructural se centra en identificar mercados con características que faciliten la colusión, tales como alta concentración de empresas, productos homogéneos o barreras de entrada significativas. Por otro lado, el *screening* conductual analiza directamente el comportamiento de las empresas en el mercado, buscando patrones anómalos en precios, producción o participación en licitaciones que puedan indicar la existencia de un cártel (Arroyo & Blasco, 2013).

La OCDE ha destacado la importancia del cartel *screening* en la detección proactiva de cárteles. Según dicha entidad, estas herramientas permiten a las autoridades identificar mercados o comportamientos sospechosos que merecen una investigación más detallada, complementando así otros métodos de detección como los programas de clemencia (OCDE, 2024).

Cabe precisar que la implementación efectiva del cartel *screening* requiere acceso a datos suficientes y, como mencionamos anteriormente, personal capacitado en técnicas analíticas avanzadas. Las autoridades deben contar con información detallada sobre precios, costos, volúmenes de ventas y otros indicadores económicos relevantes. Además, es esencial disponer de herramientas tecnológicas y conocimientos para interpretar correctamente los datos y distinguir entre comportamientos competitivos y colusorios.

Ahora bien, es importante recordar que los resultados del *screening* suelen considerarse indicios que justifican una investigación más profunda, en lugar de pruebas concluyentes de colusión. La combinación del *screening* con otras técnicas de investigación, como inspecciones sorpresivas (dawn raids) o el análisis de comunicaciones entre empresas —que en el Perú se podría lograr a través de visitas de la autoridad (simples o con autorización

judicial para revisar mensajes de WhatsApp u otras aplicaciones)— aumenta la eficacia en la detección de cárteles (Montero, 2024). En efecto, la experiencia internacional demuestra que las técnicas de *screening* deben complementarse con mecanismos tradicionales de obtención de pruebas para confirmar las sospechas iniciales generadas por los algoritmos.

La evolución tecnológica ha permitido el desarrollo de métodos más sofisticados de cartel *screening*, incluyendo el uso de algoritmos de aprendizaje automático. Estas herramientas pueden procesar grandes volúmenes de información y detectar patrones complejos que podrían pasar desapercibidos con métodos tradicionales. Sin embargo, su implementación también plantea desafíos relacionados con la necesidad de transparencia en los algoritmos utilizados (Comisión Europea, 2019). Si las autoridades basan sus decisiones en modelos de IA opacos, las empresas investigadas podrían cuestionar la imparcialidad y exactitud de tales evidencias, lo que subraya la importancia de la explicabilidad de los algoritmos en el ámbito probatorio.

Gracias a los resultados positivos obtenidos con el cartel *screening*, algunas jurisdicciones han comenzado a utilizarlo de manera más intensiva. Por ejemplo, en la Unión Europea las autoridades de competencia han empleado estas herramientas para identificar sectores con sospechas de colusión, fundamentar medidas cautelares en etapas tempranas de las investigaciones e incluso sustentar sanciones en ciertos casos. No obstante, existe cierta reticencia a divulgar públicamente los métodos específicos utilizados, para evitar que las empresas adapten sus conductas y evadan la detección (Montero, 2024).

A pesar de sus beneficios, el cartel *screening* no es una solución definitiva para la detección de cárteles. Debe considerarse como parte de un conjunto más amplio de herramientas y estrategias de aplicación de la ley de competencia. La cooperación internacional y el intercambio de mejores prácticas entre autoridades de competencia son fundamentales para mejorar la eficacia de estas herramientas y enfrentar los desafíos que presentan los cárteles en un entorno económico cada vez más globalizado (Schrepel & Groza, 2024).

En síntesis, el cartel *screening* es una metodología que permite a las agencias de competencia detectar posibles prácticas colusorias mediante el análisis de datos y patrones de comportamiento en el mercado. A medida que la tecnología avanza, estas herramientas continúan evolucionando, ofreciendo nuevas oportunidades —y también retos— en la lucha contra los cárteles. La clave estará en utilizarlas de forma complementaria a los métodos tradicionales y dentro de un marco regulatorio que garantice su uso responsable y transparente.

3.4 Implementación de herramientas tecnológicas en los programas de compliance empresarial

Teniendo en cuenta herramientas como el cartel *screening*, el data *screening* y la IA, las empresas pueden aprovechar estas innovaciones para prevenir conductas anticompetitivas en sus operaciones internas. Implementar estas técnicas de forma interna permite a las compañías monitorear sus actividades y asegurarse de que no incurren en prácticas ilegales.

Así, la inteligencia artificial y el data *screening* facilitan el procesamiento de grandes volúmenes de información en tiempo real, identificando anomalías que podrían indicar comportamientos anticompetitivos dentro de la propia empresa. Por ejemplo, algoritmos de aprendizaje automático pueden analizar transacciones comerciales para detectar patrones inusuales en precios o cuotas de mercado que la empresa esté colocando en mercados oligopólicos o en licitaciones públicas con el Estado. Esta vigilancia proactiva por parte de las propias empresas puede ayudar a corregir desviaciones antes de que se conviertan en infracciones legales.

La integración de estas herramientas en los programas de cumplimiento de las empresas fortalece la cultura corporativa de cumplimiento. Al detectar y corregir conductas indebidas de manera autónoma, las empresas demuestran su compromiso con la competencia, lo que puede mejorar su reputación y sus relaciones con la agencia de competencia y con los clientes. Además, una vigilancia interna efectiva puede mitigar riesgos legales y financieros asociados con sanciones por prácticas anticompetitivas.

Para implementar un sistema de cumplimiento en libre competencia, las empresas deben seguir pasos clave. Primero, es esencial realizar una evaluación exhaustiva de riesgos para identificar áreas susceptibles a conductas anticompetitivas. Esto implica analizar las operaciones comerciales, las interacciones con competidores y las prácticas de fijación de precios de la empresa, a fin de mapear en qué procesos existe mayor riesgo de colusión o abuso.

Una vez identificados los riesgos, se deben establecer políticas claras que promuevan el cumplimiento de las normas de competencia. Esto incluye la capacitación regular de los empleados, la creación de canales de denuncia y la implementación de sanciones internas para infracciones. La comunicación constante y el liderazgo comprometido (el famoso *tone at the top*) son fundamentales para fomentar una cultura de cumplimiento efectiva.

Finalmente, es crucial monitorear y evaluar continuamente la eficacia del programa de cumplimiento. Esto puede lograrse mediante auditorías periódicas, el uso de herramientas tecnológicas para la detección de anomalías y la actualización constante de las políticas en respuesta a cambios regulatorios o del entorno de mercado. Un enfoque proactivo y adaptable garantizará que el sistema de cumplimiento se mantenga efectivo y relevante, con el objetivo de que la empresa pueda detectar posibles conductas anticompetitivas y, mejor aún, evitar la ocurrencia de prácticas ilegales a través de un adecuado sistema de gestión de riesgos, auditorías y capacitaciones constantes para los trabajadores.

La implementación de un sistema de gestión de *compliance* en materia de libre competencia —para lo cual una empresa que opera en el Perú podría tomar en consideración la mencionada Guía de Cumplimiento en Competencia de Indecopi— proporciona directrices para establecer, desarrollar, implementar, evaluar, mantener y mejorar de forma continua un sistema de gestión efectivo. Esta Guía ayuda a las organizaciones a prevenir, detectar y gestionar riesgos relacionados con prácticas anticompetitivas, asegurando el cumplimiento de las normativas vigentes y promoviendo una cultura corporativa ética (Indecopi, 2021).

En resumen, la adopción de herramientas avanzadas como el cartel *screening*, la inteligencia artificial y el *data screening*, junto con la implementación de un sólido sistema de cumplimiento, permite a las empresas detectar y prevenir conductas anticompetitivas internas. Esto no solo mejora la conformidad con las leyes de competencia, sino que también fortalece la reputación corporativa y reduce riesgos legales y financieros. Un compromiso proactivo con la competencia es esencial para el éxito sostenible en el entorno empresarial actual.

4. DESAFÍOS Y OPORTUNIDADES DE LA IA PARA LA LIBRE COMPETENCIA EN PERÚ

La IA ha revolucionado diversos sectores, y el derecho de la competencia no es la excepción. En el Perú, su aplicación en la detección y prevención de prácticas anticompetitivas representa una oportunidad clave para mejorar la eficiencia de la supervisión de los mercados. A continuación, se analizan las principales oportunidades que ofrece la IA en la vigilancia de la competencia, así como los posibles desafíos para su implementación.

4.1 Oportunidades de la IA en libre competencia

El uso de algoritmos de *machine learning* permite analizar grandes volúmenes de datos y detectar patrones sospechosos que podrían indicar conductas colusorias, como la fijación ilícita de precios o licitaciones fraudulentas. Herramientas como el *cartel screening* y el *data screening* han demostrado ser eficaces en la identificación de acuerdos colusorios en mercados regulados (Harrington & Imhof, 2022). Asimismo, la IA puede optimizar los procedimientos de las agencias de competencia al automatizar el análisis de documentación y monitorear cambios en los mercados. Esto reduce la carga de trabajo manual y permite enfocar los esfuerzos en casos de mayor impacto, aumentando la productividad de la autoridad (Schrepel & Groza, 2024).

Finalmente, las empresas pueden implementar IA en sus programas de cumplimiento para prevenir riesgos de incumplimiento normativo. Sistemas de monitoreo interno pueden alertar sobre posibles conductas anticompetitivas antes de que se materialicen, permitiendo correcciones oportunas (Chacón, 2024). Por ejemplo, una empresa podría detectar internamente, mediante IA, prácticas sospechosas de sus empleados o unidades de negocio y tomar medidas inmediatas, evitando así incurrir en infracciones y potenciando la autorregulación.

4.2 Desafíos en la implementación de la IA en libre competencia

El marco normativo peruano no cuenta aún con disposiciones específicas sobre el uso de IA en la supervisión de la competencia. Esto genera incertidumbre sobre la validez de la evidencia recopilada mediante algoritmos y su peso en procedimientos administrativos o judiciales. En ausencia de lineamientos claros, podrían surgir objeciones respecto a si los indicios obtenidos por sistemas de IA cumplen con estándares legales de prueba y debido proceso.

Uno de los principales riesgos del uso de IA es la opacidad de los algoritmos. Si los modelos utilizados para detectar infracciones no son transparentes, podría haber cuestionamientos sobre la imparcialidad y fiabilidad de sus resultados (Floridi et al., 2018). En el ámbito del derecho, las partes investigadas tienen derecho a conocer la evidencia en su contra; por tanto, un algoritmo "caja negra" cuyo funcionamiento no se pueda explicar podría vulnerar el derecho de defensa. Es necesario, entonces, equilibrar la eficacia de la IA con la explicabilidad de sus decisiones y la posibilidad de auditoría independiente de sus procesos.

Otro desafío importante es la calidad y disponibilidad de los datos. Para que la IA funcione correctamente, necesita alimentarse de datos precisos y actualizados. Sin embargo, en muchos mercados emergentes, el acceso a información confiable puede ser limitado, lo que afecta la efectividad de estas herramientas y podría generar resultados sesgados. Es imperativo invertir en la recopilación y gestión de datos de mercado (por ejemplo, sistemas de información de precios) para sustentar las iniciativas de IA en la detección de infracciones.

Además, la protección de la privacidad y los datos personales es un aspecto fundamental que debe ser garantizado en el uso de IA para la detección de prácticas anticompetitivas. Las empresas y las autoridades de competencia deben asegurarse de que el uso de estas tecnologías se realice dentro de un marco legal que proteja los derechos de los individuos y evite abusos en el manejo de información sensible (Solove, 2024). El cumplimiento de las normas de protección de datos (como la Ley de Protección de Datos Personales peruana, análoga al GDPR europeo) debe integrarse en el diseño mismo de las herramientas de IA, incorporando principios de privacidad desde el diseño (*privacy by design*).

La inteligencia artificial representa, en síntesis, una herramienta poderosa para fortalecer la libre competencia en el Perú, al mejorar la detección de infracciones y optimizar los procesos regulatorios. Sin embargo, su implementación debe ir acompañada de un marco normativo claro, garantías de transparencia en su aplicación y medidas de protección de datos personales. La colaboración entre el sector público y privado será clave para aprovechar sus beneficios y mitigar los riesgos asociados a su uso.

4.2.1. Casos internacionales de uso anticompetitivo de la IA

El uso indebido de algoritmos y herramientas de inteligencia artificial en la fijación de precios ha sido objeto de investigaciones y sanciones por parte de autoridades de competencia en diversas jurisdicciones. Existen casos emblemáticos que evidencian cómo los algoritmos han sido empleados para facilitar prácticas anticompetitivas, lo que refuerza la necesidad de establecer regulaciones claras y garantizar la supervisión humana en su aplicación.

En el ámbito del derecho de la competencia, pueden mencionarse al menos tres casos en distintos países donde las autoridades sancionaron prácticas anticompetitivas vinculadas al uso de algoritmos, resaltando la necesidad de regular la IA y la programación de algoritmos:

- Reino Unido (2016) – La Competition and Markets Authority (CMA) del Reino Unido sancionó un cártel en el mercado de venta *online* de afiches y marcos, en el que los involucrados acordaron no bajar los precios de sus productos vendidos en Amazon, utilizando un software de ajuste automático de precios para coordinarse. Este caso fue pionero en exponer cómo dos vendedores independientes pudieron coludir a través de algoritmos de precios, sin comunicación directa humana, y fue uno de los primeros en llamar la atención sobre los "cárteles algorítmicos".

- Unión Europea (2018) – La Comisión Europea sancionó a cuatro fabricantes de productos electrónicos (Asus, Philips, Pioneer y Denon & Marantz) por imponer precios mínimos de reventa a sus distribuidores en línea. Estas empresas monitorizaban mediante algoritmos sofisticados los precios que sus minoristas ofrecían en plataformas *online* y podían detectar rápidamente reducciones de precio no autorizadas, interviniendo para corregirlas. Si bien el trasfondo es una práctica de reventa ilegal, el uso de algoritmos de rastreo potenció la capacidad de las empresas para hacer cumplir el acuerdo anticompetitivo.

- Reino Unido (2019) – El regulador energético británico, *Office of Gas and Electricity Markets (Ofgem)*, multó a dos empresas del sector eléctrico por acordar la asignación de clientes y emplear un software que bloqueaba el registro de clientes de la competencia. Ese programa informático aseguraba el cumplimiento de su pacto de reparto de mercado al impedir que ciertos consumidores pudieran cambiar de proveedor, mostrando cómo una herramienta tecnológica sirvió para materializar un acuerdo colusorio que limitaba la competencia.

Otro caso emblemático es el de Google Shopping (2017), cuya conducta fue sancionada por la Comisión Europea debido al uso de su algoritmo de búsqueda para beneficiarse a sí misma. En particular, se determinó que Google abusó de su posición dominante como motor de búsqueda al otorgar una ventaja indebida a su propio servicio de comparación de compras. La investigación reveló que, a través de su algoritmo conocido como "Panda", Google influía en la visibilidad de los servicios de comparación de productos de sus competidores, asegurando que los suyos aparecieran en los primeros resultados, otorgándoles mayor exposición frente a los consumidores. Como resultado, la compañía fue sancionada por prácticas anticompetitivas, en una decisión ratificada posteriormente por el Tribunal General de la UE (Persch, 2021).

Estos casos evidencian que la IA, sin una supervisión adecuada, puede convertirse en una herramienta para restringir la competencia en lugar de promoverla. Los algoritmos pueden ser programados (o aprender) para coordinar comportamientos que, de haberse realizado directamente entre humanos, serían claramente ilegales. En el Perú, donde el uso de tecnologías en la supervisión de mercados aún es incipiente, es crucial aprender de estas experiencias y desarrollar una regulación que garantice un uso transparente y procompetitivo de la IA en el ámbito de la libre competencia.

5. DERECHO COMPARADO: INTELIGENCIA ARTIFICIAL COMO ALIADO ESTRATÉGICO EN LA VIGILANCIA DE LA LIBRE COMPETENCIA

5.1. España: Bid Rigging Algorithm for Vigilance in Antitrust (BRAVA)

El Bid Rigging Algorithm for Vigilance in Antitrust es una iniciativa desarrollada en España por la Unidad de Inteligencia Económica de la CNMC, destinada a detectar y prevenir prácticas colusorias en licitaciones públicas. Esta herramienta tecnológica emplea aprendizaje automático (*machine learning*) para clasificar las ofertas realizadas por las empresas durante un proceso de licitación como potencialmente colusorias o competitivas. De esta forma, mejora la identificación de comportamientos anticompetitivos con por lo menos un 90% de probabilidad de éxito (Schrepel & Groza, 2024).

La aplicación de estos algoritmos no solo permite una detección más eficiente de prácticas anticompetitivas, sino que también actúa como elemento disuasorio para las empresas que consideren participar en conductas ilícitas. En ese sentido, al automatizar y optimizar la vigilancia de las licitaciones, se promueve un entorno de competencia justo, beneficiando tanto a las entidades contratantes como a los ciudadanos, al asegurar que los recursos públicos se empleen de manera equitativa y transparente.

De manera complementaria, y en vista del creciente impacto de la IA, España sigue avanzando en su regulación y supervisión mediante la creación de la Agencia Española de Supervisión de la Inteligencia Artificial (AESIA). Su propósito principal es asegurar que la IA se desarrolle y utilice de manera ética, fomentando su aplicación responsable en distintos ámbitos. Esta agencia ha sido establecida en un momento clave, coincidiendo con la próxima entrada en vigor del Reglamento Europeo de IA y la reciente adopción de la Estrategia Española de IA, cuya ejecución está bajo su responsabilidad (Ministerio para la Transformación Digital y de la Función Pública, s.f.). La AESIA representa un esfuerzo por dotar de un marco institucional a la supervisión de la IA, anticipándose a posibles riesgos (como sesgos o falta de transparencia) e impulsando la innovación segura en el campo de la inteligencia artificial.

5.2. Brasil: "Cerebro"

El Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE), agencia de competencia de Brasil, ha desarrollado un proyecto innovador denominado "Cerebro", que utiliza datos públicos para detectar conductas colusorias en licitaciones públicas. De acuerdo con la OCDE, es "un sistema digital basado en minería de datos y filtros económicos que ofrece soporte a la investigación de las prácticas colusorias, especialmente en las licitaciones públicas" (OCDE, 2022).

Cerebro analiza dos tipos de datos: por un lado, información que identifica a los participantes en licitaciones (por ejemplo, direcciones IP y ubicación geográfica); por otro lado, datos sobre el comportamiento empresarial en las licitaciones, tales como patrones de participación y cumplimiento contractual. Esto lo logra a través de técnicas de análisis económico y estadístico, junto con el uso de aprendizaje automático y software de código abierto, identificando posibles indicios de bid-rigging. En la práctica, "Cerebro" ha permitido al CADE detectar redes de empresas que se presentaban a concursos públicos simulando competir entre sí, cuando en realidad coordinaban sus ofertas. Esta herramienta sirvió de base para varias investigaciones exitosas en Brasil, demostrando la efectividad de combinar datos administrativos (de registros gubernamentales) con herramientas de IA para la detección de cárteles en compras públicas.

5.3. Colombia

De acuerdo con un informe de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) de Colombia (autoridad nacional en libre competencia), en los últimos años se han desarrollado las siguientes herramientas tecnológicas para apoyar la defensa de la competencia en ese país:

- Inspector: herramienta basada en inteligencia artificial y análisis de datos que ayuda a identificar proyectos regulatorios que podrían impactar la libre competencia económica. Su función principal es generar alertas para el Grupo de Abogacía de la Competencia de la SIC, orientándolos a evaluar y abordar posibles riesgos para el mercado (es decir, permite detectar tempranamente proyectos de ley, decretos u otras normas propuestas que, por su contenido, puedan restringir injustificadamente la competencia).
- Sabueso: esta herramienta se especializa en monitorear los precios de ciertos productos clave. Analiza los precios en grandes cadenas de supermercados y los tiquetes aéreos ofrecidos por las aerolíneas, permitiendo detectar patrones sospechosos que podrían implicar conductas anticompetitivas (por ejemplo, aumentos paralelos de precios o reducciones simultáneas de descuentos en productos de primera necesidad, que podrían sugerir coordinación entre competidores).

- Sherlock: diseñada para agilizar el análisis de datos relacionados con la contratación pública, esta herramienta reduce el tiempo que los especialistas necesitan para revisar la información almacenada en las plataformas de compras del Estado (SECOP I y SECOP II). Sherlock optimiza la supervisión al filtrar y procesar masivamente datos de licitaciones, facilitando la detección de irregularidades o patrones anómalos (como las ya mencionadas rotaciones de adjudicatarios u ofertas sospechosamente similares).
- Búho: enfocada en identificar posibles infracciones al régimen de libre competencia mediante el análisis automatizado de noticias en medios digitales. Búho rastrea continuamente la prensa digital, redes y *blogs* en busca de palabras clave o información relacionada con mercados específicos, proporcionando alertas rápidas a la autoridad sobre información pública que podría indicar conductas anticompetitivas (por ejemplo, anuncios de subidas generalizadas de precios en un sector o declaraciones de empresarios que insinúen acuerdos).

Estas herramientas desarrolladas por la SIC demuestran una estrategia integral: abarcan desde la abogacía de la competencia (Inspector), pasando por la detección de comportamientos en mercados clave (Sabueso, en retail y aerolíneas), hasta la facilitación de investigaciones en contratación pública (Sherlock) y la inteligencia de fuentes abiertas (Búho). La combinación de IA con análisis de datos les ha permitido a las autoridades colombianas ser más proactivas en la vigilancia del mercado.

5.4. Lecciones internacionales y su aplicación en la regulación peruana

Como se evidenció a través de las experiencias de España, Brasil y Colombia, la implementación de herramientas de IA puede optimizar la capacidad de las autoridades para identificar y sancionar conductas ilícitas, además de fomentar un entorno de vigilancia proactiva que las empresas pueden adoptar en sus programas de cumplimiento. En ese sentido, el Perú —a través del Indecopi— tiene la oportunidad de incorporar estas lecciones internacionales para fortalecer su propio marco regulatorio.

La integración de la IA en la supervisión de la competencia no solo es viable, sino necesaria para economías que buscan fortalecer la transparencia y eficiencia en los mercados. Perú puede posicionarse como un referente en Latinoamérica al diseñar un marco normativo que fomente la adopción de IA en la fiscalización de la competencia. Para lograrlo, resulta imprescindible adaptar las mejores prácticas globales al contexto local, desarrollando capacidades técnicas en la autoridad, garantizando la seguridad jurídica en el uso de estas herramientas y promoviendo su aceptación en el sector privado como parte de los mecanismos de cumplimiento.

En síntesis, aprender de las experiencias internacionales permitirá al Perú evitar errores y maximizar aciertos en la incorporación de la IA como aliada estratégica en la defensa de la libre competencia. A continuación, se presentan las conclusiones y recomendaciones derivadas del análisis realizado.

CONCLUSIONES

La integración de la inteligencia artificial en los programas de cumplimiento representa una de las herramientas más prometedoras para la supervisión de mercados y la detección de prácticas anticompetitivas. Su capacidad para procesar grandes volúmenes de datos y detectar patrones de comportamiento sospechosos permite a las autoridades y a las empresas identificar infracciones de manera más rápida y efectiva. Gracias a su uso, los métodos tradicionales de detección pueden complementarse con análisis predictivos más sofisticados, lo que optimiza la vigilancia de los mercados y reduce el margen de error en la identificación de conductas ilícitas.

En este contexto, herramientas como el *cartel screening* y el *data screening* han demostrado ser mecanismos altamente eficaces para la detección de acuerdos colusorios y otras prácticas anticompetitivas (Beth & Gannon, 2022). La IA, al permitir la automatización del análisis de grandes bases de datos, facilita la identificación de patrones de conducta que podrían pasar desapercibidos en un análisis manual. Este enfoque fortalece la capacidad de fiscalización de las autoridades y representa una oportunidad para que las propias empresas adopten sistemas internos de monitoreo y prevención de conductas anticompetitivas.

Sin embargo, el potencial de la IA no solo radica en la detección de infracciones, sino también en su aplicación dentro de los programas de cumplimiento corporativo. Su implementación en las empresas puede ayudar a prevenir riesgos legales, reforzar la cultura de cumplimiento y mejorar la reputación corporativa al demostrar un compromiso activo con la libre competencia. En otras palabras, la IA puede convertirse en una aliada de las empresas para garantizar que sus operaciones se mantengan dentro del marco legal, detectando anomalías antes de que escalen a problemas mayores.

Ahora bien, a pesar de sus múltiples beneficios, la aplicación de IA en la supervisión de mercados no está exenta de desafíos. Uno de los principales riesgos es la opacidad de los algoritmos, lo que puede generar falta de transparencia en la toma de decisiones automatizadas. Si los modelos utilizados para detectar infracciones no son explicables ni auditables, podrían surgir cuestionamientos sobre la imparcialidad de sus resultados (Floridi et al., 2018). En materia de libre competencia, donde las sanciones pueden ser elevadas, es crucial que las evidencias obtenidas (total o parcialmente) mediante IA puedan ser respaldadas y comprendidas por seres humanos, asegurando así el respeto al debido proceso.

Otro desafío crucial es la calidad y disponibilidad de los datos. Para que la IA funcione correctamente, necesita alimentarse de datos precisos y actualizados. Sin embargo, en mercados con poca transparencia o con escasa digitalización, el acceso a información confiable puede ser limitado, lo que puede afectar la efectividad de estas herramientas y generar resultados sesgados. Asimismo, los algoritmos entrenados en datos históricos podrían perpetuar sesgos o patrones del pasado, por lo que se requiere supervisión humana constante y, de ser necesario, re-entrenamiento de los modelos con datos más pertinentes.

Además, la protección de la privacidad y los datos personales es un aspecto fundamental que debe ser garantizado en el uso de IA para la detección de prácticas anticompetitivas. Las empresas y las autoridades de competencia deben asegurarse de que estas tecnologías se utilicen dentro de un marco legal que proteja los derechos de las personas y evite abusos en el manejo de información sensible (Solove, 2024; Morales, 2020). Esto implica, por ejemplo, anonimizar datos cuando sea posible, limitar el uso de datos personales solo a lo estrictamente necesario para el fin legítimo de detección de infracciones, y asegurar la seguridad de la información recolectada.

Para abordar estos desafíos, es necesario establecer regulaciones claras sobre el uso de IA en la supervisión de la competencia, asegurando que su aplicación sea ética, transparente y respetuosa de los derechos fundamentales. Estas normativas deben incluir principios de explicabilidad, supervisión humana y mecanismos de auditoría que permitan evaluar la fiabilidad y efectividad de los algoritmos utilizados (Comisión Europea, 2019). Por ejemplo, podría exigirse que las agencias de competencia validen periódicamente sus modelos de IA, o que revelen a las partes investigadas los criterios generales utilizados por un algoritmo para señalarlos, de modo que puedan ejercer su defensa adecuadamente.

Ante los riesgos identificados, es imperativo que el sector empresarial adopte estrategias que garanticen un uso transparente y eficiente de la IA en la supervisión de la competencia. Del mismo modo, la autoridad de competencia debe desarrollar capacidades internas (tanto técnicas como legales) para manejar estas herramientas y entender sus resultados, evitando una dependencia ciega en la "caja negra" tecnológica.

Considerando lo señalado y dado el potencial de la IA para transformar la supervisión de la competencia en el Perú, es crucial implementar estrategias concretas para su adopción efectiva. Algunas recomendaciones incluyen:

- Fortalecimiento del financiamiento y la capacitación: es fundamental que las agencias de competencia y las empresas destinen recursos a la capacitación de su personal en el uso de IA para compliance y detección de riesgos. Esto supone entrenar tanto a técnicos en datos como a abogados en herramientas digitales, creando equipos multidisciplinarios capaces de interpretar y dar seguimiento a las señales que brinda la IA.

- Desarrollo de marcos normativos específicos: se necesita establecer regulaciones claras que definan el alcance del uso de IA en la supervisión de la competencia. Estas normativas deben abordar aspectos clave como la calidad de los datos, la transparencia de los algoritmos y la supervisión de las decisiones automatizadas, de modo que exista certeza jurídica sobre cómo se pueden utilizar (y objetar) estas herramientas dentro de un procedimiento.

- Colaboración entre sector público y privado: la cooperación entre Indecopi, universidades y empresas es fundamental para desarrollar soluciones tecnológicas adaptadas al contexto peruano. A través de alianzas estratégicas (por ejemplo, laboratorios de innovación público-privada), se pueden diseñar herramientas de IA que faciliten la identificación de prácticas anticompetitivas y promuevan un entorno de competencia leal.

- Incorporación de IA en los programas de cumplimiento de las empresas: las compañías, especialmente las grandes y medianas, deben integrar herramientas de IA en sus sistemas internos de monitoreo y prevención, permitiendo la detección temprana de posibles infracciones y reduciendo el riesgo de sanciones. La implementación de auditorías automatizadas y sistemas de alerta temprana fortalecerá la cultura de cumplimiento y mejorará la reputación corporativa.

- Desarrollo de incentivos para la adopción de IA en compliance: se podría considerar la creación de incentivos para aquellas empresas que adopten tecnologías de IA en sus programas de cumplimiento. Esto podría incluir, por ejemplo, atenuantes regulatorias (reducciones de multa) para las compañías que, de manera proactiva, detecten y corrijan prácticas anticompetitivas con el uso de estas herramientas, o reconocimientos públicos a las mejores prácticas de compliance apoyadas en IA.

Por tanto, la convergencia entre inteligencia artificial y los programas de cumplimiento representa una oportunidad única para transformar la supervisión de la competencia en el Perú. Sin embargo, su éxito dependerá del compromiso de las empresas y de la sociedad en general para adoptar un enfoque proactivo en su implementación. Es fundamental que el sector empresarial asuma un papel activo en la incorporación de la IA, así como promover su integración en los sistemas de detección de prácticas anticompetitivas, asegurando que su uso sea transparente y alineado con los principios de libre competencia.

El desarrollo tecnológico avanza a un ritmo acelerado, y la IA está destinada a desempeñar un papel cada vez más relevante en la regulación de mercados. El Perú tiene la oportunidad de posicionarse a la vanguardia en el uso de IA para la supervisión de la competencia, pero esto solo será posible si se establece una estrategia clara, se invierte en capacitación y se fomenta una cultura de ética y transparencia. Cabe señalar que ya existe un importante avance en la regulación de sistemas de compliance en otras áreas del derecho; el sector empresarial podría aprovechar dichos avances e implementar herramientas de IA para detectar prácticas anticompetitivas de manera más eficiente.

Es evidente que la IA no esperará a que las regulaciones se adapten a su avance. Por ello, es momento de actuar: la inteligencia artificial puede ser un aliado clave para la promoción de mercados competitivos, pero su adopción debe realizarse de manera estratégica, responsable y con un firme compromiso hacia la equidad y la transparencia en la competencia.

BIBLIOGRAFÍA

1. Amazon Web Services (AWS). (s.f.-a). ¿Cuál es la diferencia entre la IA y machine learning? Disponible en https://aws.amazon.com/es/compare/the-difference-between-artificial-intelligence-and-machine-learning/

2 Amazon Web Services (AWS). (s.f.-b). ¿Qué es el machine learning? Disponible en https://aws.amazon.com/es/what-is/machine-learning/

3 Arroyo, M. J., & Blasco, B. (2013). Screening de la autoridad de competencia: Mejores prácticas internacionales. Serie Política de la Competencia – Universidad CEU San Pablo, 33(5-24). Disponible en https://www.idee.ceu.es/Portals/0/Publicaciones/Docuweb%2037%20CPC.pdf

4 Autoritat Catalana de la Competència (ACCO). (2023). Guía para la detección de la colusión en la contratación pública. Disponible en https://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxius/actuacions/guia-colusion-contratacion-publica-ESP.pdf

5 Beth, H., & Gannon, O. (2022). Cartel screening – can competition authorities and corporations afford not to use big data to detect cartels? Competition Law & Policy Debate, 7(2), 77–88. https://doi.org/10.4337/clpd.2022.0001

6 Burkhardt, R., Hohn, N., & Wigley, C. (2019). Leading your organization to responsible AI. McKinsey & Company, 1-8. Disponible en https://www.mckinsey.com/capabilities/quantumblack/our-insights/leading-your-organization-to-responsible-ai

7 Centro de Competencia – Universidad Adolfo Ibáñez. (2024). Nuevo volumen de la Revista de Derecho Económico (UCH): data screening en la persecución de los carteles. [Artículo en línea]. Disponible en https://centrocompetencia.com/nuevo-volumen-revista-derecho-economico-uch-data-screening-en-persecucion-de-carteles/

8 Centro de Competencia – Universidad Adolfo Ibáñez. (2022). OCDE: Herramientas de data screening para investigaciones sobre competencia. [Artículo en línea]. Disponible en https://centrocompetencia.com/ocde-herramientas-data-screening-investigaciones/

10 Centro de Competencia – Universidad Adolfo Ibáñez. (s.f.-a). Barreras de entrada. [Glosario en línea]. Disponible en https://centrocompetencia.com/barreras-de-entrada/

11 Centro de Competencia – Universidad Adolfo Ibáñez. (s.f.-b). Programas de cumplimiento de libre competencia. [Glosario en línea]. Disponible en https://centrocompetencia.com/programas-de-cumplimiento-de-libre-competencia/

12 Chacón, R. (2024). Inteligencia Artificial con Compliance: Desafíos y oportunidades. World Compliance Association. Disponible en https://www.worldcomplianceassociation.com/3305/articulo-inteligencia-artificial-con-compliance-desafios-y-oportunidades.html

13 Comisión Europea. (2019). Directrices éticas para una IA fiable. Disponible en https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai

14 Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). (2024). Premio a BRAVA, el proyecto de IA de la CNMC contra el fraude en contratación pública. [Entrada de blog]. Disponible en https://blog.cnmc.es/2024/04/11/premio-a-brava-cnmc-contra-el-fraude-en-contratacion-publica/

15 Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). (2023). Los beneficios de la competencia para los consumidores. [Guía informativa]. Disponible en https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/CNMC/Gu%C3%ADa_competencia_consumidores_.pdf

16 Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia & Autoritat Catalana de la Competencia. (2020). Inteligencia Artificial y Competencia. Disponible en https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/Notas%20de%20prensa/2020/CONTRIBUCI%C3%93N%20IA%20Y%20COMPETENCIA%20CNMC%20ACCO.pdf

17 Espinosa, L. (2020). El ser humano y los algoritmos. Revista Internacional de Éticas Aplicadas, 31(2), 235-250. Disponible en https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7610009.pdf

18 Estruga, N. (2022). Principales diferencias entre la ética y el cumplimiento normativo. EALDE Business School. Disponible en https://www.ealde.es/etica-y-cumplimiento/

19 Floridi, L., Cowls, J., Beltrametti, M., et al. (2018). AI4People – An Ethical Framework for a Good AI Society: Opportunities, Risks, Principles, and Recommendations. Minds & Machines, 28, 689–707. https://doi.org/10.1007/s11023-018-9482-5

20 García, M., & Benítez, E. (2024). El uso de la IA generativa en la contratación pública para detectar prácticas anticompetitivas. Observatorio de Contratación Pública. Disponible en https://www.obcp.es/opiniones/el-uso-de-la-ia-generativa-en-la-contratacion-publica-para-detectar-practicas-anticompetitivas

21 Germán, L., & Becerra, A. (2022). La Inteligencia Artificial en la decisión jurídica y política. Araucaria: Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales, 24(49), 217–238. https://doi.org/10.12795/araucaria.2022.i49.10

22 Harrington, J., & Imhof, D. (2022). Cartel Screening and Machine Learning. Stanford Computational Antitrust, 1(1), 133-154. Disponible en https://law.stanford.edu/wp-content/uploads/2022/08/harrington-imhof-2022.pdf

23 Harrington, J. (2021). Cartel screening is for companies, law firms, and economic consultancies, not just competition authorities. [Artículo de conferencia]. Disponible en https://www.cresse.info/wp-content/uploads/2022/02/Harrington_Cartel-screening-is-for-companies-law-firms-and-economic-consultancies.pdf

24 Indecopi – Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2021). Guía de Programas de Cumplimiento de las Normas de Libre Competencia. Disponible en https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2131129/Gu%C3%ADa%20de%20Programas%20de%20Cumplimiento%20de%20las%20Normas%20de%20Libre%20Competencia.pdf

25 Indecopi – Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (s.f.-a). Programa de Clemencia. [Página informativa]. Disponible en https://www.gob.pe/61977-programa-de-clemencia

26 Indecopi – Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (s.f.-b). Marco Normativo de Libre Competencia – Control de Conductas Anticompetitivas. [Compendio de normas]. Disponible en https://www.gob.pe/institucion/indecopi/colecciones/3684-marco-normativo-de-libre-competencia-control-de-conductas-anticompetitivas

27 International Organization for Standardization (ISO). (2023). Construir una IA responsable: cómo gestionar el debate ético sobre la IA. [Artículo web]. Disponible en https://www.iso.org/es/inteligencia-artificial/etica-ia-responsable

28 Iturriaga, R. (2023). Gestión del compliance en materia de libre competencia. UNE – Revista de la Normalización Española, 64, 30-33. Disponible en https://revista.une.org/64/gestion-del-compliance-en-materia-de-libre-competencia.html

29 Laín, G. (2021). Responsabilidad en inteligencia artificial: Señoría, mi cliente robot se declara inocente. Ars Iuris Salmanticensis (AIS), 9(1), 197–232. https://doi.org/10.14201/AIS202191197232

30 McCarthy, J. (2007). What is Artificial Intelligence? Stanford University, Computer Science Department. (Manuscrito original de 1979, revisado 2007). Disponible en https://www-formal.stanford.edu/jmc/whatisai/

31 Ministerio para la Transformación Digital y de la Función Pública (España). (s.f.). Agencia Española de Supervisión de la Inteligencia Artificial. [Página oficial]. Disponible en https://espanadigital.gob.es/lineas-de-actuacion/agencia-espanola-de-supervision-de-la-inteligencia-artificial

32 Montero, D. (2024). Cartel screening data as evidence under EU case law. Revista de Derecho Económico (Universidad de Chile), 81(1), 29–56. Disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9660684

33 Morales, A. (2020). El impacto de la inteligencia artificial en la protección de datos personales. World Compliance Association. Disponible en https://www.worldcomplianceassociation.com/2767/articulo-el-impacto-de-la-inteligencia-artificial-en-la-proteccion-de-datos-personales.html

34 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). (2021). Programas de cumplimiento con el derecho de la competencia. https://doi.org/10.1787/21c917b3-es

35 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). (2022). Tendencias sobre competencia en Latinoamérica y el Caribe 2022. Disponible en https://www.oecd.org/es/publications/competition-trends-in-latin-america-and-the-caribbean-2022_ea8b9fba.html

36 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). (2024a). Competencia. [Sitio web]. Disponible en https://www.oecd.org/es/topics/competition/ (consultado en 2024).

37 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). (2024b). Detección de cárteles en investigaciones de oficio: documentos de las mesas redondas sobre política de competencia de la OCDE. Disponible en https://www.oecd.org/content/dam/oecd/es/publications/reports/2024/09/detecting-cartels-for-ex-officio-investigations_6836e489/6fa31ae6-es.pdf

38 Pachnou, D., & Westrik, D. (2023). Developments in Cartel Screening. Competition Policy International (OECD Competition Open Day – Columns), enero 2023. Disponible en https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2023/01/OECD-Column-January-2023-Full.pdf

39 Persch, J. (2021). Google Shopping: The General Court takes its position. Kluwer Competition Law Blog, 15 Nov 2021. Disponible en http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2021/11/15/google-shopping-the-general-court-takes-its-position/

40 Schrepel, T., & Groza, T. (2024). Computational Antitrust Within Agencies: 3rd Annual Report. Stanford Computational Antitrust, 4, 53–106. http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4861858

41 Solove, D. (2024). Artificial Intelligence and Privacy. Florida Law Review, 77(1), 5-61. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4713111

42 Stanford University. (2024). Artificial Intelligence Index Report 2024. Stanford Institute for Human-Centered Artificial Intelligence. Disponible en https://arxiv.org/pdf/2405.19522

43 Superintendencia de Control del Poder de Mercado (Ecuador). (2021). Guía de Compliance en Competencia. Disponible en https://www.sce.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2021/09/Guia-Compliance-en-Competencia-SCPM-INAC-DNPC-002-.pdf

44 United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD). (2023). Competition and consumer protection. [Portal informativo]. Disponible en https://unctad.org/topic/competition-and-consumer-protection

45 World Compliance Association. (2024). ¿Qué es el Corporate Compliance? [Definición en línea]. Disponible en https://www.worldcomplianceassociation.com/que-es-compliance.php

EL *ASTROTURFING* COMO ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL: ¿LAS RESEÑAS ENCUBIERTAS O FALSAS PUEDEN DISTORSIONAR EL MERCADO?

Alex Sosa [1]

Resumen:

El presente artículo analiza el *Astroturfing* como estrategia de competencia desleal que se viene presentando en plataformas digitales a través de reseñas encubiertas, con el objetivo de generar más demanda hacia una oferta comercial o menoscabar la reputación comercial de determinado competidor o su marca. Para ello, se analizan las diversas modalidades en las que se presenta este tipo de modalidad desleal y los efectos negativos que puede generar para el mercado y los consumidores.

Palabras clave: *Astroturfing, publicidad nativa, competencia desleal, publicidad encubierta, engaño, denigración, consumidores.*

1 Candidato a doctor y magíster por la PUCP. Abogado por la Universidad de Lima. Socio y director del área de Publicidad Consumo y Privacidad del Estudio Muñiz.
El presente artículo parte de la investigación realizada por el autor en su libro "Derecho y Marketing online", publicado por Foro Académico en el año 2022.

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene por objetivo identificar los efectos negativos que podría tener en el funcionamiento del mercado el uso de reseñas falsas y/o encubiertas por parte de los agentes económicos en sus plataformas digitales. Así, se buscará identificar si este tipo de conductas puede ser reprimida con la aplicación de la Ley de Represión de la Competencia Desleal – Decreto Legislativo N° 1044 (LRCD) y qué modalidades desleales estarían involucradas con la conducta descrita. Para tales efectos, analizaremos si el uso de reseñas, por parte de los agentes económicos, puede ser calificado dentro de las estrategias denominadas "publicidad nativa" y si el uso de estas de forma indebida constituye un acto desleal en el Derecho Comparado donde tomaremos como referencia la regulación de la Unión Europea y la española, por la fuerte influencia que tiene con nuestra regulación de competencia desleal.

2. PUBLICIDAD NATIVA Y PRINCIPIO DE AUTENTICIDAD

A medida que nos trasladamos a mercados completamente digitales, los agentes económicos prefieren difundir publicidad comercial a través de plataformas y redes sociales, en lugar de soportes tradicionales como programas y series de televisión nacional, cable o radio, incluso si son noticieros, toda vez que en la actualidad, buena parte de consumidores pasan la mayor parte de su tiempo conectados a Internet mediante diversos dispositivos móviles y es a través de estos que consumen todo tipo de contenido (películas y series en plataformas *streaming*, interacción social y noticias a través de diversas redes sociales como Facebook, TikTok, Instagram, LinkedIn e incluso diarios digitales o noticieros incluidos en *podcasts*, entre otros).

Las empresas saben que sus potenciales clientes se han mudado al mundo digital y ese es el espacio donde deben invertir en publicidad si desean llegar a ellos. Un ejemplo de ello es el hecho de que, según la Compañía Peruana de Estudios de Mercado y Opinión Pública, la inversión publicitaria de las empresas en el Perú para el año 2015 era de un 10.8 %, en el 2019 incrementó a un el 20.2 %[2] y para el 2021, la inversión publicitaria en medios digitales creció hasta constituir el 33.0 % del total[3]. Sin embargo, el traslado de la publicidad a medios digitales no solo se debe al hecho de que los consumidores pasen buena parte de sus días conectados a Internet, sino también que las plataformas digitales y redes sociales permiten que la publicidad comercial llegue de forma segmentada a los perfiles que han demostrado tener interés en una determinada oferta comercial.

Algunos años atrás, las empresas apostaban por la difusión de publicidad a grandes masas de consumidores, mediante la compra de espacios publicitarios en los programas con más *rating* esperando llegar a un mayor número de potenciales clientes, pero sin tener un mecanismo idóneo y exacto para medir si efectivamente esa inversión generaría un retorno en transacciones comerciales, pues esos anuncios podían llegar a receptores a los que les podían despertar algún interés en el producto ofertado como también a personas sin interés alguno en ellos[4]. Así, a pesar de que se podían hacer estudios de mercado para determinar en qué tipo de contenido sería importante incluir una pauta publicitaria por el tipo de público objetivo al que se pretendía dirigir el anunciante, no existía ningún mecanismo para poder medir con exactitud la eficacia de la inversión.

2 CPI COMPAÑÍA PERUANA DE ESTUDIOS DE MERCADO Y OPINIÓN PÚBLICA, Inversión Publicitaria 2019 [en línea], Lima, Compañía Peruana de Estudios de Mercado y Opinión Pública, 2020, 2 disponible en: https://www.cpi.pe/images/upload/paginaweb/archivo/26/mr_inversion_publicitaria_2019_n01_2020_a.pdf [consultado el 22 de junio de 2021].

3 CPI COMPAÑÍA PERUANA DE ESTUDIOS DE MERCADO Y OPINIÓN PÚBLICA, Evolución de la inversión publicitaria en los medios de comunicación y plataformas digitales. Nivel nacional 2017/2021 [en línea], Lima, Compañía Peruana de Estudios de Mercado y Opinión Pública, 2022, 2 disponible en: https://cpi.pe/images/upload/paginaweb/archivo/26/CPI%20Inversi%C3%B3n%20publicitaria%202021.pdf [consultado el 22 de junio de 2021].

4 CAEROLS MATEO, R., GARCÍA HUERTAS, J. G. Y GARRIDO PINTADO, P., "Estudio Delphi sobre la evolución y perspectivas de la compra programática de publicidad en España. Doxa Comunicación" [en línea], Revista Doxa Comunicación, Universidad CEU San Pablo, n.º 27, 2018, 254-260 disponible en:

https://repositorioinstitucional.ceu.es/bitstream/10637/9887/1/%28ES%29%20Monografico%202.pdf

[consultado el 22 de junio de 2021].

Esto ha cambiado completamente con la publicidad digital, pues, en la actualidad, las empresas anunciantes compran audiencias en lugar de espacios publicitarios, lo que les permite llegar a los consumidores que realmente demanden o hayan mostrado interés sobre su oferta comercial. Y esto es posible gracias a estrategias de segmentación de perfiles que se producen por el análisis y estudio de grandes cantidades de datos que las plataformas digitales pueden recabar, producto de la información que le entregan voluntariamente los consumidores o la que han obtenido a través de estrategias de minería de datos, uso de *tracking cookies*, geolocalización, interacciones en redes sociales, marketing de influencers, entre otras, las cuales pueden utilizar en conjunto o por separado, pero que les permiten segmentar perfiles para el envío de publicidad comercial[5]. A través de estas estrategias pueden segmentarse grupos de perfiles de acuerdo con sus intereses, preferencias o características específicas.

Así, por un lado, tenemos a la publicidad programática que, de forma contextual o conductual, buscará generar el envío automático de publicidad a consumidores que se encuentren realizando una determinada búsqueda o por su comportamiento en la *web* mientras navega en ella. Esta estrategia funciona a través de algoritmos y/o inteligencia artificial que busca, básicamente, la compra de espacios publicitarios en distintos dispositivos programáticos para adquirir audiencias específicas[6]. Por otro lado, tenemos las estrategias de segmentación publicitaria que busca llegar a perfiles por un contenido específico, por lo que el anunciante pretenderá llegar a un determinado público a través del marketing de influencer, reseñas que se realizan a través de páginas especializadas o plataformas específicas, redes sociales, entre otras, pero buscando que el consumidor pueda recibir el mensaje publicitario de la forma más orgánica posible.

Sin embargo, más allá de la discusión sobre la eficacia de la publicidad que se difunde a través de Internet, lo cierto es que la publicidad comercial que se difunde en medios digitales o redes sociales no es igual a la publicidad que se difunde en medios tradicionales. En el mundo digital, los consumidores reciben la publicidad de forma distinta a los canales tradicionales, por lo que el esfuerzo de los anunciantes y todos los involucrados en la industria publicitaria, para que los consumidores presten atención o den un clic en sus anuncios es el doble[7]. Así, hoy en día, los anunciantes no deben preocuparse por llegar a un público que realmente demande sus productos (porque eso ya se logra con facilidad a través de las estrategias antes comentadas), sino porque ese público quiera ver específicamente su oferta entre todas las que tiene a su disposición. De este modo, "*los empresarios y emprendedores ya no deben preguntarse si conviene publicitarse en Internet o no: ahora la pregunta es cómo y de qué forma hacerlo*"[8].

Si recordamos los inicios de la publicidad en Internet, es probable que se nos venga a la mente formatos bastante intrusivos como los *banners*[9], *pop ups*[10] y la publicidad tipo *display*. Asimismo, merece una mención particular la estrategia de publicidad comercial a través de *spam* (correos electrónicos publicitarios no deseados), que fue una de las principales estrategias utilizadas en los inicios de la publicidad por Internet. A decir de Blasco, todas las estrategias antes comentadas resultaban ser agresivas para el consumidor, cuya experiencia de navegación era interrumpida al igual que su libertad de elección limitada. Algunas de estas prácticas (sobre todo la del *spam*) fueron en algunas legislaciones consideradas prácticas agresivas sancionadas por normas de protección al consumidor o prácticas desleales sancionadas por normas de competencia desleal[11].

5 SOSA, A. (2021). LA REGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD PROGRAMÁTICA ONLINE: UN ANÁLISIS DESDE EL PRISMA DEL DERECHO COMPARADO (THE REGULATION OF ONLINE PROGRAMMATIC ADVERTISING: AN ANALYSIS FROM THE PRISM OF COMPARATIVE LAW) (JULY 30, 2021). REVISTA CONTEXTO N° 56, JULIO-DICIEMBRE DE 2021, AVAILABLE AT SSRN: HTTPS://SSRN.COM/ABSTRACT=3896679

6 REVOREDO PALACIOS, A., "Publicidad programática y protección de datos personales" [en línea], Revista Advocatus, Universidad de Lima, n.° 39, 2021, 152 disponible en: https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/5124/4937 [consultado el 22 de junio de 2021].

7 BLAY-ARRÁEZ, R. Y ZOMEÑO, D., "Big data e inteligencia editorial en el branded content y en los nuevos modelos de negocio de los medios" [en línea], Profesional De La Información, EPI SCP, vol. 30, n.° 1, 2021, 1-2 disponible en: http://www.profesionaldelainformacion.com/contenidos/2021/ene/zomeno-blay.pdf [consultado el 22 de junio de 2021].

8 REVOREDO PALACIOS, A., Publicidad programática y protección de datos personales, cit., 151

9 MARTÍNEZ OTERO, J. M. Y MIRALLES PECHUÁN, L., "Fraudes en la publicidad en internet: tipología y tratamiento jurídico", Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, Aranzadi Thomson Reuters, n.° 34, 2014, 69.

10 Ibid., 82.

11 BLASCO, B., "Unfair commercial practices, spam, and fake online reviews. the italian perspective and comparative profiles", cit., 140.

A raíz de que se generó este problema es que empieza a nacer el concepto de publicidad nativa. En palabras de Blay- Arráez y Zomeño, "*debido al alto consumo del contenido en los dispositivos móviles y a la gran cantidad de impactos a la que se expone al usuario, el rechazo hacia la publicidad más intrusiva como el display ha aumentado*"[12], razón por la que los anunciantes comenzaron a demandar productos editoriales con un objetivo que no se concentre en la interrupción, sino en la construcción de valor a través de la creación de contenido relevante. Así, la publicidad nativa hace su aparición impulsada por el incremento de la demanda en el uso de redes sociales y el descenso de la efectividad de la publicidad *online* más tradicional, toda vez que los consumidores consideraban a la publicidad en Internet a través de *banners*, *pop-up* y *spam* como un obstáculo que no añadía ningún valor en su experiencia de navegación. De este modo, los anunciantes empiezan a crear contenido publicitario que se integre orgánicamente en la experiencia de la plataforma digital que alojaría la publicidad, evitando de esta manera a los bloqueadores de publicidad *online*.[13]

Si queremos definir de forma general a la publicidad nativa podemos decir que es el tipo de anuncio comercial que busca comunicar de la forma más integrada posible al contenido editorial de la página, red social, plataforma digital o en la funcionalidad del medio en el que se publica o difunde. Es la publicidad que no rompe el esquema de la comunicación del espacio en el que se difunde y busca que ello se realice respetando la línea de comunicación de la plataforma *online*, *blog*, *web*, red social o *influencer* que lo contenga[14].

Así, el principal propósito de la publicidad nativa es poder ofrecer valor al usuario, aportando conocimientos y una buena experiencia, sin interrumpir su navegación[15]. Los profesionales del *marketing* y publicidad han advertido que los consumidores digitales responden más a los anuncios que parezcan lo más orgánicos posibles o más acordes con la línea editorial de la plataforma digital, por lo que la tendencia del uso de esta estrategia es creciente y se apoya en estrategias de segmentación (publicidad comportamental), los cuales sin duda pueden proporcionar enormes ventajas tanto para los oferentes (es decir, anunciantes) al permitirles afinar el *target* como para los consumidores, al evitar que visualicen comunicaciones comerciales indeseadas o ajenas a sus intereses (reducción de costos de búsqueda de información)[16].

Para explicar esta estrategia comercial podríamos utilizar como analogía las estrategias de *product placement* en las obras audiovisuales como películas, series y videojuegos, la cual consiste en incluir marcas dentro del discurso autónomo de una narración audiovisual, gráfica o literaria a cambio de una contraprestación de parte del anunciante[17]. Respecto de estas estrategias se puede decir que (i) el consumidor sabe que está frente a una inclusión publicitaria, y (ii) tiene un importante efecto persuasivo al no romper el esquema de comunicación del contenido al cual esté expuesto el receptor de la publicidad. De este modo, Rodríguez y Sosa resaltan la eficacia publicitaria del *product placement* en el hecho de que "*no se trata solo de mostrar o mencionar una marca en la trama de una serie o película, sino darle un papel intenso dentro de su contexto, logrando con ello un efecto persuasivo más poderoso que el típico anuncio publicitario*"[18] Y es que, como señala Lindstrom, "*no tenemos recuerdos de las marcas que no representan un papel integral dentro del guión de un programa*"[19].

12 BLAY-ARRÁEZ, R. Y ZOMEÑO, D., "Big data e inteligencia editorial en el branded content y en los nuevos modelos de negocio de los medios", cit., 11.

13 GÓMEZ NIETO, B., "El influencer: herramienta clave en el contexto digital de la publicidad engañosa" [en línea], Methaodos, Revista de ciencias sociales, Instituto de Ciencias Sociales Computacionales Universidad Rey Juan Carlos, vol. 6, n.º 1, 2018, 152 disponible en: https://www.methaodos.org/revista-methaodos/index.php/methaodos/article/view/212/359 [consultado el 20 de julio de 2021].

14 ABUÍN VENCES, N., CORDÓN BENITO, D. Y MAESTRO ESPÍNOLA L., "Integración de los mensajes comerciales y el contenido editorial en la prensa digital: publicidad nativa" [en línea], Pensar la Publicidad. Revista Internacional De Investigaciones Publicitarias, Universidad Complutense de Madrid, vol. 13, n.º 1, 2021, 211-212 disponible en: https://revistas.ucm.es/index.php/PEPU/article/view/65027/4564456551844 [consultado el 20 de julio de 2021].

15 CYBERCLICK, 180 Tendencias y Predicciones del Marketing Digital 2021, Barcelona, Cyberclick Academy, 2021, 83.

16 PERALES ALBERT, A., "Reflexiones en torno al engaño en las comunicaciones comerciales" [en línea], Methaodos, Revista de ciencias sociales, Instituto de Ciencias Sociales Computacionales Universidad Rey Juan Carlos, vol. 6, n.º 1, 2018, 61-62 disponible en: https://www.methaodos.org/revista-methaodos/index.php/methaodos/article/view/226/352 [consultado el 20 de julio de 2021].

17 BAÑOS GONZÁLEZ, M. Y RODRÍGUEZ GARCÍA, T. C., Imagen de marca y product placement, Madrid, ESIC Editorial, 2012, 117.

18 RODRÍGUEZ GARCÍA, G. M. Y SOSA HUAPAYA A. E., Con licencia para anunciar, Lima, Themis, 2014, 98.

19 LINDSTROM, M., Buyology Verdades y mentira de por qué compramos, 2.ª ed., Lima, Editorial Planeta, 2010, 61.

Ese es el elemento principal que caracteriza a la publicidad nativa: "*relaciona el contenido no publicitario de una web que ha generado interés en una persona, con otro contenido publicitario donde una marca continúa el relato manteniendo el formato y el estilo iniciales*"[20].

Ciertamente, la publicidad nativa tiene una mayor acogida por parte de los consumidores y permite que el anuncio pueda formar parte integral de la línea editorial de la plataforma que está sirviendo como medio de comunicación social. El consumidor no se siente invadido y se fideliza con la plataforma por lo que tendrá mayor disposición para recibir el anuncio publicitario y permitirá cumplir con el objetivo principal de la publicidad nativa que es comunicar comercialmente sin que el mensaje llegue de forma molesta para el consumidor[21].

Ejemplos del uso de estrategias de publicidad nativa las encontramos en la publicidad que nos llega a través de redes sociales, en la que aparece como un posteo o historia de un amigo cualquiera, pero con la marca anunciante. Podríamos agregar a los ejemplos, la publicidad que se difunde a través del motor de búsqueda de Google que muestra los resultados publicitarios y orgánicos de nuestras búsquedas en el mismo formato, solo que los primeros tienen la indicación de "anuncios" para que los consumidores los reconozcan como tales[22].

Si bien la publicidad nativa es una estrategia de *marketing* lícita, acarrea riesgos como toda estrategia comercial. La principal contingencia en el uso de esta estrategia publicitaria surge cuando el consumidor no puede diferenciar la naturaleza comercial de la comunicación o carácter publicitario del mensaje[23]. Si estamos frente al escenario descrito, se tratará de publicidad "encubierta", figura que ha sido definida por Martínez y Miralles como "*la conducta consistente en disfrazar un anuncio como otro tipo de comunicación, para captar así la atención de un usuario y hacer más probable su clic*"[24]. El principio de autenticidad sanciona a la publicidad encubierta, esto es la publicidad comercial que puede generar como riesgo que el consumidor no advierta su naturaleza comercial. Así, como señala Tato Plaza:

> (...) es ampliamente conocida en el ámbito del Derecho de la publicidad la figura de la publicidad encubierta, también denominada a veces publicidad oculta o publicidad disfrazada. Se conoce con cualquiera de estos nombres toda aquella publicidad que no es identificable como tal por el público de los consumidores.[25]

Esta modalidad publicitaria se sanciona partiendo de la premisa que el consumidor tiende a creer más en una comunicación que considera ordinaria, orgánica o producto de una investigación, toda vez que cree que su contenido es imparcial, a diferencia de la publicidad comercial, frente a la cual el consumidor es relativamente escéptico, en la medida que sabe que lo están tratando de convencer para que compre un producto o tome un servicio. En ese contexto es que tradicionalmente, algunos anunciantes han desarrollado comunicaciones comerciales disfrazadas como reportajes o notas periodísticas (publirreportajes).

Así, como sostiene De la Cuesta Rute, el elemento engañoso de la publicidad encubierta no reside en lo que el mensaje comunica, sino en el modo de comunicarlo, por lo que la finalidad de considerar ilícito el mensaje publicitario que se enmascara o encubre de manera que no lo parezca, es evitar que los destinatarios lo reciban sin adoptar las medidas psicológicas con que se reciben los mensajes publicitarios.[26]

20 TOMAS, D., "¿Qué es la publicidad nativa? Ventajas y casos de éxito" [en línea], Cyberclick, Cyberclick Agent S.L., 2021 disponible en: https://www.cyberclick.es/que-es-la-publicidad-nativa-ventajas-y-casos-de-exito [consultado el 20 de julio de 2021].

21 ABUÍN VENCES, N., CORDÓN BENITO, D. Y MAESTRO ESPÍNOLA L., "Integración de los mensajes comerciales y el contenido editorial en la prensa digital: publicidad nativa", cit., 216-217.

22 CAMPBELL, C. Y GRIMM, P. E., "The challenges native advertising poses: Exploring potential federal trade commission responses and identifying research needs" [en línea], Journal of Public Policy & Marketing, American Marketing Association, vol. 38, n.º 1, 2019, 113 disponible en: https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0743915618818576 [consultado el 20 de julio de 2021].

23 ÁLVAREZ VÁZQUEZ, A. Y SIXTO-GARCÍA, J., "Influencers en Instagram y publicidad engañosa: La necesidad de regular y autorregular" [en línea], Estudios sobre El Mensaje Periodístico, Universidad Complutense de Madrid, vol. 26, n.º 4, 2020, 1612 disponible en: https://revistas.ucm.es/index.php/ESMP/article/view/66921/4564456554562 [consultado el 20 de julio de 2021].

24 MARTÍNEZ OTERO, J. M. Y MIRALLES PECHUÁN, L., "Fraudes en la publicidad en internet: tipología y tratamiento jurídico", cit., 83.

25 Tato Plaza, A. (2010). Aspectos jurídicos del spam. En Publicidad, defensa de la competencia y protección de datos. Cizur Menor: Editorial Aranzadi. P. 63.

26 De la Cuesta Rute, J. M. (2002). Curso de Derecho de la Publicidad. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra (EUNSA). pp. 165-166.

Cabe señalar que no es que este tipo de comunicaciones se encuentren prohibidas en el Perú. El artículo 16 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal – Decreto Legislativo N° 1044 (en adelante, la LRCD) es claro en señalar que, si la comunicación publicitaria es capaz de generar el riesgo de impedir que los consumidores adviertan su naturaleza comercial, debe consignar claramente que se trata de publicidad comercial o publirreportaje.

Ante ello, cierto sector de la doctrina cree que la publicidad nativa siempre tiene un efecto de inducción a error y suelen compararlas con las estrategias de elaboración de *fake news*. En efecto, se sostiene que la publicidad nativa se aprovecha de las ambigüedades que se pueden presentar en la comunicación a través de Internet y pueden resultar encubierta en la medida que los consumidores no puedan reconocer su naturaleza comercial[27] y en razón a ello, debería ser regulada[28]. Respecto de esta posición consideramos que- en principio- la publicidad nativa es una estrategia de comunicación comercial cuyo objetivo es persuadir -al igual que cualquier otro tipo de publicidad- a los consumidores y no pretender ocultar su naturaleza comercial[29], sin embargo, si es que es susceptible de generar como efecto que los consumidores no adviertan que se trata de un anuncio publicitario deben ser sancionadas por infringir el principio de autenticidad.

Ahora bien, en toda esta evolución de la publicidad nativa, hay una estrategia que causa mucha preocupación en las autoridades de competencia por su naturaleza y probanza particulares. Nos referimos a la modalidad denominada *Astroturfing*, bautizada de esa forma en honor a una marca de césped artificial norteamericana, con la cual se denominó a las estrategias de comunicación que buscan transmitir un mensaje con finalidad concurrencial, escondiendo la identidad del verdadero emisor[30].

Dicha estrategia de comunicación se concentra en crear y distribuir *reviews* falsos o reseñas falsas en la *web* que se hacen pasar por orgánicos (reales) y son susceptibles de inducir a error a los consumidore[31]. La Unión Europea, sostiene que la definición de reseña debe ser lo más amplia posible, reconociendo que, en el comercio electrónico actual, los agentes económicos a través de plataformas en línea y/o redes sociales "*ofrecen a los consumidores la posibilidad de informar a otros consumidores de su experiencia con diferentes productos o comerciantes. Los servicios de reseñas se suelen incluir en los mercados en línea, los motores de búsqueda, los sitios web especializados en la valoración de viajes, las herramientas comparativas y las redes sociales. Diversos estudios demuestran la importancia de las reseñas para las decisiones de compra de los consumidores. (...). El concepto de «reseñas» debe interpretarse en sentido amplio, incluidas las prácticas relacionadas con las calificaciones*."[32]

Es importante precisar que, si bien esta estrategia también puede utilizarse desde un enfoque político para generar soporte falso al gobierno de turno, bajo la apariencia de comentarios ordinarios de "personas de a pie" y/o para apoyar o denigrar a determinado partido político (o a sus miembros)[33], en este trabajo nos limitaremos a los efectos comerciales de dicha estrategia.

27 CAMPBELL, C. Y GRIMM, P. E., "The challenges native advertising poses: Exploring potential federal trade commission responses and identifying research needs", cit., 110-113.

28 CODINA, L., GONZALO-PENELA, C. Y LOPEZOSA, C., "Off-page SEO and link building: General strategies and authority transfer in the digital news media" [en línea], Profesional De La Información, EPI SCP, vol. 28, n.º 1, 2019, 6-10 disponible en https://revista.profesionaldelainformacion.com/index.php/EPI/article/view/epi.2019.ene.07/42504 [consultado el 20 de julio de 2021].

29 LÓPEZ DEL CASTILLO WILDERBEEK, F. L., "Publicidad nativa: ¿fake news o recurso estratégico?" [en línea], ComHumanitas: Revista Científica De Comunicación, Universidad de los Hemisferios, vol. 11, n.º 2, 2020, 12 disponible en: https://www.comhumanitas.org/index.php/comhumanitas/article/view/238/234 [consultado el 20 de julio de 2021].

30 CARO CASTAÑO, L., "Microcelebridades y comunicación encubierta online en España. El caso de #Pentatrillones" [en línea], adComunica. Revista Científica de Estrategias, Tendencias e Innovación en Comunicación, Universitat Jaume I, n.º 11, 2016, 126 disponible en: http://www.e-revistes.uji.es/index.php/adcomunica/article/view/4892/5038 [consultado el 20 de julio de 2021].

31 BANERJEE, S., PODDAR, A. Y SRIDHAR, K., "False Advertising or Slander? Using Location Based Tweets to Assess Online Rating-Reliability", Journal of Business Research, Elsevier, vol. 99, 2017, 1-2.

32 Unión Europea. Guía sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior. (2021/C 526/01). P. 93.

33 BLAKE, M., Automated Detection of Chinese Government Astroturfers Using Network and Social Metadata [en línea], SSRN, Elsevier, 2016, 2-3 disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2738325 [consultado el 20 de julio de 2021].

3. EN QUÉ CONSISTE UNA ESTRATEGIA DESLEAL DE RESEÑAS ENCUBIERTAS O FALSAS *(ASTROTURFING)*

La figura del *Astroturfing* se presenta cuando un operador económico, de forma encubierta, publica o contrata reseñas *online*, a fin de que parezca la opinión genuina de cualquier consumidor sobre un determinado producto o servicio. Esta estrategia es definida como "una forma ilegítima de relaciones públicas que busca distorsionar la percepción de la opinión pública o de un grupo de consumidores/votantes/ciudadanos sobre cuáles son los temas de interés"[34].

A decir de Leiser, las campañas de *Astroturfing* tienen dos características: en primer lugar, implica el uso del engaño al ocultar que las reseñas son parte de una campaña publicitaria planificada y, en segundo lugar, representa una falta de transparencia al encubrir la identidad de los patrocinadores de la campaña; de tal forma que, las comunicaciones aparecen como espontaneas ante el consumidor, quien no será escéptico frente a ellas ni realizará una mayor reflexión racional sobre ellas[35].

De este modo, esta estrategia comercial busca impactar en los consumidores desde un punto de vista psicológico, apoyándose en el hecho de que tendemos a compartir la posición socialmente aceptada por las mayorías, por lo que muchas veces tomamos nuestras decisiones por experiencias o comentarios (positivos o negativos) de terceros con los cuales nos podríamos sentir identificados. Así, algunas empresas buscan, a través de reseñas falsas, persuadir a los consumidores sobre supuestos aspectos de determinados productos en foros o en páginas que permiten incluir reseñas de experiencias, tales como Amazon, TripAdvisor[37], Booking, AirBnb, entre otras. El profesor español Pérez califica este tipo de prácticas como desleales bajo la denominación "*sock puppetry*" y la describe de la siguiente manera:

> En este caso, la práctica consiste en aportar comentarios positivos referidos a un determinado producto o marca, pero que lejos de ser suscritos por consumidores individuales, son escritos por el propio empresario o por sus empleados sin desvelar dicha condición. La diferencia fundamental entre esta actividad y la de utilizar un alias o pseudónimo, es que aquella pretende presentarse frente al resto de usuarios como un tercero desvinculado de aquel a quien dirige sus comentarios[38].

34 GÓMEZ NIETO, B., "El influencer: herramienta clave en el contexto digital de la publicidad engañosa", cit., 153.

35 LEISER, M., "Astroturfing, 'CyberTurfing' and other online persuasion campaigns" [en línea], European Journal of Law and Technology, Institute of Advanced Legal Studies, vol. 7, n.° 1, 2016, 2 disponible en: https://strathprints.strath.ac.uk/57098/1/Leiser_EJLT_2016_astroturfing_cyberturfing_and_other_online_persuasion_campaigns.pdf [consultado el 20 de julio de 2021].

36 GOLDMAN, E. Y TUSHNET, R., Advertising & Marketing Law: Cases and Materials, cit., 93.

37 ASHMAN, H., CHOO, K. R., DETCHON, S. Y PENG, J., "Astroturfing detection in social media: a binary n-gram–based approach", Concurrency and Computation Practice and Experience, John Wiley & Sons Ltd., vol. 29, n.° 17 (e4013), 2017, 1.

38 PÉREZ BES, F., "Las prácticas comerciales desleales en Internet" [en línea], Comunicación y pluralismo, Universidad Pontificia de Salamanca, nº. 9, 2010, 211-212 disponible en: https://summa.upsa.es/high.raw?id=0000030687&name=00000001.original.pdf [consultado el 20 de julio de 2021].

Como vemos, mediante esta herramienta se oculta la real identidad del anunciante y se disfraza la naturaleza de los comentarios convirtiéndolos -en apariencia- "orgánicos" cuando, en realidad, son comunicaciones artificiales o encubiertas contratadas para favorecer o perjudicar a un determinado agente económico (o su oferta comercial). En ese sentido, el *Astroturfing* es una manipulación encubierta de la opinión pública, posible gracias al anonimato que da el Internet, que permite que los comentarios en las redes sociales o plataformas digitales puedan ser manipulados por personas con intereses creados[39].

La Unión Europea se pronuncia sobre esta herramienta desleal a través de la "Guía sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (2021/C 526/01)", justificando la importancia de su represión bajo el siguiente argumento:

> "(...) Los comerciantes utilizan diferentes técnicas para aumentar el número de reseñas positivas de sus productos en las plataformas o para reducir o restar importancia al número de reseñas negativas. Para impulsar sus productos, algunos comerciantes organizan la publicación de reseñas positivas falsas (...)
>
> Además, las reseñas incentivadas o falsas pueden influir en la clasificación del producto y, por tanto, en la visibilidad en la plataforma si los parámetros de búsqueda de esta tienen en cuenta la puntuación de las reseñas.
>
> Tales prácticas distorsionan las opciones de los consumidores. Aunque algunas plataformas informan de la adopción de medidas para limitar las reseñas falsas, el problema parece aumentar y ha dado lugar a un aumento de las medidas de ejecución pública. (...).[40]

Las estrategias de *Astroturfing* son posibles debido a que los consumidores confían cada día más en las recomendaciones que otros usuarios realizan en el entorno del Internet, sobre todo si son desconocidos[41]. De hecho, la tendencia de los consumidores a revisar reseñas de terceros antes de tomar una decisión de consumo cada vez es mayor, toda vez que a través de ellas el consumidor se entera si el producto que le interesa le conviene o no, e incluso si existe una mejor oferta o producto por parte de los competidores, ya que como sostiene la profesora Alvarado:

> Ya no creemos en la publicidad, ni en lo que dicen las empresas de sí mismas. Si queremos comprarnos una cámara de fotos, preferimos consultar el *blog* de una persona experta que conozca este producto y otros similares, podemos leer los comentarios que otras personas han hecho en el *blog* y además podemos preguntar y consultar, recibiendo las respuestas de manera inmediata o podemos comprar en Mercado Libre o Kotear pues sentimos más segura nuestra adquisición porque podemos ver la calificación que otros le han dado al producto o a la persona que lo vende[42].

39 ASHMAN, H., CHOO, K. R., DETCHON, S. Y PENG, J., "Astroturfing detection in social media: a binary n-gram–based approach", cit., 1.

40 Unión Europea. Guía sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior. (2021/C 526/01). P. 93.

41 TOURIÑO, A., El derecho al olvido y a la intimidad en Internet, Madrid, Los libros de la Catarata, 2014, 110.

42 ALVARADO DE MARSANO, L., Brainketing, Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), 2013, 73.

Lamentablemente, el consumidor no sabe cuántos de esos comentarios son manifestaciones reales de una experiencia, ni que se ha vuelto frecuente que las empresas utilicen el *Astroturfing* para engañarlos o denigrar a sus competidores, con el afán de desviar la demanda hacia su oferta. Sin ir muy lejos, en Estados Unidos, más del 30 % de las reseñas son falsas y en los últimos años, más del 80 % de consumidores se inclinaron por realizar o no realizar una compra luego de leer comentarios de otros consumidores sobre el producto en Internet[43]. De hecho, de un análisis realizado por el centro Horowitz Research en los Estados Unidos, se reportó que, cuando se preguntó a los consumidores cuáles consideraban que eran las formas de promoción más efectivas para llegar a ellos a través de la publicidad, casi la mitad de los consumidores encuestados (45 %) mencionaron que los vídeos con reseñas o desempaquetados (*unboxing*) eran los que llamaban más su atención y un 44 % mencionaron que las reseñas de servicios, productos o artículos eran las más efectivas[44].

Asimismo, tenemos estadísticas que señalan que el 90 % de consumidores lee reseñas antes de visitar una página *web*, que el 88 % de consumidores confía más en una reseña *online* de terceros que en recomendaciones de conocidos y que el 86 % de consumidores dudará realizar transacciones comerciales con empresas que tengan una reseña negativa[45]. Por el lado europeo, en una investigación coordinada por la Comisión Europea en 2022, la cual examinó 223 sitios *web* de reseñas *online*, se detectó que en cerca de dos tercios de los casos existían serias dudas sobre la autenticidad de las reseñas publicadas. Esta revisión evidenció deficiencias sistemáticas en los mecanismos de verificación, transparencia y control, lo que refuerza la magnitud del problema y su potencial para afectar decisiones informadas de consumo[46].

Ahora bien, es importante señalar que, en el ecosistema *online*, las reseñas falsas se difunden (viralizan) con gran rapidez en redes sociales y plataformas digitales por sus propios algoritmos, que ponen en primeros lugares a los mensajes novedosos y populares[47]. Razón por la cual las estrategias de *Astroturfing* pueden afectar el comportamiento de los consumidores y son capaces de distorsionar el correcto funcionamiento del mercado.

43 DOHSE, K. A., "Fabricating Feedback: Blurring the Line Between Brand Management and Bogus Reviews" [en línea], Journal of Law, Technology & Policy, University of Illinois, vol. 2013, n.° 2, 2013, 364-365 disponible en: http://illinoisjltp.com/journal/wp-content/uploads/2013/12/Dohse.pdf [consultado el 20 de julio de 2021].

44 HOROWITZ RESEARCH, "To Engage Today's Consumers, User-Generated and Personalized Advertising Could Be the Holy Grail, According to New Horowitz Research" [en línea] Horowitz, Horowitz Research, 2019 disponible en: https://www.horowitzresearch.com/research/to-engage-todays-consumers-user-generated-and-personalized-advertising-could-be-the-holy-grail-according-to-new-horowitz-research/ [consultado el 20 de julio de 2021].

45 INVESP, "The importance of online consumer reviews" [en línea], 2021 disponible en: https://www.invespcro.com/online-customer-reviews.jpg [consultado el 1 de marzo de 2022].

46 MIRANDA SERRANO, L. "Prácticas desleales sobre reseñas online de bienes y servicios". InDret. 2023. P. 16. DOI: 10.31009/InDret.2023.i2.04

47 HUERTA CÁNEPA, G. Y SANTANA, L. E., "¿Son bots? Automatización en redes sociales durante las elecciones presidenciales de Chile 2017", cit., 63-64.

Ciertamente, estas estrategias pueden engañar a los consumidores al insertar falsas opiniones positivas en un sitio o generar "vandalismo" en el mercado al insertar falsas críticas negativas en el sitio *web* de un competidor con el objeto de intentar dañar su reputación comercial, por ejemplo, a través de la publicación sistemática de críticas de "fraude". Ese *feedback* artificial y patrocinado puede generar como consecuencia un efecto ficticio de consenso en línea (gracias a la capacidad de influencia que puede tener en los consumidores) sobre un efecto positivo o negativo de un producto a pesar de no poseerlo[48]; lo cual terminará siendo eficaz para influir en nuestra decisión de consumo[49], toda vez que se genera la apariencia de que dichos comentarios positivos o negativos se encuentra validados por múltiples usuarios cuando ello no es cierto[50].

Las reseñas orgánicas o reales de consumidores que se incluyen en plataformas digitales son importantes -incluso si no son positivas- tanto para los proveedores como para futuros consumidores, toda vez que un comentario negativo podría permitir al agente económico conocer cómo mejorar su oferta comercial en el mercado y corregir errores de forma comercial e inmediata, sin llegar a la necesidad de ir a tribunales, así como al consumidor le permite conocer la experiencia de terceros con el producto que le interesa. Sin embargo, el mal uso que algunos operadores económicos le dan a estos mecanismos de información puede generar como efecto la pérdida de credibilidad que los consumidores tienen a las reseñas cuando estas, si son reales, se tratan de una fuente importante de información para que tomen decisiones de consumo adecuadas. Así, somo señala Miranda Serrano:

> (...) podría decirse que mediante el sistema de reseñas y valoraciones de las prestaciones empresariales en manos de los consumidores y usuarios (conocido como *reputational feedback system*) se generan los incentivos necesarios para que los operadores económicos que lo utilizan se esfuercen en obtener la mejor reputación posible. Y es que en la era digital adquiere plena vigencia y actualidad la conocida aseveración plautina según la cual «si puedo preservar la reputación, será suficiente riqueza», al existir un estrecho vínculo entre reputación y eficiencia empresarial. Ahora bien, para que la incidencia, que las reseñas ejercen sobre las decisiones de mercado de los consumidores y usuarios pueda ser protegida por el ordenamiento jurídico, es necesario que sean fiables. Así acontece cuando no presentan disfunciones o irregularidades, al incumplir las exigencias derivadas del principio de veracidad. De ahí la conveniencia de prestar atención a este asunto.[51]

Asimismo, el *Astroturfing* genera también como efecto que las empresas no tengan la certeza de si las críticas que le hacen son reales o falsas y, lo que es peor, podrían terminar generando reacciones que afecten la libertad de los usuarios de transmitir su experiencia. Por ejemplo, en Estados Unidos, algunas empresas han suscrito contratos con sus clientes en los que acuerdan que estos no puedan publicar reviews sobre la atención. Una figura que ha recibido varias críticas e incluso demandas por atentar contra la libertad de expresión[52].

48 CASPAR, C., KOVIC, M., RAUCHFLEISCH, A. Y SELE, M., "Digital Astroturfing in politics: Definition, typology, and countermeasures" [en línea], SComS Studies in Communication Sciences An Open Access Journal, University of Zurich, vol. 18, n.º 1, 77-81 disponible en: https://www.hope.uzh.ch/scoms/article/view/j.scoms.2018.01.005/991 [consultado el 20 de julio de 2021].

49 BLASCO, B., "Unfair commercial practices, spam, and fake online reviews. the italian perspective and comparative profiles", cit., 150-151.

50 LEISER, M., "Astroturfing, 'CyberTurfing' and other online persuasion campaigns", cit., 8.

51 MIRANDA SERRANO, L. "Prácticas desleales sobre reseñas online de bienes y servicios". InDret. 2023. Pp. 4-5. DOI: 10.31009/InDret.2023.i2.04

52 DOHSE, K. A., "Fabricating Feedback: Blurring the Line Between Brand Management and Bogus Reviews", cit., 386

4. EL *ASTROTURFING* Y SU IMPACTO DESLEAL EN EL MERCADO

Conforme hemos podido advertir de los apartados anteriores, las estrategias de *Astroturfing* buscan presentarse como una reseña sobre una determinada oferta comercial pretendiendo generar la percepción que su origen es orgánico con el objeto de generar un efecto persuasivo en la toma de decisión de consumo de sus receptores. En ese contexto, no podríamos afirmar que el *Astroturfing* es una modalidad de publicidad nativa, pues esta última es una estrategia que se desarrolla con el objeto de presentar la publicidad respetando la línea editorial o la presentación de la plataforma digital que le va a servir de soporte y no tiene por finalidad ocultar la naturaleza comercial de su comunicación, por más que en algunos casos ello pueda ser el riesgo al que se enfrente si un consumidor, no logra advertir que se trata de publicidad. Por el contrario, en el caso del *Astroturfing*, por definición, esta herramienta de competencia desleal busca ocultar cuál es su verdadero origen.

De este modo, podemos afirmar que esta estrategia se trata de una comunicación encubierta que busca persuadir a los consumidores a realizar una de las dos siguientes acciones: (i) adquirir una oferta comercial o reforzar su posicionamiento; o (ii) rechazar o no adquirir una determinada oferta comercial. De este modo, el agente económico que no pretenda competir en el mercado por eficiencia, es decir, el agente que no pretenda concurrir en el mercado por sus propios méritos o esfuerzos utilizará el *Astroturfing* para desviar la demanda de la oferta competidora hacia la suya, a través del engaño sobre su oferta comercial o menoscabando la reputación comercial de sus competidores.

Así, el agente que concurra en el mercado haciendo uso del *Astroturfing* estará perpetrando un acto de competencia desleal susceptible de distorsionar el correcto funcionamiento del mercado, toda vez que procurará ganar una mayor cantidad de clientes haciéndoles creer, a través de reseñas encubiertas, que los consumidores prefieren sus productos en el mercado cuando ello puede no ser cierto, o en su defecto, pretenderá tener un mayor posicionamiento en el mercado acabando con la reputación comercial de sus competidores, transmitiendo mediante reseñas falsas la percepción que los productos de sus competidores serían de mala calidad o rechazados por la sociedad.

El riesgo de que este daño pueda generarse en el mercado es bastante alto en la medida que el consumidor es menos escéptico frente a comentarios y experiencias de terceros que cuando está expuesto a la publicidad comercial (si es que la puede reconocer como tal)[53], en la medida que, como sostiene Touriño, "*la opinión de los usuarios es un arma muy poderosa de promoción empresarial cuando la misma es positiva, pero devastadora cuando es negativa*"[54].

En el ámbito peruano, en estricta aplicación de la LRCD, las estrategias de *Astroturfing*, dependiendo de sus potenciales efectos, podría ser sancionada por infracción al principio de autenticidad (si se trata de publicidad encubierta), actos de engaño y acto de denigración. En efecto, si se llega a probar la existencia de un acto de *Astroturfing*, siempre podrá ser reprimido por infracción al principio de autenticidad contenido en el artículo 16 de la LRCD, toda vez que se estará frente a una comunicación comercial encubierta que podría distorsionar la demanda de una empresa de forma positiva o negativa a través de estrategias distintas a la eficiencia económica.

53 CALFEE, J. E., Miedo a la persuasión. Una nueva perspectiva de la publicidad y sus reglas, Lima, Themis, 2013, 56.

54 TOURIÑO, A., El derecho al olvido y a la intimidad en Internet, cit., 112

Asimismo, si dichas reseñas son realizadas sobre la base de afirmaciones objetivas (comprobables), dichos actos podrán sancionarse también por infringir el artículo 8 de la LRCD (actos de engaño) si es que su contenido es susceptible de inducir a error a los consumidores, toda vez que dicho acto podría ser susceptible de desviar la demanda de la oferta de sus competidores hacia su oferta, sobre la base del engaño y no a una estrategia de competencia generada por sus propios méritos o esfuerzo.

De este modo, si el contenido de la reseña es falso, estaremos (i) frente a publicidad engañosa que será susceptible de inducir a error a los consumidores y generar como consecuencia la influencia en sus decisiones sobre transacciones comerciales que de, otro modo, no hubiese tomado[55]; y, (ii) frente a un acto susceptible de distorsionar el mercado, pues "un anunciante que utiliza un mensaje engañoso está desviando clientela a su negocio en forma artificial, perjudicando al resto de los comerciantes y dañando la transparencia a la que propende el Derecho de la Competencia Desleal"[56].

Por otro lado, si dichas reseñas encubiertas son susceptibles de generar como efecto el menoscabo de la reputación de la oferta comercial de un tercero, al cual se alude de forma inequívoca pudiendo generar como efecto el menoscabo de su reputación comercial, puede ser sancionado como un acto de denigración[57], en caso la reseña incumpla cualquiera de los siguientes requisitos: (i) ser veraz por su condición objetiva, (ii) tener un contenido exacto (por claro y actual) y (iii) pertinente (de forma y fondo), como lo exige el artículo 11.2 de la LRCD.

Cabe precisar que, debido a la forma en la cual se desarrollan las estrategias de *Astroturfing* contra competidores, se buscará- por lo general- destruir a la oferta competidora sobre la base de comentarios y usuarios falsos. En ese escenario, cuando se genere el menoscabo de la reputación comercial del agente aludido, estos anunciantes deberán ser sancionados por actos de denigración y no por engaño. La diferencia entre estos actos se encuentra en los efectos: en la denigración se sanciona que la información utilizada en la comunicación comercial sea engañosa, inexacta o impertinente, y que sea susceptible de tener como efecto el menoscabo de la reputación comercial del agente aludido, mientras que en el engaño se sanciona que un anunciante utilice información susceptible de inducir a error para competir en el mercado.[58]

En este contexto, tenemos dos importantes razones por las que el *Astroturfing* representa un importante y problemático fenómeno comercial. La primera es normativa, toda vez que se trata de un acto ilegal y la segunda es empírica, al impactar en la percepción de los usuarios sobre un agente económico, producto, servicio o marca de este. A ello podemos agregar el gran incentivo detrás de esta estrategia que es el menor riesgo de detección que tiene respecto de otras formas de actuación desleal, pues se camuflan como opiniones genuinas u orgánicas de consumidores sobre las cuales es poco probables detectar su falso origen.

Como podemos apreciar, no obstante la norma de competencia desleal peruana se promulgó en el año 2008, es decir, mucho antes de la aparición de los primeros actos de competencia desleal originados en plataformas digitales y/o comercio *online*, las modalidades desleales de engaño (artículo 8), denigración (artículo 11) y principio de autenticidad (artículo 16), son útiles para poder reprimir conductas de *Astroturfing*.

55 LEMA DEVESA, C., "Tendencias actuales del derecho de la publicidad: la problemática autorregulación publicitaria en España" [en línea], Methaodos, Revista de ciencias sociales, Instituto de Ciencias Sociales Computacionales Universidad Rey Juan Carlos, vol. 6, n.º 1, 2018, 10 disponible en: https://www.methaodos.org/revista-methaodos/index.php/methaodos/article/view/225/349 [consultado el 20 de julio de 2021]

56 CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., PALAZZI, P., SÁNCHEZ HERRERO, A. Y SEREBRINSKY, D. H., Derecho de la Competencia Desleal, Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L., 2014, 360.

57 BAYLOS CORROZA, H., Tratado de Derecho Industrial, Madrid, Editorial Civitas, 1993, 347.

58 SOSA HUAPAYA, A. E., "Guerra Publicitaria en el 'Mundo Telecom' (Casos Prácticos)" [en línea], Derecho & Sociedad, Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 49, 2017, 170-180 disponible en: https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/19886/19924 [consultado el 20 de julio de 2021].

5. ALGUNOS CASOS HISTÓRICOS DE *ASTROTURFING*

En el año 2001, una reconocida empresa se metió en problemas al crear a un crítico de cine falso llamado "David Manning" quien supuestamente trabajaba en el diario Ridgefield (que sí era real) e hizo varios comentarios favorables a favor de algunas películas. Cuando se descubrió que dicho personaje era falso, se presentó una class action contra dicha empresa por publicidad engañosa y competencia desleal. Esta llegó a un acuerdo por $ 1.5 millones en adición al pago de $ 500 a cada consumidor que hubiera visto alguna de las películas en las que el crítico falso hubiera comentado positivamente[59].

Luego de algunos años (2006), se descubrió que la referida empresa estuvo detrás de la creación de una *web* denominada "*All I Want for Xmas is a PSP*" (en español, "todo lo que quiero por navidad es un Play Station Portable") en el que un falso fanático compartía vídeos y comentarios positivos sobre dicha plataforma de videojuegos[60]. En esta segunda oportunidad, la empresa fue descubierta debido a que el dominio de dicha *web* se encontraba registrada a nombre de una empresa encargada de hacer marketing digital[61].

Otra de las formas en las que se ha presentado estos actos de competencia desleal es cuando la empresa requiere a sus empleados postear comentarios positivos de la marca como si fueran consumidores independientes. En el año 2009, el abogado general del Estado de Nueva York llegó a un acuerdo con la empresa de cirugía cosmética Lifestyle Lift, luego de que probaron que esta ordenó a sus empleados postear en Internet comentarios positivos sobre sus productos a través de correos electrónicos que contenían dicha orden, y el hecho de que un trabajador encubierto bajo el nombre de "Ann" había creado una página para comentar su "experiencia" positiva en una intervención estética e indicando que cualquier comentario negativo que se realice sobre dicha empresa, respondería a "médicos competidores envidiosos"[62].

Luego, en el 2013, la Fiscalía General de la Nación del Estado de Nueva York llevó a cabo una investigación a la que denominó "Operation Clean Turf" que generó como resultado una recaudación de $ 350,000 en multas a 19 agentes económicos que se dedicaban a vender reseñas falsas a empresas. Como parte de la investigación, los representantes de la fiscalía hicieron llamadas a las empresas infractoras haciéndose pasar por potenciales clientes que buscaban mejorar su reputación *online* y refutar críticas negativas recibidas en Internet. Las empresas sancionadas se promocionaban como empresas de optimización de motores de búsqueda (SEO) y ofrecieron- como respuesta ante las llamadas- servicios de gestión de reputación *online* como publicar reseñas positivas falsas en las páginas Yelp y Citysearch, e incluso en Craig's List (sitio *web* de anuncios clasificados)[63].

59 GOLDMAN, E. Y TUSHNET, R., Advertising & Marketing Law: Cases and Materials, cit., 290-291.

60 Ibid., 93.

61 ACED TOLEDANO, C., Relaciones públicas 2.0. Cómo gestionar la comunicación corporativa en el entorno digital, Barcelona, Editorial UOC, 2013, 82- 83.

62 DOHSE, K. A., "Fabricating Feedback: Blurring the Line Between Brand Management and Bogus Reviews", cit., 380.

63 LEISER, M., "Astroturfing, 'CyberTurfing' and other online persuasion campaigns", cit., 5.

En el año 2014, la marca Amstel se vio envuelta en un acto de *Astroturfing* cuando durante la campaña de lanzamiento de la cerveza Amstel Radler en España, se hizo viral en Twitter la etiqueta #Pentatrillones (término utilizado en la publicidad comercial de la referida marca de cerveza). Amstel utilizó para ello a micro *influencers* o micro celebridades que en sus publicaciones -sin especificar su carácter publicitario- utilizaron de forma ingeniosa el *hashtag* logrando que otros lo replicaran y con ello su viralización. La campaña encubierta fue revelada por un usuario con el cual Amstel también había tenido contacto con el objeto de invitarlo a usar #Pentatrillones[64]. Este, al no encontrarse de acuerdo con que le hayan ofrecido a cambio de la publicación unas cuantas cervezas, procedió a difundir "tuits" haciendo pública la campaña encubierta que había emprendido Amstel publicando un pantallazo del correo electrónico por el cual le ofrecían hacer uso del #Pentatrillones. No hubo consecuencias legales, solo reputacionales, pues varios usuarios mostraron su rechazo a este acto encubierto.

Este último caso de *Astroturfing* había sido posible por el nivel de confianza que generan los micro *influencers* o micro celebridades en los consumidores, a diferencia de los personajes famosos o celebridades. Así, en palabras de Caro:

> Aunque las redes sociales ofrecen un terreno fértil para el desarrollo de acciones de *Astroturfing*, mediante el uso de bots o la suplantación, también permiten la incorporación de nuevas voces que serán autorizadas o no en función del criterio de la mayoría de los usuarios. Así, en el caso analizado quien desveló la verdadera naturaleza de la iniciativa #Pentatrillones fue un usuario con apenas 6.000 seguidores en Twitter en el momento de la controversia[65].

En el 2014, la agencia de competencia italiana sancionó a TripAdvisor con una multa de medio millón de euros por no aplicar los controles necesarios para evitar la publicación de calificaciones o comentarios falsos. En dicho procedimiento, la autoridad italiana consideró que los procedimientos adoptados por la referida empresa para recibir reseñas no garantizaban mecanismo alguno para garantizar la veracidad de estas, no obstante TripAdvisor se promocionaba como un portal donde se recogían comentarios de "auténticos viajeros". El 15 de julio de 2019, el Consejo de Estado italiano, "*en respuesta al recurso de casación planteado, confirmó finalmente la sanción inicialmente impuesta por la autoridad de la competencia, aunque rebajando su importe a 100 000 Euros*".[66]

También en Italia, pero en el año 2018, el Tribunal penal de Lecce multó con 8000 euros y dictó nueve meses de prisión en contra del propietario de la empresa PromoSalento -que se dedicaba a la promoción de la región- por vender críticas ficticias de locales de hostelería, que posteriormente eran publicadas en Tripadvisor[67].

64 GÓMEZ NIETO, B., "El influencer: herramienta clave en el contexto digital de la publicidad engañosa", cit., 153.

65 CARO CASTAÑO, L., "Microcelebridades y comunicación encubierta online en España. El caso de #Pentatrillones", cit., 139-140.

66 MIRANDA SERRANO, L. "Prácticas desleales sobre reseñas online de bienes y servicios". InDret. 2023. P. 39. DOI: 10.31009/InDret.2023.i2.04

67 MORA ASTABURUAGA, A. Y PRADO SEOANE, J. A., «SISTEMAS DE REPUTACIÓN ONLINE (REPUTATIONAL FEEDBACK SYSTEMS), OPINIONES FALSAS Y COMPETENCIA DESLEAL», REDUR 16, DICIEMBRE 2018, PÁGS. 161-162. ISSN 1695-078X. DOI: 10.18172/REDUR.4237

6. ESTRATEGIAS PARA DETECTAR Y REPRIMIR EL *ASTROTURFING*

Si bien hemos podido identificar en apartados anteriores que el *Astroturfing* es un acto de competencia desleal, que, dependiendo de sus efectos, puede ser reprimido por los actos de engaño, denigración e infracción al principio de autenticidad de la LRCD en el Perú, es importante destacar que se trata de una modalidad desleal que se encuentra en constante evolución. Esta modalidad mostró sus primeros antecedentes incluso antes de la aparición de Internet, pero desde que se desarrolla a través de plataformas digitales y redes sociales su impacto ha sido exponencialmente mayor[68]. Y es que, al tratarse de una estrategia de *marketing* que se ha mostrado efectiva, se encuentra en constante evolución conforme viene siendo detectada y sancionada por las autoridades, generando que la detección sea cada vez más compleja en la actualidad[69].

En los últimos años, se viene desarrollando esta estrategia a través del uso *bots* como perfiles falsos, con el objeto de reducir aún más el riesgo de detección. Cabe señalar que cuando recién se empezaron a utilizar *bots* para crear perfiles falsos y difundir información a través de ellos era muy fácil detectarlos porque se trataban de perfiles que no interactuaban con perfiles reales, tenían pocos seguidores y no tenían una foto de perfil. Actualmente, los algoritmos de los *bots* son tan especializados que se programan con precisión suficiente para parecer un interlocutor sofisticado. Algunos también reconocen y responden a las emociones de los usuarios, incluyendo frustración y depresión. Otros pueden detectar patrones en la expresión afectiva y enviar mensajes provocando estímulos para medir la reacción humana. Se pueden programar *bots* de diversas formas, incluida la búsqueda y la respuesta a "posteos" en base a una serie de palabras y/o frases. Así, con un esfuerzo relativamente bajo, un *bot* puede programarse para responder e interactuar con las personas e incluso podría organizarse conforme los *hashtags* que sean tendencia[70]. Como podemos advertir, es muy difícil crear mecanismos de represión contra estos actos desleales ya que se trata de una estrategia prácticamente imposible de prevenir.

68 SOSA HUAPAYA, A. (2022). Derecho y marketing online. Foro Académico, p. 102.

69 OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y DELITO - UNODC, "Integridad y ética de los medios de comunicación" [en línea], Viena, 2019, 17-18 disponible en: https://www.unodc.org/documents/e4j/IntegrityEthics/MODULE_10_-_Media_Integrity_and_Ethics_-_Spanish.pdf [consultado el 24 de febrero de 2022].

70 LEISER, M., "Astroturfing, 'CyberTurfing' and other online persuasion campaigns", cit., 2.

En ese contexto, se ha determinado que se pueden adoptar dos tipos de medidas para contrarrestar los efectos del *Astroturfing*. Las primeras son de tipo restrictivo que buscarían, valga la redundancia, restringir el uso de redes sociales como plataformas para estos actos, tales como la posibilidad de que estas redes puedan identificar las reseñas falsas u obligar a los usuarios a siempre utilizar su nombre real, no permitir que existan sección de comentarios en las plataformas digitales o establecer restricciones de uso sobre qué tipos de usuarios pueden comentar. El aspecto negativo de estas medidas es que podrían poner en riesgo la libertad de expresión y reducir la información para los consumidores. Las segundas medidas buscan generar incentivos para que los usuarios usen sus nombres reales en redes sociales y plataformas digitales, tales como una opción de Facebook que permita certificar que el usuario es real o conocer el historial de comentarios de los usuarios. Sin embargo, los riesgos serían que el usuario no esté interesado en revelar su verdadero nombre y que esas medidas podrían tardar años en adaptarse[71].

Por otro lado, las empresas han empezado a tomar acciones diversas contra este tipo de actos. Desde el sector comercial, algunas plataformas digitales están apostando por algoritmos que no permitan publicar comentarios a personas que no hayan efectivamente adquirido el producto o tomado el servicio, a limitar los comentarios por usuarios y habilitar vías para que directamente se puedan denunciar estos actos a través de sus propias plataformas. También han aparecido empresas de manejo de reputación *online* que se dedican a monitorear y eliminar o mitigar los efectos del *Astroturfing*. Por su parte, las autoridades, en su rol de fiscalización de los mercados, vienen tomando cartas en el asunto valiéndose de indicios, a pesar de la evidente situación de desventaja en la que se encuentran para poder probar que una reseña es publicidad encubierta o un acto de denigración encubierto[72].

A continuación, se detallan tres indicios para detectar cuando una empresa pretenda realizar actos de *Astroturfing* a través de la creación de perfiles falsos (sea con humanos reales o a través de *bots*). Primero, si se detecta que hay más de dos usuarios que comentan desde la misma dirección IP. Si los actos de *Astroturfing* se están fabricando desde una empresa que se dedique a la realización de dichos actos es muy probable que los encargados de difundir reseñas encubiertas estén usando el mismo *router* y que compartan el mismo IP; y, existe evidencia que demuestra que estos agentes cuentan por lo general con varias cuentas desde donde emiten los comentarios. Segundo, si existe un volumen inusual de comunicaciones atribuidas a la misma dirección IP de la que podría hacer cualquier usuario normal (una empresa que se dedique a realizar estos actos podría tener a varias personas posteando a tiempo completo desde el mismo lugar). Tercero, si se encuentra coincidencia en las cuentas que sigue el *bot*, pues la mayoría de las veces, siguen las cuentas de la empresa que apoyan o atacan, así como a la agencia que trabaja con dicha empresa (porque podrían trabajar en ella) o la competidora y otras marcas que trabajen con dicha agencia[73].

Asimismo, si la empresa decide realizar actos de *Astroturfing* a través de sus empleados, un indicador para detectarlo podría ser la cantidad de reseñas positivas que pueda tener de los empleados que pretendan hacer pasar por comentarios orgánicos y el centro de trabajo al cual pertenecen (si la cuenta es pública y ese dato es consignado, es verificable por la autoridad).

71 CASPAR, C., KOVIC, M., RAUCHFLEISCH, A. Y SELE, M., "Digital Astroturfing in politics: Definition, typology, and countermeasures", cit., 77-81.

72 BANERJEE, S., PODDAR, A. Y SRIDHAR, K., "False Advertising or Slander? Using Location Based Tweets to Assess Online Rating-Reliability", cit., 1-2.

73 BLAKE, M., Automated Detection of Chinese Government Astroturfers Using Network and Social Metadata, cit., 11-15.

Hay autores que proponen utilizar las nuevas tecnologías para poder capturar a los autores de los actos de *Astroturfing*, por ejemplo, el método de análisis binario de N-gramas (herramienta para recuperar información) se ha mostrado prometedor para atribuir autoría y, por tanto, para detectar dichos actos en redes sociales. A través de esta estrategia se pudo recabar datos extraídos de comentarios en portales *web* de noticias y opiniones, que permitían concluir que varios usuarios operaban con múltiples cuentas, de forma encubierta o no. Este sistema podría ser utilizado por autoridades de competencia para poder descubrir estos actos, pero ello siempre va a depender de la disponibilidad de poder acceder a metadatos, como quién responde a quién, duración promedio de la publicación, fecha de publicación, hora, y frecuencia de publicación. Posibilidad que existe, por ejemplo, con portales *web* como "*The Guardian*" que permiten hacer un seguimiento de una cuenta y su historial de publicaciones completo, incluida la fecha de creación de la cuenta y cualquier información proporcionada por dicho usuario. Dichos metadatos pueden hacer posible determinar los patrones de publicación y si un perfil está publicando reseñas falsas. Cabe agregar que existe la opción de tener mayor seguridad en los hallazgos si se hace uso de herramientas de análisis lingüístico como el SAS TextMiner o herramientas que detectan plagio como iThenticate y Turnitin ya que pueden agrupar los escritos según la palabra y recuentos de frases y hacer uso de otros métodos de recuperación de información para poder atribuir alguna autoría[74].

Como se podrá imaginar el lector la tarea es difícil, pero no imposible. Todos los indicios antes comentados podrán constituir prueba para el procedimiento y ser valoradas por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal y Sala de Defensa de la Competencia del Indecopi; máxime, si vienen acompañadas con informe pericial que determine el nivel de fiabilidad y seguridad de la existencia de estos actos[75].

De otra parte, conforme señalábamos líneas arriba, la necesidad de reprimir este tipo de actos ha generado que aparezcan soluciones desde el sector privado y desde las propias plataformas digitales. Algunas de estas soluciones son bastante efectivas. Ese es el caso de Amazon, que en sus términos y condiciones señala que cuentan con una "política de cero tolerancias para cualquier opinión diseñada con la intención de engañar o manipular a los clientes"[76].

Así, la referida plataforma hace una lista de opiniones o *reviews* que no permite y que procede a eliminar de forma directa. Entre ellas: (i) una opinión de alguien que tenga un interés financiero directo o indirecto en el producto, (ii) una opinión de alguien que, presuntamente, comparte una estrecha relación personal con el propietario, autor o artista del producto, (iii) una opinión del fabricante del producto en la que finja ser un comprador imparcial, (iv) múltiples opiniones negativas acerca del mismo producto de un único cliente, (v) una opinión a cambio de una recompensa monetaria, (vi) una opinión de un juego a cambio de créditos adicionales en el juego, (vii) una opinión negativa de un vendedor acerca del producto de un competidor, (viii) una opinión positiva de un artista acerca del álbum de un compañero a cambio de recibir una opinión positiva de su producto[77].

Otra estrategia bastante interesante es la desarrollada por Booking que sólo permite realizar reseñas a las personas que hayan hecho una reserva o efectivamente hayan alquilado un departamento o casa[78]. De este modo, puede reducir el riesgo de que operadores económicos de forma tendenciosa puedan promover la creación de reseñas negativas hacia la oferta comercial sin haber hecho uso de esta.

74 ASHMAN, H., CHOO, K. R., DETCHON, S. Y PENG, J., "Astroturfing detection in social media: a binary n-gram–based approach", cit., 13-14.

75 LEDESMA NARVÁEZ, M., "La prueba documental electrónica" [en línea], Foro Jurídico, Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 15, 2016, 25 disponible en: https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/19832/19876 [consultado el 22 de junio de 2021]

76 AMAZON, "Términos y condiciones" [en línea], Amazon, Amazon, 2021 disponible en: https://www.amazon.com/-/es/gp/help/customer/display.html?nodeId=201889150 [consultado el 22 de junio de 2021].

77 Ibid.

78 BOOKING, "¿Qué son los comentarios de los clientes y quién puede escribirlos?" [en línea], Booking, Booking, 2021 disponible en: https://partner.booking.com/es/ayuda/comentarios-de-los-clientes/%C2%BFqu%C3%A9-son-los-comentarios-de-los-clientes-y-qui%C3%A9n-puede#:~:text=En%20Booking.com%2C%20solo%20pueden,la%20reserva%20como%20no%2Dshow [consultado el 22 de junio de 2021].

Ciertamente, el hecho de que la propia plataforma tenga, dentro de sus reglas de gobernanza, un portal de denuncias de este tipo de conductas es una herramienta que podría generar el cese del *Astroturfing* en un tiempo menor al que se tomaría la agencia de competencia estatal. En efecto, las propias plataformas digitales y redes sociales se encuentran en una mejor posición para poder erradicar este tipo de actos desleales a través de sus propias reglas de gobernanza. Su intervención puede ser menos costosa y más eficaz que el de la autoridad nacional para diseñar y aplicar "reglas anti *Astroturfing*" eficaces por un tema de especialidad y, sobre todo, por la libertad y facilidad en la que pueden imponer reglas para restringir el acceso, el uso y la convivencia dentro de sus plataformas[79].

Por otro lado, es importante destacar que, así como los actos de *Astroturfing* han generado un mercado para que ciertos operadores económicos se encarguen de ejecutarlos (como una agencia de publicidad que podría brindar el servicio de creación de perfiles falsos y elaboración de reseñas encubiertas), las empresas se encuentran más vigilantes en los mercados dando bastante protagonismo a las agencias de relaciones públicas que ofrecen gestionar la reputación comercial *online* ya que a través de estos servicios, se monitorean los comentarios que se realicen en plataformas digitales y redes sociales con el objeto de generar solamente referencias positivas y pertinentes sobre las marcas que manejan. Sin embargo, observamos que, en algunos casos, este servicio podría terminar ocultando información relevante y valiosa para los consumidores sobre la diversidad de experiencias reales y genuinas. En efecto, como señalan Mora y Prado:

> (...) debemos considerar también como actos de falseamiento de estas calificaciones o informes no sólo el generar comentarios falsos, como hemos dicho, sino también la eliminación por parte de la empresa de los comentarios negativos realizados por los usuarios; así como aquellas situaciones en que se desplazan los comentarios negativos al último lugar, dejando en las primeras posiciones únicamente los comentarios positivos, haciendo caso omiso a un criterio cronológico, que realmente sería más fiable para el destinatario de productos o servicios[80].

En este apartado hemos desarrollado algunos indicios que podrían presentarse para que la autoridad pueda, al menos, desarrollar una duda razonable de que un agente de mercado viene practicando un acto de *Astroturfing*. Sin embargo, recordemos que estos actos, por lo general, son generados con ayuda de terceros como, por ejemplo, empresas que brinden dicho servicio, como comenta Miranda Serrano:

> A la vista de las consideraciones precedentes, no sorprende que el negocio de la compraventa de reseñas se haya convertido en un mercado independiente al de los propios bienes y servicios reseñados. De hecho, quien quiera adquirir reseñas positivas para su negocio sólo tiene que insertar en un buscador la expresión «compra de reseñas». Inmediatamente, el motor de búsqueda ofrecerá como resultados varias empresas que ofrecen sus servicios para diferentes plataformas.[81]

Conforme hemos podido analizar en este apartado, las plataformas digitales por sí mismas pueden establecer mecanismos eficaces para poder reprimir actos de *Astroturfing*, sin embargo, no podríamos ni deberíamos descartar la participación del Estado en la persecución de este tipo de actos. Se propone así un trabajo en conjunto entre el privado y el Indecopi para generar las sinergias necesarias a fin de promover un correcto funcionamiento del mercado.

79 SOSA HUAPAYA, A. (2022). Derecho y marketing online. Foro Académico, p. 106.

80 MORA ASTABURUAGA, A. Y PRADO SEOANE, J. A., «SISTEMAS DE REPUTACIÓN ONLINE (REPUTATIONAL FEEDBACK SYSTEMS), OPINIONES FALSAS Y COMPETENCIA DESLEAL», REDUR 16, DICIEMBRE 2018, P. 160.

81 MIRANDA SERRANO, L. "Prácticas desleales sobre reseñas online de bienes y servicios". InDret. 2023. P. 9. DOI: 10.31009/InDret.2023.i2.04

En este punto es importante destacar que, a nivel europeo, la represión de las reseñas falsas es uno de los objetivos de las autoridades que buscan promover el correcto desarrollo del mercado. Así, la Directiva 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 sostiene en sus considerandos 47 y 49 que:

> "(...) cuando los comerciantes faciliten el acceso a las reseñas de los consumidores sobre los productos, estos deben informar a los consumidores acerca de si se han aplicado procesos o procedimientos para garantizar que las reseñas publicadas pertenezcan a consumidores que realmente hayan adquirido o utilizado los productos. Si se han aplicado tales procesos o procedimientos, los comerciantes deben facilitar información sobre cómo se realizan las comprobaciones, así como proporcionar información clara a los consumidores sobre la manera en que se procesan las reseñas, (...). Además, debe considerarse que es una práctica comercial desleal inducir a error a los consumidores afirmando que las reseñas de un producto han sido añadidas por consumidores que han utilizado o adquirido realmente ese producto si no se tomaron medidas razonables y proporcionadas para garantizar que dichas reseñas pertenezcan a dichos consumidores. Dichas medidas podrían incluir medios técnicos para verificar la fiabilidad de la persona que publica la reseña, por ejemplo, solicitando información para comprobar que el consumidor ha adquirido o utilizado realmente el producto. (...)
>
> Debe prohibirse asimismo a los comerciantes que añadan reseñas y aprobaciones de consumidores falsas, como indicaciones de «me gusta» en las redes sociales, o que encarguen a otros que lo hagan para promocionar sus productos, así como que manipulen las reseñas y aprobaciones de los consumidores, por ejemplo, publicando únicamente las reseñas positivas y eliminando las negativas. (...)

Las recomendaciones de la Directiva de la Unión Europea fueron incorporadas en el numeral 4 del artículo 20, numeral 7 y 8 del artículo 27 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios española. Asimismo, estas se incorporaron a la norma de competencia desleal española en los numerales 7 y 8 del artículo 27 como "otras prácticas engañosas", estableciendo que se considerará una práctica desleal por engañosa las que busquen trasladar como mensaje que "*las reseñas de un bien o servicio son añadidas por consumidores y usuarios que han utilizado o adquirido realmente el bien o servicio, sin tomar medidas razonables y proporcionadas para comprobar que dichas reseñas pertenezcan a tales consumidores y usuarios*". También son consideradas practicas desleales en el ordenamiento español, las que "*añadan o encarguen a otra persona física o jurídica que incluya reseñas o aprobaciones de consumidores falsas, o distorsionen reseñas de consumidores o usuarios o aprobaciones sociales con el fin de promocionar bienes o servicios*".

En el caso peruano, como hemos podido desarrollar a lo largo del presente trabajo, la actual LRCD es suficiente para poder reprimir los actos de *Astroturfing*, por lo que consideramos que no sería necesario realizar modificaciones a nivel normativo, sin embargo, la inclusión de esta modalidad desleal y el detalle de la forma en la que se manifiesta en el mercado en los lineamientos que emite la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal podría ser bastante útil para generar información en el mercado y seguridad jurídica respecto de las herramientas aplicables para reprimir este tipo de conductas.

CONCLUSIONES

En el presente artículo hemos podido desarrollar la naturaleza desleal del *Astroturfing* y cómo puede estar presente en el mercado con más frecuencia de la que nos imaginamos. Se desprende que la publicidad nativa y el *Astroturfing* si bien podrían presentar algunas coincidencias son estrategias que tienen objetivos disímiles. El *Astroturfing* siempre va a ser una modalidad desleal por la potencialidad que tiene de generar información encubierta y a través de ella engañar a los consumidores y/o afectar la reputación comercial de competidores. Del análisis realizado, se determina que el *Astroturfing* no permite que el mercado funcione correctamente y lo distorsiona con facilidad en tanto los consumidores valorarán positivamente los *reviews* o reseñas falsas de otros consumidores asumiendo erróneamente que son imparciales, conllevando a que favorezcan o rechacen la oferta de un operador económico por razones distintas a la eficiencia.

El no fiscalizar adecuadamente los actos de *Astroturfing* puede generar la pérdida de credibilidad en el mercado. De una parte, de los consumidores hacia las reseñas, a pesar de que es un mecanismo que permite reducir costos de búsqueda de información; y, de otra, de los proveedores hacia esta herramienta de información, que les es de utilidad al permitirles medir la correcta demanda de sus clientes o de las oportunidades de mejora que sus quejas representan.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

1 ABUÍN VENCES, N., CORDÓN BENITO, D. Y MAESTRO ESPÍNOLA L., "Integración de los mensajes comerciales y el contenido editorial en la prensa digital: publicidad nativa" [en línea], *Pensar la Publicidad. Revista Internacional De Investigaciones Publicitarias*, Universidad Complutense de Madrid, vol. 13, n.º 1, 2021, 209-226 disponible en: https://revistas.ucm.es/index.php/PEPU/article/view/65027/4564456551844 [consultado el 20 de julio de 2021].

2 ACED TOLEDANO, C., *Relaciones públicas 2.0. Cómo gestionar la comunicación corporativa en el entorno digital*, Barcelona, Editorial UOC, 2013.

3 ALVARADO DE MARSANO, L., *Brainketing*, Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), 2013.

4 ÁLVAREZ VÁZQUEZ, A. Y SIXTO-GARCÍA, J., "Influencers en Instagram y publicidad engañosa: La necesidad de regular y autorregular" [en línea], *Estudios sobre El Mensaje Periodístico*, Universidad Complutense de Madrid, vol. 26, n.º 4, 2020, 1611-1622 disponible en: https://revistas.ucm.es/index.php/ESMP/article/view/66921/4564456554562 [consultado el 20 de julio de 2021]

5 ASHMAN, H., CHOO, K. R., DETCHON, S. Y PENG, J., "Astroturfing detection in social media: a binary n-gram–based approach", *Concurrency and Computation Practice and Experience, Concurrency and Computation Practice and Experience*, John Wiley & Sons Ltd., vol. 29, n.º 17 (e4013), 2017, 1-14.

6 BANERJEE, S., PODDAR, A. Y SRIDHAR, K., "False Advertising or Slander? Using Location Based Tweets to Assess Online Rating-Reliability", *Journal of Business Research*, Elsevier, vol. 99, 2017, 390-397.

7 BAÑOS GONZÁLEZ, M. Y RODRÍGUEZ GARCÍA, T. C, *Imagen de marca y product placement*, Madrid, ESIC Editorial, 2012.

8 BAYLOS CORROZA, H., *Tratado de Derecho Industrial*, Madrid, Editorial Civitas, 1993.

9 BLAKE, M., *Automated Detection of Chinese Government Astroturfers Using Network and Social Metadata* [en línea], SSRN, Elsevier, 2016, disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2738325 [consultado el 20 de julio de 2021].

10 BLASCO, B., "Unfair commercial practices, spam, and fake online reviews. The Italian perspective and comparative profiles" [en línea], *Comparative Law Review*, Nicolaus Copernicus University, vol. 24, 2018, 131-154 disponible en: https://apcz.umk.pl/czasopisma/index.php/CLR/article/view/CLR.2018.004/16882 [consultado el 22 de junio de 2021].

11 BLAY-ARRÁEZ, R. Y ZOMEÑO, D., "Big data e inteligencia editorial en el branded content y en los nuevos modelos de negocio de los medios" [en línea], *Profesional De La Información*, EPI SCP, vol. 30, n.º 1, 2021, 1-13 disponible en: http://www.profesionaldelainformacion.com/contenidos/2021/ene/zomeno-blay.pdf [consultado el 22 de junio de 2021].

12 CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., PALAZZI, P., SÁNCHEZ HERRERO, A. Y SEREBRINSKY, D. H., *Derecho de la Competencia Desleal, Buenos Aires*, Editorial Heliasta S.R.L., 2014.

13 CAEROLS MATEO, R., GARCÍA HUERTAS, J. G. Y GARRIDO PINTADO, P., "Estudio Delphi sobre la evolución y perspectivas de la compra programática de publicidad en España. Doxa Comunicación" [en línea], *Revista Doxa Comunicación*, Universidad CEU San Pablo, n.º 27, 2018, 253-271 disponible en: https://repositorioinstitucional.ceu.es/bitstream/10637/9887/1/%28ES%29%20Monografico%202.pdf [consultado el 22 de junio de 2021].

14 CAMPBELL, C. Y GRIMM, P. E., "The challenges native advertising poses: Exploring potential federal trade commission responses and identifying research needs" [en línea], *Journal of Public Policy & Marketing*, American Marketing Association, vol. 38, n.º 1, 2019, 110-123 disponible en: https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0743915618818576 [consultado el 20 de julio de 2021].

15 CALFEE, J. E., *Miedo a la persuasión. Una nueva perspectiva de la publicidad y sus reglas*, Lima, Themis, 2013.

16 CARO CASTAÑO, L., "Microcelebridades y comunicación encubierta online en España. El caso de #Pentatrillones" [en línea], *adComunica. Revista Científica de Estrategias, Tendencias e Innovación en Comunicación*, Universitat Jaume I, n.º 11, 2016, 121-144 disponible en: http://www.e-revistes.uji.es/index.php/adcomunica/article/view/4892/5038 [consultado el 20 de julio de 2021].

17 CASPAR, C., KOVIC, M., RAUCHFLEISCH, A. Y SELE, M., "Digital Astroturfing in politics: Definition, typology, and countermeasures" [en línea], *SComS Studies in Communication Sciences An Open Access Journal*, University of Zurich, vol. 18, n.º 1, 69-85 disponible en: https://www.hope.uzh.ch/scoms/article/view/j.scoms.2018.01.005/991 [consultado el 20 de julio de 2021].

18 CHEN, J. Y STALLAERT, J., "An Economic Analysis of Online Advertising Using Behavioral Targeting" [en línea], *MIS Quarterly*, Management Information Systems Research Center. Carlson School of Management. University of Minnesota, vol. 38, n.º 2, 2014, 429- 449 disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1787608 [consultado el 22 de junio de 2021].

19 CODINA, L., GONZALO- PENELA, C. Y LOPEZOSA, C., "Off-page SEO and link building: General strategies and authority transfer in the digital news media" [en línea], *Profesional De La Información*, EPI SCP, vol. 28, n.º 1, 2019, 1-12, disponible en https://revista.profesionaldelainformacion.com/index.php/EPI/article/view/epi.2019.ene.07/42504 [consultado el 20 de julio de 2021].

20 CPI COMPAÑÍA PERUANA DE ESTUDIOS DE MERCADO Y OPINIÓN PÚBLICA, *Inversión Publicitaria 2019* [en línea], Lima, Compañía Peruana de Estudios de Mercado y Opinión Pública, 2020, disponible en https://www.cpi.pe/images/upload/paginaweb/archivo/26/mr_inversion_publicitaria_2019_n01_2020_a.pdf [consultado el 22 de junio de 2021].

21 CPI COMPAÑÍA PERUANA DE ESTUDIOS DE MERCADO Y OPINIÓN PÚBLICA, *EVOLUCIÓN DE LA INVERSIÓN PUBLICITARIA EN LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y PLATAFORMAS DIGITALES 2017/2021* [en línea], Lima, Compañía Peruana de Estudios de Mercado y Opinión Pública, 2022, disponible en https://cpi.pe/images/upload/paginaweb/archivo/26/CPI%20Inversi%C3%B3n%20publicitaria%202021.pdf [consultado el 22 de junio de 2021].

22 CYBERCLICK, 180 *Tendencias y Predicciones del Marketing Digital 2021*", Barcelona, Cyberclick Academy, 2021, 83.

23 De la Cuesta Rute, J. M. (2002). *Curso de Derecho de la Publicidad*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra (EUNSA).

24 DOHSE, K. A., "Fabricating Feedback: Blurring the Line Between Brand Management and Bogus Reviews" [en línea], *Journal of Law, Technology & Policy*, University of Illinois, vol. 2013, n.º 1, 2013, 363- 392 disponible en: http://illinoisjltp.com/journal/wp-content/uploads/2013/12/Dohse.pdf [consultado el 20 de julio de 2021].

25 FERRER-LÓPEZ, M. "Neuromarketing y la medición del efecto de la publicidad de influencers en adolescentes" [en línea], *Revista Mediterránea De Comunicación*, Universidad d´Alcant, vol. 11, n.º 2, 2020, 241-259 disponible: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/107747/1/ReMedCom_11_02_18_esp.pdf [consultado el 20 de julio de 2021].

26 GOLDMAN, E. Y TUSHNET, R., *Advertising & Marketing Law: Cases and Materials*, 2.ª ed., Kentucky, CreateSpace Independent Publishing Platform, 2014.

27 GÓMEZ NIETO, B., "El influencer: herramienta clave en el contexto digital de la publicidad engañosa" [en línea], *Methaodos, Revista de ciencias sociales*, Instituto de Ciencias Sociales Computacionales Universidad Rey Juan Carlos, vol. 6, n.º 1, 2018, 149-156 disponible en: https://www.methaodos.org/revista-methaodos/index.php/methaodos/article/view/212/359 [consultado el 20 de julio de 2021].

28 HUERTA CÁNEPA, G. Y SANTANA, L. E., "¿Son bots? Automatización en redes sociales durante las elecciones presidenciales de Chile 2017" [en línea], *Cuadernos.Info*, Pontificia Universidad Católica de Chile, n.º 44, 2019, 61-77 disponible en: https://scielo.conicyt.cl/pdf/cinfo/n44/0719-367X-cinfo-44-61.pdf [consultado el 20 de julio de 2021].

29 HOROWITZ RESEARCH, "To Engage Today's Consumers, User-Generated and Personalized Advertising Could Be the Holy Grail, According to New Horowitz Research" [en línea] *Horowitz*, Horowitz Research, 2019 disponible en: https://www.horowitzresearch.com/research/to-engage-todays-consumers-user-generated-and-personalized-advertising-could-be-the-holy-grail-according-to-new-horowitz-research/ [consultado el 20 de julio de 2021].

30 INDECOPI, *Guía de publicidad para influencers*. Lima, INDECOPI, 2019.

31 LEDESMA NARVÁEZ, M., "La prueba documental electrónica" [en línea], *Foro Jurídico*, Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 15, 2016, 17- 25 disponible en: https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/19832/19876 consultado el 22 de junio de 2021].

32 LEMA DEVESA, C., "Tendencias actuales del derecho de la publicidad: la problemática autorregulación publicitaria en España" [en línea], *Methaodos, Revista de ciencias sociales*, Instituto de Ciencias Sociales Computacionales Universidad Rey Juan Carlos, vol. 6, n.º 1, 2018, 7-15 disponible en: https://www.methaodos.org/revista-methaodos/index.php/methaodos/article/view/225/349 [consultado el 20 de julio de 2021].

33 LÓPEZ DEL CASTILLO WILDERBEEK, F. L., "Publicidad nativa: ¿fake news o recurso estratégico?" [en línea], *ComHumanitas: Revista Científica De Comunicación*, Universidad de los Hemisferios, vol. 11, n.º 2, 2020, 31-47 disponible en: https://www.comhumanitas.org/index.php/comhumanitas/article/view/238/234 [consultado el 20 de julio de 2021].

34 LÓPEZ JIMÉNEZ, D., "La publicidad desleal en la competencia en el ámbito digital: publicidad denigratoria, confusionista y comparativa" [en línea], *Revista Boliviana de Derecho*, Fundación Iuris Tantum, n.º 15, 2013, 117-137 disponible en: http://media.wix.com/ugd/9468fd_f6f2138b643e42dc8a6106f3505db35e.pdf [consultado el 22 de junio de 2021].

35 LINDSTROM, M., *Buyology Verdades y mentira de por qué compramos*, 2.ª ed., Lima, Editorial Planeta, 2018.

36 LEISER, M., “Astroturfing, 'CyberTurfing' and other online persuasion campaigns" [en línea], *European Journal of Law and Technology*, Institute of Advanced Legal Studies, vol. 7, n.º 1, 2016, 1-27 disponible en: https://strathprints.strath.ac.uk/57098/1/Leiser_EJLT_2016_astroturfing_cyberturfing_and_other_online_persuasion_campaigns.pdf [consultado el 20 de julio de 2021].

37 MARTÍNEZ OTERO, J. M. Y MIRALLES PECHUÁN, L., “Fraudes en la publicidad en internet: tipología y tratamiento jurídico”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, Aranzadi Thomson Reuters, n.º 34, 2014, 67 – 90.

38 MIRANDA SERRANO, Luis María, “Prácticas desleales sobre reseñas online de bienes y servicios”, *InDret*, N.º 2, 2023, pp. 155-253.

39 MORA ASTABURUAGA, A. Y PRADO SEOANE, J. A., «SISTEMAS DE REPUTACIÓN ONLINE (REPUTATIONAL FEEDBACK SYSTEMS), OPINIONES FALSAS Y COMPETENCIA DESLEAL», REDUR 16, DICIEMBRE 2018, PÁGS. 157-164. ISSN 1695-078X. DOI: 10.18172/REDUR.4237

40 OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y DELITO - UNODC, “Integridad y ética de los medios de comunicación” [en línea], Viena, 2019, 17-18 disponible en: https://www.unodc.org/documents/e4j/IntegrityEthics/MODULE_10_-_Media_Integrity_and_Ethics_-_Spanish.pdf [consultado el 24 de febrero de 2022]

41 PERALES ALBERT, A., “Reflexiones en torno al engaño en las comunicaciones comerciales” [en línea], Methaodos, *Revista de ciencias sociales*, Instituto de Ciencias Sociales Computacionales Universidad Rey Juan Carlos, vol. 6, n.º 1, 2018, 52-63 disponible en: https://www.methaodos.org/revista-methaodos/index.php/methaodos/article/view/226/352 [consultado el 20 de julio de 2021].

42 PÉREZ BES, F., “Las prácticas comerciales desleales en Internet” [en línea], *Comunicación y pluralismo*, Universidad Pontificia de Salamanca, n. ° 9, 2010, 195-216 disponible en: https://summa.upsa.es/high.raw?id=0000030687&name=00000001.original.pdf [consultado el 20 de julio de 2021].

43 REVOREDO PALACIOS, A. “Publicidad programática y protección de datos personales” [en línea] *Revista Advocatus*, Universidad de Lima, n.º 39, 2021, 149-157 disponible en: https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/5124/4937 [consultado 22 de junio de 2021].

44 RODRÍGUEZ GARCÍA, G. M. Y SOSA HUAPAYA A. E., *Con licencia para anunciar*, Lima, Themis, 2014.

45 SOSA HUAPAYA, A. E., “Guerra Publicitaria en el ‘Mundo Telecom’ (Casos Prácticos)” [en línea], *Derecho & Sociedad*, Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 49, 2017, 161- 182 disponible en: https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/19886/19924 [consultado el 20 de julio de 2021].

46 SOSA HUAPAYA, A.E., “LA REGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD PROGRAMÁTICA ONLINE: UN ANÁLISIS DESDE EL PRISMA DEL DERECHO COMPARADO” [EN LÍNEA], REVISTA CONTEXTO, N.º 56, JULIO-DICIEMBRE DE 2021, DISPONIBLE EN: HTTPS://SSRN.COM/ABSTRACT=3896679 [CONSULTADO EL 17 DE SEPTIEMBRE DE 2025].

47 SOSA HUAPAYA, A., DERECHO Y MARKETING ONLINE, LIMA, FORO ACADÉMICO, 2022.

48 Tato Plaza, A. (2010). Aspectos jurídicos del spam. En *Publicidad, defensa de la competencia y protección de datos* (pp. 55-76). Cizur Menor: Editorial Aranzadi.

49 TOMAS, D., “¿Qué es la publicidad nativa? Ventajas y casos de éxito” [en línea], *Cyberclick*, Cyberclick Agent S.L., 2021 disponible en: https://www.cyberclick.es/que-es-la-publicidad-nativa-ventajas-y-casos-de-exito [consultado el 20 de julio de 2021].

50 TOURIÑO, A., *El derecho al olvido y a la intimidad en Internet*, Madrid, Los libros de la Catarata, 2014.

Jurisprudencia

51 INDECOPI, Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, Resolución N° 0084-2020/SDC-INDECOPI, Lima, 5 de agosto de 2020.

Legislación

52 CONSEJO DE MINISTROS, Decreto Legislativo N° 1044, Lima, 25 de junio de 2008.

53 UNIÓN EUROPEA. Guía sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior. (2021/C 526/01). https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021XC1229(05)

54 Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. España. https://www.boe.es/eli/es/l/1991/01/10/3/con

55 Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes https://www.boe.es/eli/es/rdl/2021/11/02/24/con

56 DIRECTIVA (UE) 2019/2161 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de noviembre de 2019 por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L2161

Plataformas web

57 AMAZON, "Términos y condiciones" [en línea], *Amazon*, Amazon, 2021 disponible en: https://www.amazon.com/-/es/gp/help/customer/display.html?nodeId=201889150 [consultado el 22 de junio de 2021].

58 ASOCIACIÓN PERUANA DE AGENCIAS DE PUBLICIDAD, "Agencias Asociadas" [en línea], *APAP*, Asociación Peruana de Agencias de Publicidad, 2021 disponible en: http://apap.org.pe/agencias-asociadas/ [consultado el 22 de junio de 2021].

59 BOOKING, "¿Qué son los comentarios de los clientes y quién puede escribirlos?" [en línea], *Booking*, Booking, 2021 disponible en: https://partner.booking.com/es/ayuda/comentarios-de-los-clientes/%C2%BFqu%C3%A9-son-los-comentarios-de-los-clientes-y-qui%C3%A9n-puede#:~:text=En%20Booking.com%2C%20solo%20pueden,la%20reserva%20como%20no%2Dshow [consultado el 22 de junio de 2021].

COSTOS DE *ENFORCEMENT* REGULATORIO Y ASIMETRIA DE INFORMACIÓN

Gonzalo Ruiz Diaz [1]
Departamento de Economía,
Pontificia Universidad Católica del Perú.

Resumen:

El presente artículo se centra en los costos de *enforcement* regulatorio, es decir aquellos costos en los que incurre el Estado para hacer cumplir las regulaciones. Estos costos pueden ser significativos cuando existe asimetría de información entre Estado y regulado, respecto de la materia supervisada o regulada. En los casos de menor asimetría de información, terceros afectados por los incumplimientos regulatorios pueden aportar información valiosa al regulador, a través de sistemas de denuncias o reclamos.

En este artículo, se destaca la importancia práctica que puede tener el empleo de información proveniente de los sistemas de denuncias o reclamos para el diseño de las estrategias de *enforcement* que adopten los reguladores. Mediante los sistemas de denuncias o reclamos, los afectados por los incumplimientos regulatorios pueden brindar información valiosa, que no solo sirva de insumo para el diseño de estrategias de fiscalización o supervisión; sino que contribuyen a focalizar los recursos destinados para dicho fin. Este enfoque, que introduce el factor informacional, permite complementar teorías ampliamente discutidas durante los últimos años, como el enfoque de "regulación responsiva" y puede contribuir no solo al mejor diseño de estrategias de *enforcement* sino a una formulación de regulaciones con niveles mayores de cumplimiento.

Palabras clave:
Enforcement; Asimetría de Información; Regulación Responsiva; Supervisión; Fiscalización.

1 Profesor Principal del Departamento de Economía de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de la Maestria en Regulación de Servicios Públicos de la PUCP.

Correo electrónico:
gruiz@pucp.edu.pe

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los problemas centrales que ha venido enfrentando la regulación económica aplicada a mercados de infraestructura y servicios públicos, durante los últimos años, está relacionado con el diseño de estrategias dirigidas a lograr el cumplimiento regulatorio de una manera costo-eficiente. Sin duda en muchos casos este problema está relacionado con la razonabilidad de las medidas regulatorias en sí mismas, aspecto que viene siendo abordado a través del desarrollo y aplicación de metodologías de análisis de impacto regulatorio, análisis de calidad regulatoria[2], entre otros. Sin embargo, también existe un espacio importante para la mejora de la ejecución o aplicación práctica de las regulaciones, a través de un uso eficiente y efectivo de los distintos instrumentos de promoción y/o de sanción con que cuentan los organismos a cargo de su aplicación. La no utilización de instrumentos de supervisión y fiscalización costo-eficientes y eficaces para asegurar el cumplimiento regulatorio, puede llevar al traslado de costos excesivos a la sociedad, con niveles de cumplimiento menores que los deseados y la creación de espacios para la informalidad.

El presente artículo se centra en los costos de *enforcement* regulatorio, es decir, aquellos en los que incurre el Estado para hacer cumplir las regulaciones. Estos se relacionan con las diversas actividades y medidas que deben adoptar las organizaciones públicas responsables de la supervisión, detección, procesamiento y sanción de actividades que transgreden la regulación. Estos costos, no se limitan sólo a las actividades relacionadas con los procesos sancionadores sino a todas aquellas que contribuyen a un mejor resultado en términos de cumplimiento regulatorio, incluyendo actividades de difusión o capacitación respecto al alcance y mejor cumplimiento de la regulación, entre otros.

2 Actualmente, se encuentra vigente el Decreto Legislativo 1565, Ley General de Mejora Regulatoria.

La literatura sobre el diseño de mecanismos de *enforcement*, como las teorías de la persuasión (ver, por ejemplo, Lancaster, 2015; o Gunningham; 2010) o de la 'regulación responsiva' (Ayres y Braithwaite, 1992), en contraste con las teorías de la disuasión óptima (Becker, 1968), han puesto énfasis en la necesidad de hacer un uso proporcional de los instrumentos de fiscalización con que cuenta la autoridad para reducir los costos y mejorar la eficacia en la aplicación de las regulaciones. Una característica de estos planteamientos es que suelen concebir al *enforcement* regulatorio como un juego bilateral[3] en el cual participan de un lado reguladores/supervisores y de otro regulados. Un aspecto que se soslaya en este debate es el rol que pueden jugar otros *stakeholders* y la información que estos revelan; como parte del proceso de *enforcement*. Los sistemas de denuncias, reclamos o demandas por parte de terceros pueden brindar información importante al supervisor respecto a las temáticas y casuísticas sobre las cuales resulta necesario focalizar los esfuerzos de monitoreo o supervisión. Estas temáticas, como veremos, están relacionadas con aspectos sobre los cuales los terceros demandantes o denunciantes, gozan de distintos niveles de acceso a la información y a medios de detección de incumplimientos regulatorios.

En la sección siguiente, se desarrollan los principales argumentos relacionados con la conveniencia de complementar el análisis de proporcionalidad de los instrumentos de *enforcement* a utilizar. En una tercera sección, se combina dicho análisis con un examen de las distintas materias reguladas, cuyas temáticas involucran mayores o menores niveles de asimetría de información. En particular, el análisis se relaciona con la información que proveen los sistemas de denuncias, demandas o reclamos. En una cuarta, se discuten los aportes de esta perspectiva a partir de la literatura de regulación responsiva. En la última sección, se presentan algunos comentarios finales.

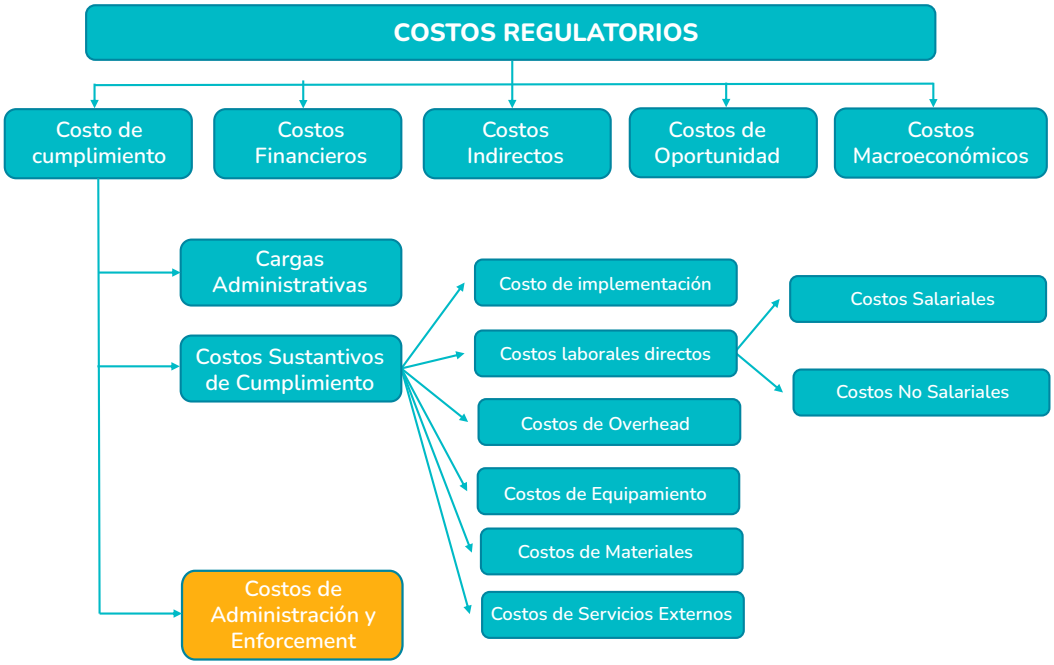
3 En el caso de Ayres y Braithwaite, 1992; se aborda la participación de terceros en el "juego regulatorio" bajo el rótulo de "tripartism" pero para examinar el rol que juegan otros stakeholders dentro del proceso regulatorio y su impacto en los niveles de "captura" del regulador.

2. LOS COSTOS DE *ENFORCEMENT* REGULATORIO Y LOS COSTOS DE LA REGULACIÓN

No existe un término en castellano que permita traducir el significado del vocablo *enforcement*. Según el diccionario de Cambridge[4], el término *enforcement* refiere al proceso que lleva a la observancia u obediencia de la ley, o a hacer que determinada situación ocurra o sea aceptada.

Según OECD (2014, p12), los costos de *enforcement*, forman parte de los costos de cumplimiento regulatorio. Estos se dividen entre aquellas cargas administrativas o sustantivas que deben afrontar las personas sujetas a la regulación y aquellas que debe sufragar el propio Estado para hacerlas cumplir. Los primeros se refieren principalmente a los costos en términos de tiempo, información o recursos económicos que debe afrontar el agente privado cumplir con una nueva regulación. Los segundos, en cambio, están relacionados con los recursos humanos, económicos, financieros, entre otros, que deben movilizar las organizaciones públicas encargadas de aplicar y hacer cumplir la regulación (ver Figura 1).

Figura 1: clasificación de Costos Regulatorios



Fuente: OECD (2014), Traducción propia.

4 https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/enforcement

Cabe resaltar, que los costos de cumplimiento y de *enforcement* constituyen solo una parte de los costos que involucra la regulación. Otros costos importantes, están relacionados con los llamados errores o fallas regulatorias. Existe una amplia literatura relacionada a las fallas de la regulación (ver por ejemplo, van der Heijden, 2022), conceptualizándose ésta, en términos generales, como el fracaso de determinadas regulaciones, respecto a la consecución de los objetivos declarados al momento de su emisión. Los errores regulatorios pueden estar relacionados con diversas causas como deficiencias en los procesos de evaluación previa, problemas de captura regulatoria (ver Stigler, 1971), entre otros; y sus costos también pueden ser significativos. Asimismo, pueden existir errores asociados a la aplicación o ejecución incorrecta de la regulación, destacando los errores tipo I (sancionar a una empresa que no transgredió la regulación) o de tipo II (absolver a una empresa que sí cometió una falta). Estos costos pueden considerarse parte de las cargas que enfrentan los agentes privados derivados de la aplicación imperfecta de la regulación.

Como se señaló anteriormente, los costos de *enforcement* regulatorio se refieren a aquellos en los que incurre el Estado para hacer cumplir las regulaciones. La elección de los instrumentos que puede tener a su disposición el Estado para contribuir al *enforcement* de las regulaciones, sin embargo, como se verá, también puede tener un impacto importante en las cargas administrativas y los costos sustantivos que se imponen a quienes se encuentran sujetos a la regulación. En efecto, si bien los costos de *enforcement* son de naturaleza distinta a las cargas administrativas y costos sustantivos de cumplimiento privado; en este artículo sostenemos que, bajo distintas circunstancias, el uso de determinados mecanismos de acceso y procesamiento de información, para planificar e implementar la supervisión y fiscalización, permite también reducir o aminorar las cargas y costos que se trasladen a privados.

Como muestra la Tabla 1, los reguladores/supervisores cuentan con diversos mecanismos y administran distintos sistemas destinados a velar por el *enforcement* regulatorio. Los costos que involucra cada uno de estos mecanismos pueden diferir. El uso de información disponible en el propio Estado, por ejemplo, para diseminar información o capacitar a empresas y usuarios respecto del contenido de la regulación, sus alcances o criterios de interpretación; puede resultar un mecanismo relativamente menos costoso y puede contribuir a prevenir la comisión de errores por parte de los agentes privados, producto del desconocimiento de las normas. El uso de otros mecanismos de información, como la publicación de indicadores comparativos de desempeño, también puede resultar útil y de relativo bajo costo, al alinear los incentivos entre las empresas reguladas y los supervisados, respecto al cumplimiento regulatorio.

Los sistemas de denuncias o reclamos (en sus distintas formas, incluyendo la tramitación de reclamos a nivel administrativo) suelen formar parte del conjunto de mecanismos con los que cuentan los agentes privados para la defensa de sus derechos o para alertar a las autoridades sobre el incumplimiento de una regulación. Este tipo de mecanismos resulta de gran ayuda para el Estado, en tanto permite obtener información valiosa respecto del grado de cumplimiento regulatorio que se tiene respecto de una regulación específica. La implementación y gestión de este tipo de sistemas, si bien puede involucrar costos relativamente más altos que otras alternativas informacionales; tiene la virtud de que le permite al Estado reducir los costos asociados a la obtención de información relativa al incumplimiento regulatorio y en muchos casos, a que las controversias que se originan en torno a dicho incumplimiento puedan resolverse de manera descentralizada, sin intervención del Estado, por acuerdo entre las partes.

Otro mecanismo informal que puede utilizar el Estado para contribuir al *enforcement* regulatorio es la implementación de sistemas de advertencias o alertas que orienten al agente regulado y/o lo prevengan respecto de los posibles riesgos del incumplimiento. Estos sistemas pueden resultar bastante útiles si son hechos de manera oportuna. Dentro de este grupo, también pueden figurar, por ejemplo, las cartas de advertencia que una autoridad dirige a determinados supervisados respecto de los alcances de una regulación, sobre la cual pueda existir duda o se tenga una interpretación incorrecta.

Tabla 1. Mecanismos de *Enforcement* Regulatorio

- Costoso

Mecanismo	Características
Información/Educación	Brindar información a empresas y usuarios sobre contenido y alcance de la regulación.
Publicación de indicadores de desempeño	Publicar cuadros comparativos respecto del desempeño periódico de empresas en distintos atributos relevantes del servicio.
Sistema de Denuncias o Reclamos	Administrar Sistema de Denuncias o Reclamos que permite obtener información sobre nivel de cumplimiento y posibles riesgos de incumplimiento.
Sistema de Advertencias/Alertas	Administrar Sistema de Denuncias o Reclamos que permite obtener información sobre nivel de cumplimiento y posibles riesgos de incumplimiento.
Compromisos de Mejora	Una vez detectada una falla (dependiendo de la gravedad de la misma), puede recurrirse a suscribir compromisos de mejora que eviten la formalización de un proceso
Medidas Correctivas	El regulador/supervisor puede imponer a través de una decisión administrativa, una obligación al proveedor de corregir el incumplimiento o sus efectos.
Sistema Administrativo Supervisor/Fiscalizador	El regulador/supervisor inicia un proceso administrativos el cual consta de distintas fases (investigación, instrucción, sanción).

+ Costoso

Fuente y elaboración propias.

El establecimiento de "compromisos de mejora"[5] es un mecanismo que permite al regulador, tras la detección de una falta, suscribir con la empresa infractora un compromiso vinculante, cuyo incumplimiento podría involucrar una sanción más severa que la correspondiente a la infracción detectada.

De otro lado, la imposición de medidas correctivas, en términos generales, consiste en la emisión de una orden administrativa por parte del regulador dirigida a corregir la acción o el efecto derivado del incumplimiento regulatorio. Comúnmente, dependiendo de la naturaleza del incumplimiento, la autoridad otorga al infractor un plazo para su implementación. La medida, no obstante, reviste un costo administrativo, no sólo por la necesidad de sustentar adecuadamente la existencia de la falta y la proporcionalidad de la medida, sino también por requerir que se supervise su cumplimiento posterior.

5 https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/enforcement

Por último, existe la posibilidad del inicio de un procedimiento administrativo sancionador, cuya aplicación involucra grandes volúmenes de información, lapsos de tiempo necesarios para que las partes puedan efectuar sus descargos, actuar pruebas, presentar alegatos, entre otros; en sus distintas etapas e instancias. El inicio de este tipo de procesos puede ser altamente costo y suele considerarse el "último recurso", en el ámbito administrativo, destinado a investigar y sancionar faltas que revistan niveles mayores de relevancia, gravedad y/o afectación del interés público.

Los mecanismos listados en la Tabla 1 son sólo algunos ejemplos de los instrumentos con que cuenta el Estado, en su objetivo de asegurar el *enforcement* regulatorio. Estos, sin embargo, son suficientes para ilustrar el punto que desarrollaremos a continuación, referido a la relación existente entre la elección de dichos instrumentos, sus efectos sobre las cargas regulatorias que se imponen a los agentes privados y el grado de asimetría de información existente respecto del incumplimiento.

3. ASIMETRÍA DE INFORMACIÓN, IMPACTO EN BIENESTAR Y LA ELECCIÓN DEL MECANISMO DE CUMPLIMIENTO

En esta sección se plantea que la elección de los mecanismos de cumplimiento regulatorio idealmente debe basarse en dos criterios fundamentales. El primero está relacionado con la proporcionalidad entre los costos asociados a la implementación del mecanismo escogido y la afectación (real o potencial) que el incumplimiento regulatorio tiene sobre el bienestar de la sociedad. En términos simples, sólo se debería recurrir a mecanismos altamente costosos de cumplimiento en la medida que el perjuicio real o potencial generado por la transgresión a la regulación sea igualmente severo. A la inversa, en el caso de faltas menores, debería recurrirse a mecanismos menos onerosos, que involucren un menor uso de recursos por parte del Estado y cargas al agente privado.

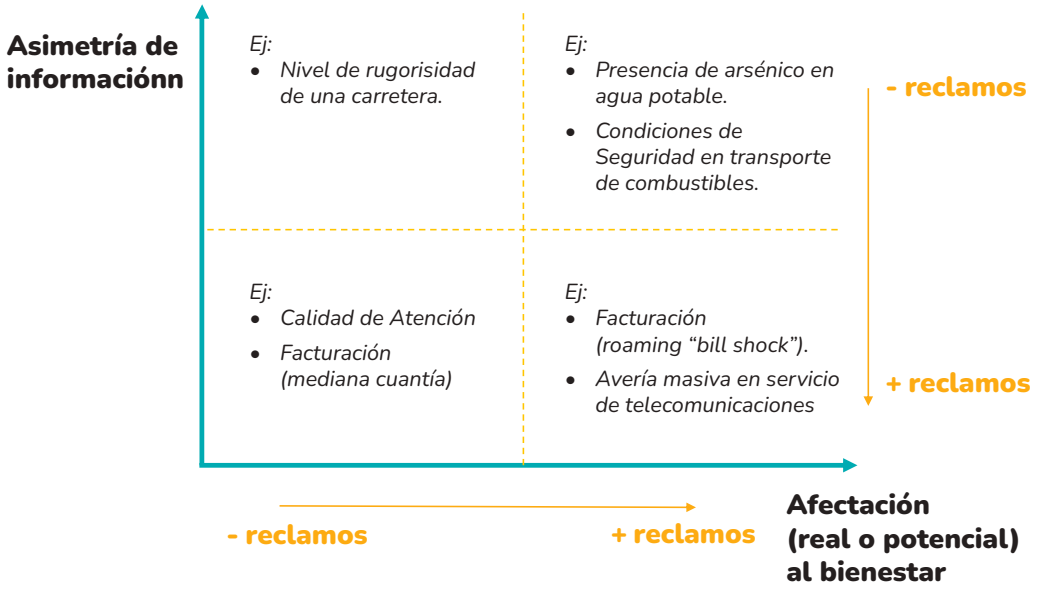
Un segundo criterio está asociado con el nivel de asimetría de información que enfrentan los afectados por el incumplimiento y el regulador, respecto de la naturaleza de dicho incumplimiento y el acceso a mecanismos de detección de posibles incumplimientos por parte de la empresa regulada. La literatura ha identificado los problemas informacionales (riesgo moral o selección adversa) asociados a las relaciones de consumo (Engel, 1995; Smith, 2020).

En la medida que los afectados por el incumplimiento regulatorio, tengan la información relevante, así como los medios para detectar y denunciar los incumplimientos regulatorios, sus esfuerzos estarán alineados con los del regulador, brindándole a éste evidencia valiosa y reduciéndole los costos que, de otro modo, hubiese tenido que incurrir en supervisión y fiscalización. En términos prácticos, los agentes afectados por el incumplimiento (consumidores, o usuarios, competidores, u otros *stakeholders*) se convierten en un 'supervisor' del desempeño de la empresa regulada. Por el contrario, en casos en los que, por distintos factores (información, conocimiento especializado, entre otros) la detección y/o probanza de determinadas faltas sea más difícil u onerosa para los afectados; la intervención del regulador a través de algún mecanismo de supervisión adquiere mayor relevancia.

A fin de ilustrar los dos criterios referidos arriba, podemos mostrar en dos ejes (nivel de asimetría de información y nivel de afectación al bienestar), distintos tipos de falta administrativa en materia de protección al usuario, en función a sus atributos, utilizando ejemplos de distintos sectores regulados (ver Figura 2). A manera de ejemplo, nos referiremos al caso de incumplimientos regulatorios que afectan a usuarios finales de servicios públicos, pero el argumento, se puede extender a faltas que afectan a otros agentes, como competidores, empresas que desean acceder a infraestructuras o redes, entre otros.

Existen atributos o incumplimientos regulatorios por parte de las empresas que pueden resultar relativamente más fáciles de detectar por parte de los usuarios; como la calidad de atención y/o las fallas en la facturación (en especial aquellas que tengan una cuantía relevante[6]). Es altamente probable que las fallas relacionadas a este tipo de casos, sean detectadas por los usuarios y sea materia de reclamo por parte estos. Igualmente, en el caso de averías masivas, o facturaciones elevadas por conceptos no usuales (por ejemplo, roaming en el sector telecomunicaciones), el nivel de escrutinio al que estará expuesto el proveedor por parte de los usuarios será relativamente mayor. No es casual, que tradicionalmente los conceptos de reclamo más importantes en los sectores regulados durante los últimos años hayan sido, entre otros, el de facturación o cobro; o reclamos relacionados con averías masivas o cortes del servicio.

Figura 2: Cumplimiento regulatorio, asimetría de información y afectación al bienestar.



Fuente y elaboración propias.

Existen otros atributos del servicio que pueden resultar más difíciles de monitorear por parte de los usuarios. Estos por lo general tienen que ver con los atributos de calidad del servicio[7], en particular aquellos que revistan un carácter eminentemente técnico. La afectación al usuario en estos casos puede variar en función a la duración de la falla o su persistencia en el tiempo. En estos casos, por lo general, el usuario promedio tiene menores capacidades, conocimientos técnicos e información que aportar al regulador. En el caso de las carreteras concesionadas, por ejemplo, un indicador de calidad ampliamente utilizado es el Índice de Rugosidad Internacional (IRI), para cuyo cálculo es necesario contar con equipo y personal especializado. Desviaciones ligeras de los parámetros máximos contractuales, en estos casos, posiblemente no tengan un impacto significativo o notorio sobre el usuario en el corto plazo. En estos casos, la labor de supervisión resulta imprescindible toda vez que sería imposible que el usuario pueda detectar fácilmente una eventual vulneración de este parámetro técnico de calidad y menos presentar un reclamo al respecto.

6 Cabe mencionar que, en el caso de la facturación, la afectación al usuario puede ser baja o alta dependiendo de la cuantía del error o la falta, pudiendo ocurrir que, si ésta resulta muy baja, el usuario enfrente menores incentivos para reclamar.

7 Nelson (1970) y Darby y Karny (1973) dividen los bienes en búsqueda, experiencia y confianza, en función al grado de asimetría de información asociado a su compra por parte de los consumidores.

Ejemplos en los que el daño potencial o real y la asimetría de información asociados al incumplimiento son significativos, podrían darse en casos en los que el usuario se enfrenta a servicios cuya calidad no es fácilmente verificable y cuyo uso o consumo puede poner en peligro su salud o seguridad. Así, por ejemplo, la labor que realizan los reguladores para verificar la inocuidad del agua potable es difícilmente sustituible por la acción del usuario (cuya capacidad de detección es muy limitada en estos casos). Los riesgos asociados a dicho incumplimiento regulatorio sobre la salud son, sin duda, significativos.

Igualmente, en el caso de los servicios de transporte de combustibles, difícilmente los usuarios estarán en capacidad de aportar información que ayude a la labor supervisora del regulador, aun cuando el peligro potencial sobre la salud y la vida asociado a estos incumplimientos, pueda ser severo.

¿Cómo escoger qué herramienta de cumplimiento regulatorio utilizar, en base a los criterios arriba mencionados?

Como se mencionó en las secciones iniciales, existen diversas herramientas o mecanismos de cumplimiento regulatorio con distintos costos asociados para su implementación. En la Figura 3 utilizando los mismos ejes de la Figura 2, se proponen diversos mecanismos o instrumentos que podrían ser más eficientes y eficaces para lograr el *enforcement* regulatorio a faltas con distintos niveles de afectación o perjuicio al bienestar y con diferentes grados de asimetría de información.

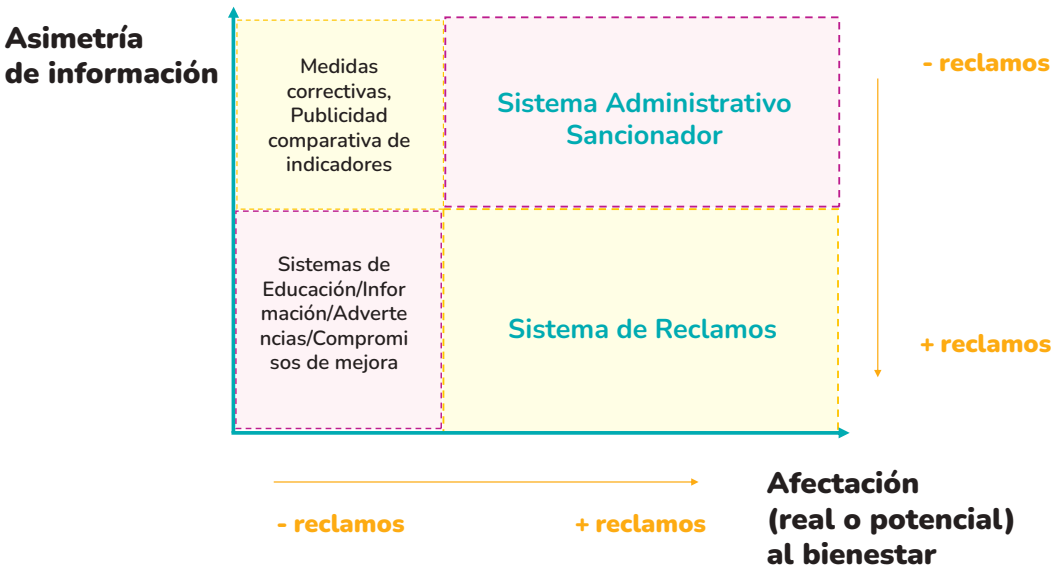
Como se puede apreciar (ver flechas en borde derecho e inferior), cuanto menor es la asimetría de información que enfrenta el agente privado, afectado negativamente por el incumplimiento regulatorio, mayores serán sus incentivos para reclamar. Es de esperar que, en estos casos de menor asimetría de información, el agente privado pueda acceder a medios probatorios con relativa facilidad, en comparación con otro tipo de falta. Pensemos, por ejemplo, en un reclamo por facturación incorrecta, donde la información de los montos a cobrar pueda ser fácilmente contrastable con aquella proveniente de un medidor de la cantidad consumida u otro instrumento de referencia. Asimismo, cuanto mayor sea el perjuicio generado al usuario, mayor será también su propensión a utilizar la vía del reclamo. En estos casos, como mencionamos, el usuario ejerce indirectamente un rol de supervisor al impulsar procesos que buscan corregir y sancionar, la actividad denunciada. En casos de incumplimientos masivos o sistemáticos, el número de denuncias también puede servir de guía al regulador para determinar las actividades de supervisión en donde debe priorizar su trabajo. Si bien la intensidad y volumen de denuncias se concentrará principalmente en materias en las que el usuario tiene mayor acceso a información, es cierto que un número de ellas podrá brindar información respecto de materias con mayores grados de asimetría informativa. De ahí, que el sistema de denuncias o reclamos sirva en general para proveer información útil sobre los niveles de cumplimiento regulatorio.

En caso existan bajos niveles de asimetría de información o bajo impacto en el bienestar; es de esperar que el volumen de reclamos sea relativamente bajo. En este tipo de casos, el regulador debería priorizar el uso de instrumentos menos onerosos como el uso de sistemas de orientación, información o de advertencias. Con ello, el costo asociado a los instrumentos de prevención/corrección utilizados será proporcional al riesgo o daño potencial asociado a la falta detectada.

Existe también la posibilidad de que, siendo el daño potencial relativamente bajo, la asimetría de información asociada al incumplimiento regulatorio sea elevada. Pensemos por ejemplo en niveles de calidad de un servicio público ligeramente por debajo de los límites establecidos por la regulación. Probablemente, el usuario tenga escasos mecanismos para verificar y demostrar dicho incumplimiento. En estos casos, dado que el nivel de afectación potencial al bienestar es relativamente bajo, el regulador puede buscar disciplinar el comportamiento de la empresa regulada, mediante el uso de indicadores comparativos, ordenar medidas correctivas o compromisos de mejora. En este caso, los mecanismos informativos, como la publicación de rankings de desempeño comparativo, en sectores en los que existe competencia, puede tener un nivel importante de eficacia al revelar al mercado información de utilidad, para evaluar el servicio que presta el operador, teniendo un efecto importante sobre la reputación e imagen de las empresas.

Por último, el uso de procedimientos administrativos sancionadores y actuaciones de oficio, debería reservarse para aquellos incumplimientos que se caracterizan por revestir un alto nivel de asimetría de información (difícilmente el afectado por el incumplimiento estará en capacidad para aportar evidencia o información útil en estos casos) y un impacto potencial significativo sobre el bienestar. La gravedad del hecho, así como la situación desventajosa del afectado por el incumplimiento regulatorio, ameritarían el uso de un instrumento de *enforcement* de mayor costo.

Figura 3: herramientas regulatorias, asimetría de información y afectación al bienestar



Fuente y elaboración propias.

De este modo, no existe un solo instrumento de *enforcement* aplicable indistintamente a cualquier tipo de falta. La eficacia y eficiencia relativa del instrumento a escoger dependerá del nivel de acceso que tengan los afectados por la infracción, a información relevante sobre la misma y del costo relativo asociado al uso del instrumento escogido. Un esquema como el planteado en la Figura 3 puede servir de guía para que las dependencias públicas a cargo de los procesos de supervisión o fiscalización, definan y prioricen adecuadamente las áreas en las cuales deben centrar su atención, para hacer un uso eficiente de sus recursos y garantizar una relativa mayor eficacia de su labor de *enforcement* regulatorio.

3. COSTOS DE *ENFORCEMENT*, ASIMETRÍA DE INFORMACIÓN Y REGULACIÓN RESPONSIVA

Durante los últimos años, la discusión respecto de la eficacia relativa de distintos instrumentos de *enforcement* ha sido abordada por la literatura, destacando de manera notable, la referida al concepto de "*responsive regulation*" (al que nos referiremos como 'regulación responsiva'[8]). La regulación responsiva surge como un intento de reconciliar dos enfoques polares respecto de la estrategia a seguir para asegurar el *enforcement* regulatorio. De un lado, la teoría de la disuasión, que modela el comportamiento de los posibles infractores como agentes racionales que responden exclusivamente a los retornos esperados, derivados de cumplir o incumplir la ley. Este enfoque, asociado con los nombres de Becker (1968) o Stigler (1971), plantea que la imposición de sanciones disuasivas implica no sólo alinear los incentivos del agente que infringió la regulación con su cumplimiento futuro, sino que también incentiva el cumplimiento de otros potenciales infractores. Subyace a este enfoque, el paradigma de agente racional, con una capacidad de procesamiento de información elevada y cuyas decisiones y motivaciones responden exclusivamente a señales de precios (o de los costos y beneficios esperados).

De otro lado, el enfoque de '*compliance*' o 'persuasivo' concibe a la regulación y su cumplimiento, como un juego cooperativo, caracterizado por la conciliación o negociación antes que la confrontación. Si bien la amenaza de la sanción no desaparece, ésta es utilizada con fines tácticos, privilegiándose más un enfoque preventivo que punitivo; reservándose el uso de mecanismos más drásticos a empresas renuentes o a cooperar, que persisten en el incumplimiento (Gunningham, 2010, p3; ver tambien Lancaster, 2015).

Este enfoque responsivo (ver Figura 4), parte de concebir el cumplimiento regulatorio en una primera instancia como el resultado de un juego cooperativo. En caso de que este fracase, se optará por enfoques menos cooperativos transitando gradualmente hacia enfoques más adversarios o confrontacionales. Así, en la base de la pirámide figuran los enfoques de autoregulación y en la parte superior los enfoques de carácter confrontacional o con una orientación punitiva.

8 El vocablo responsivo/a, según la Real Academia de la Lengua, en castellano tiene un significado distinto al aludido por la literatura académica; siendo términos como 'adaptativo' o 'flexible' traducciones más cercanas al sentido que dicha literatura le otorga. Sin embargo, dado el uso generalizado del término responsivo/a por la literatura reciente en castellano, se ha optado por su utilización.

Figura 4: Pirámide de Estrategias de *enforcement*

Fuente: Ayres y Braitewaithe (1992).

El enfoque de regulación responsiva, plantea que los objetivos de *enforcement* pueden ser alcanzados mediante el uso de una variedad de instrumentos regulatorios; cuya aplicación debe variar en función al nivel de respuesta o eficacia que cada uno de estos tenga, en términos de cumplimiento, por parte de los regulados. Así, en aquellos casos en los que enfoques basados en el uso de la persuasión resulten eficaces, bastará con el uso de esta herramienta para garantizar el *enforcement* regulatorio. En caso este mecanismo no brinde los resultados esperados en términos de cumplimiento, se podría recurrir a medidas más gravosas como una demanda civil. La figura piramidal busca ilustrar el nivel de actividad que debe dedicar el regulador a cada tipo de instrumento de disuasión; sugiriendo concentrar la mayor cantidad de recursos en el uso de estrategias de cumplimiento cooperativas. La hipótesis detrás de esta forma piramidal es que la mayor proporción de agentes privados regulados preferirá interactuar en un entorno cooperativo y una minoría optará por la confrontación.

Figura 5: Pirámide de Instrumentos de *Enforcement*

Fuente: Ayres y Braitewaithe (1992).

El enfoque de regulación responsiva ha sido materia de discusión en el Perú y otros países de la región, referida principalmente a su aplicación en el ámbito administrativo (Ochoa, 2016; Soto, 2015; Correa, 2021).

Se plantea, sin embargo, que el enfoque puede ser enriquecido incorporando al análisis el aporte de otros *stakeholders*, especialmente en contextos de asimetría de información, al proceso de *enforcement*. En efecto, si bien resulta razonable recurrir en primera instancia a los instrumentos menos costosos para el cumplimiento regulatorio, enfoques de carácter bilateral (entre regulado y regulador), pueden perder eficacia en contextos en los que el regulador carece de información suficiente pero que sí es accesible para otros *stakeholders*. Los problemas y disyuntivas que enfrentan los reguladores en esta relación bilateral entre regulado y regulador, han sido ampliamente discutidos por la teoría de la regulación (ver, por ejemplo, Tirole y Laffont (1993)).

En este contexto, los sistemas de denuncias pueden brindar un soporte importante a la toma de decisiones respecto de qué enfoque adoptar, mitigando riesgos asociados a posibles comportamientos estratégicos de las empresas.

Así, por ejemplo, la estrategia persuasiva puede ser menos eficaz en contextos de información asimétrica. Dicha asimetría de información puede ser atenuada mediante el uso de información proveniente de los sistemas de denuncia y reclamo. Estos sistemas, además, pueden brindar información valiosa respecto de la persistencia de las empresas en determinadas conductas. De ser el caso, la información proveniente de los sistemas de denuncias, pueden permitir al regulador descartar rápidamente (o por el contrario otorgar el 'beneficio de la duda') el uso de estrategias de persuasión, cuando sea evidente la reiteración consciente de determinado incumplimiento regulatorio.

Por otro lado, resulta importante destacar que el enfoque responsivo debe guardar cierta relación con el impacto que la infracción genera sobre el bienestar. Independientemente de la intencionalidad, la existencia de canales de comunicación y estrategias cooperativas entre empresas y reguladores, difícilmente podría optarse por enfoques persuasivos en presencia de actos u omisiones que tengan grandes efectos sobre la salud, la seguridad o el medio ambiente. Casos en los que por negligencia del agente regulado se ocasione un derrame de petróleo, se vendan alimentos en mal estado o se ocasione una deflagración de gas; difícilmente podrán abordarse ex post, a partir de un enfoque responsivo. Posiblemente, en el tratamiento ex ante de medidas preventivas pueda existir algún espacio para la aplicación de este enfoque, siempre que aseguren el control de riesgos de ocurrencia de eventos con impacto importante sobre el bienestar.

Por último, vale la pena mencionar que comúnmente las normas imponen ciertos límites al uso discrecional de distintas herramientas de *enforcement* para impulsar el cumplimiento de regulaciones. En nuestro sistema legal administrativo, por ejemplo, los incumplimientos se deben encontrar tipificados en una ley, la cual debe especificar, entre otros, su nivel de gravedad. Asimismo, la normatividad establece el tipo de sanciones o medidas correctivas a aplicar ante un determinado incumplimiento regulatorio, restringiendo las opciones a disposición del órgano supervisor. Ello en general, indicaría que la aplicación de un enfoque responsivo a la regulación de servicios públicos, implica necesariamente la introducción de cambios en nuestros sistemas sancionadores que fomenten un mayor uso de mecanismos informales de *enforcement* y un mayor nivel de discrecionalidad a los responsables de hacer cumplir las regulaciones.

CONCLUSIONES

Durante los últimos años, el debate regulatorio ha tendido a concentrarse en torno al diseño de las regulaciones, su proporcionalidad y racionalidad; y menos en la forma en que las regulaciones son aplicadas o los instrumentos utilizados para ello. El proceso regulatorio debe involucrar no sólo a los expertos en la formulación de regulaciones sino también a los responsables de su aplicación en la práctica. Ignorar la importancia de adoptar los instrumentos de *enforcement* más idóneos para hacer cumplir las regulaciones, puede llevar a regulaciones que generen costos innecesarios al Estado y cargas regulatorias distorsionantes a los agentes privados.

En el presente artículo, se ha destacado la importancia práctica que puede tener el empleo de información proveniente de los sistemas de denuncias o reclamos para el diseño de las estrategias de *enforcement* que adopten los reguladores, asi como para la selección de los instrumentos que éstos tengan a su disposición para asegurar una mayor eficacia y eficiencia en el objetivo de cumplimiento regulatorio. Si bien estos planteamientos pueden incidir en los ejercicios de planeamiento, que los órganos encargados de la supervisión y fiscalización hacen periódicamente; lo deseable sería que, desde la fase de diseño de la regulación, se contemple la posibilidad de utilizar distintos instrumentos de *enforcement*, que aseguren un balance adecuado entre coerción y persuasión. Asimismo, desde la fase de diseño es necesario considerar las restricciones informacionales que enfrentarán los encargados de ejecutar la regulación y el rol que pueden jugar los sistemas de denuncias y/o reclamos, en mitigarlas.

Una implicancia práctica que se desprende del análisis realizado, sería que el diseño de las organizaciones encargadas del *enforcement* regulatorio incorporen bajo una misma administración (o bajo sistemas agiles de intercambio de información), tanto las labores de supervisión y fiscalización, así como las de atención de demandas o reclamos de aquellos afectados por los incumplimientos regulatorios. Ello permitiría optimizar el uso de los recursos e información disponibles para coadyuvar de manera más eficiente y efectiva al cumplimiento regulatorio.

BIBLIOGRAFÍA

1 Ayres I. y Braithwaite J. (1992) "Responsive Regulation", Oxford University Press.

2 Becker (1968) 'Crime and Punishment: an Economic Approach', Journal of Political Economy, 76: 169–217.

3 Correa, C. (2021) "Reflexiones acerca de la problemática de la sobre y excesiva regulación y su incidencia en las libertades empresariales: Una mirada desde la regulación responsiva y el Impacto de Análisis Regulatorio"

4 Darby, M., & Karni, E. (1973). Free competition and the optimal amount of fraud. Journal of Law and Economics, 16(1), 67–88.

5 Engel, E. (1995) "Consumer Protection Policies and Rational Behavior", Revista de Análisis Económico, Vol. 10, N°2, Nov., 183-202.

6 Gunningham N. (2010) "Enforcement and Compliance Strategies", The Oxford Handbook of Regulation, Edited by M. Cave, R. Baldwin y M. Lodge, Oxford Handbooks Online.

7 Lancaster, A. (2015) "Persuasion, Police, and Public Safety: Message Framing, Compliance, and Perceptions of Law Enforcement Compliance, and Perceptions of Law Enforcement", West Virginia University, The Research Repository.

8 Luyo, M. (2024) "Las estrategias de cumplimiento normativo: hacia un modelo de regulación responsiva", Polemos.pe, https://polemos.pe/las-estrategias-de-cumplimiento-normativo-hacia-un-modelo-de-regulacion-responsiva/

9 Nelson, P. (1970). Information and consumer behavior. The Journal of Political Economy, 78(2), 311–329.

10 OECD (2014) "OECD Regulatory Compliance Cost Assessment Guidance", OECD Publishing. http://dx.doi.org/10.1787/9789264209657-en.

11 Ochoa F. (2016) "¿Es posible hacer cumplir la ley sin sancionar? Aplicando de manera «responsiva» la regulación en el Perú, a propósito del caso de abogacía de la competencia sobre las barreras burocráticas en el mercado de servicios públicos", Derecho PUCP, N°76, 151-180. https://doi.org/10.18800/derechopucp.201601.006

12 Smith R. (2020) "When competition is not enough: consumer protection", Australian Economic Papers, December, 408-425.

13 Soto, P. (2015) "Sanciones administrativas como medidas de cumplimiento del Derecho: un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental", Revista Ius et Praxis, Año 22, N° 2, 2016, pp. 189 - 226 ISSN 0717 – 2877.

14 Stigler, G. J. (1971) "The Theory of Economic Regulation", Bell Journal of Economics and Management Science 2, 1, pp. 3-21.

15 Tirole J. y Laffont J. (1993) "A Theory of Incentives in Procurement and Regulation", MIT Press.

16 Van de Heijden, J. (2022) "Regulatory Failure: A Review of International Academic Literature", State of Arts in Regulatory Governance Research Paper, November, Victoria University of Wellington.

¿PUEDE UNA SOCIEDAD DE GESTIÓN COLECTIVA COBRAR TARIFAS DIFERENCIADAS A LOS CABLEOPERADORES?: LA RESPUESTA DADA POR LA CORTE ANDINA A LA LUZ DE LAS LEYES ANDINAS DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA Y DE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS

Palabras clave: *Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación prejudicial. Sociedad de Gestión Colectiva. Monopolio. Poder de mercado. Abuso de posición de dominio. Práctica discriminatoria de precios. Libertad contractual.*

Hugo R. Gómez Apac [1]

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, magíster en Derecho de la Empresa por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y admitido en el doctorado en Derecho de la Universidad de La Coruña (España).

Resumen:

A través del presente artículo académico el autor recurre a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que ha interpretado las leyes andinas de defensa de la libre competencia (la Decisión 608) y de derecho de autor y derechos conexos (la Decisión 351), para responder a la pregunta de si una sociedad de gestión colectiva puede cobrar tarifas diferentes a los cableoperadores pese a brindarles el mismo servicio.

La respuesta, en términos generales, es que sí, siempre que dicha sociedad, en ejercicio de su libertad contractual, no cometa un abuso de posición de dominio —con efectos exclusorios— en la modalidad de práctica discriminatoria de precios, ni transgreda lo expresamente establecido en la legislación nacional sobre las tarifas de las sociedades de gestión colectiva.

Si bien se reconoce la posición monopólica de las sociedades de gestión colectiva en los países miembros de la Comunidad Andina (Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú), se acepta la posibilidad de que alguna de ellas carezca de poder de mercado (o posición de dominio) si es que, en realidad, en lugar de comportarse como una auténtica «fijadora de precios» en el mercado de que se trate, se ve compelida a aceptar condiciones que la perjudican.

1 Actualmente, magistrado en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (desde marzo de 2016) y profesor en la Maestría en Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías de la Universidad Austral (Argentina), en la Maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Maestría en Derecho Administrativo Económico de la Universidad del Pacífico (Perú) y en la Escuela de Postgrado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. También es miembro de la Junta Asesora de Jueces de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual por el período 2023 – 2025.

Fue presidente del Consejo Directivo del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, director Nacional de Asuntos Jurídicos en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, y asesor del Despacho Ministerial del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. En el Indecopi fue vicepresidente de la Comisión de Protección al Consumidor, presidente de la Comisión adscrita a la Oficina Regional de Ica, secretario técnico de la Sala de Defensa de la Competencia, asesor de la Gerencia Legal y secretario técnico de la Comisión de Libre Competencia.

Correo electrónico:
hugo_gomez_apac@yahoo.com

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente artículo es explicar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (**TJCA** o **Tribunal**) que se ha pronunciado sobre la condición monopólica en la que actúan las sociedades de gestión colectiva (**SGC**) en los países que conforman la Comunidad Andina —Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú— y que, al interpretar determinadas disposiciones de la **Decisión 351** – «Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos» (1993)[2] y de la **Decisión 608** – «Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina» (2005)[3], ha establecido criterios jurídicos interpretativos relacionados con la posibilidad de que una SGC cobre a unas empresas cableoperadoras[4] una tarifa menor de la que cobra a otras, pese a brindarles el mismo servicio.

Sobre la condición monopólica en la que actúan las SGC, se tendrá en cuenta lo establecido por el TJCA en la sentencia del 11 de marzo de 2022 recaída en el proceso 01-AI-2019[5] [acción de incumplimiento: Sociedad de Autores y Compositores de Colombia (Sayco) vs. República de Colombia], al que en adelante nos referiremos como el **caso Sayco**.

Con relación a la posibilidad de que una SGC cobre a unos cableoperadores una tarifa menor de la que cobra a otros, se expondrán los criterios jurídicos interpretativos desarrollados por el TJCA en la sentencia de interpretación prejudicial del 27 de agosto de 2024, recaída en el proceso 227-IP-2023[6] [proceso interno: Asociación de Empresas de Telecomunicaciones del Ecuador (Asetel) vs. Sociedad General de Autores y Compositores Ecuatorianos (Sayce)], al que en lo sucesivo nos referiremos como el **caso Sayce**.

En el caso Sayce, el Tribunal interpretó el artículo 48 de la Decisión 351, que trata de las tarifas a cobrar por parte de las SGC, así como el literal d) del artículo 8 de la Decisión 608, que tipifica como una modalidad de abuso de posición de dominio la adopción de una práctica discriminatoria.

2 La Decisión 351 fue aprobada por la Comisión del Acuerdo de Cartagena el 17 de diciembre de 1993, y fue publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 145 del 21 de diciembre de 1993. Disponible en: https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/gace145.pdf

3 La Decisión 608 fue aprobada por la Comisión de la Comunidad Andina el 29 de marzo de 2005, y fue publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 1180 del 4 de abril de 2005. Disponible en: https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gace1180.pdf

4 Según el Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española (RAE), «cableoperadora» es la empresa que se dedica a la telecomunicación por cable. Fuente: https://dle.rae.es/cableoperador. Fecha de consulta: 3 de enero de 2025.

Para los efectos del presente trabajo, cableoperadora es la empresa que brinda el servicio de televisión por cable, también denominada televisión de señal cerrada, por suscripción o pagada (o de pago). La empresa oferta una parrilla de canales y el usuario paga por acceder a dicha parrilla.

5 Sentencia publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 4442 del 22 de marzo de 2022.

6 Sentencia publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 5540 del 2 de septiembre de 2024.

2. MI RELACIÓN CON LA LEY ANDINA DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Hace dos décadas me desempeñaba como secretario técnico de la Comisión de Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (**Indecopi**) y como tal participaba en un grupo de trabajo —integrado por funcionarios de la Secretaría General de la Comunidad Andina (**SGCA**) y representantes de las autoridades de defensa de la competencia de Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela, bajo el denominado Proyecto Competencia UE - CAN[7]— encargado de elaborar el proyecto de una nueva ley andina de defensa de la libre competencia; esto es, la norma andina que sustituiría a la Decisión 285, por la que se habían aprobado las entonces vigentes «Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia»[8].

El grupo de trabajo cumplió su cometido y la Comisión de la Comunidad Andina (**Comisión**) aprobó la Decisión 608 en marzo de 2005.

En tanto proponente, soy autor de varias disposiciones de la Decisión 608, como lo referido a su finalidad, establecida en su artículo 2; o lo señalado en el literal g) de su artículo 8 —que establece como modalidad de abuso de posición de dominio aquella conducta que impida o dificulte el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica—, que no es otra cosa que la definición personal que tengo de lo que significa el abuso de la posición de dominio, y que luego repetí en el literal h) del núm. 10.2 del artículo 10 del Decreto Legislativo 1034 – Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (**LRCA**) del 2008[9], respecto del cual también participé en la elaboración de su proyecto[10].

7 Proyecto Competencia (ASR/B7-3100/IB/98/0099) Comisión Europea - Comunidad Andina, Armonización de las reglas de competencia en la Región Andina (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela).

8 Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 80 del 4 de abril de 1991. Disponible en: https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/gace080.pdf

9 El Decreto Legislativo 1034 fue publicado en el diario oficial El Peruano el 25 de junio de 2008.

10 Mientras me desempeñaba como secretario técnico de la Sala de Defensa de la Competencia del Indecopi.

3. LA TUTELA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO ANDINO

La Comunidad Andina es el proceso de integración jurídica, económica y social más exitoso y antiguo de Sudamérica que nace con la firma del Acuerdo de Cartagena del 26 de mayo de 1969 y que a la fecha exhibe, entre sus más destacados logros, un área de libre comercio, la armonización de políticas y legislación, y una sólida institucionalidad supranacional.

Es una comunidad de Derecho que cuenta con su propio ordenamiento jurídico, el cual tiene sus propios principios y fuentes. Entre los principios jurídicos orientadores del derecho andino destacan los de preeminencia, de autonomía, de aplicación inmediata —a partir del día siguiente de la publicación de la norma andina en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena (**GOAC**), o de la fecha posterior que ella haya dispuesto—, de efecto directo, de cooperación leal y de complemento indispensable. En cuanto a las fuentes del Derecho andino, podemos hablar de fuentes típicas y atípicas, así como de derecho originario y derivado.

El derecho originario está compuesto por las normas fundacionales o constitucionales, que son el Acuerdo de Cartagena, el Tratado de creación del TJCA, el Tratado constitutivo del Parlamento Andino y sus respectivos protocolos modificatorios. El derecho derivado (o secundario), por su parte, está integrado por las leyes andinas, que son las decisiones de los dos órganos legislativos —el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (**Camre**) y la Comisión—; por las resoluciones de la SGCA, a través de las cuales se aprueban normas reglamentarias y actos administrativos; y por las demás normas de efectos jurídicos vinculantes emitidos por órganos o instituciones del Sistema Andino de Integración.

El TJCA es el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina y el que tiene como función principal garantizar la preeminencia y respeto del ordenamiento jurídico comunitario andino. La corte andina resuelve controversias —entre países miembros, entre órganos comunitarios, entre países miembros y órganos comunitarios, y entre estos y personas naturales o jurídicas— mediante sus competencias jurisdiccionales contenciosas: la acción de incumplimiento, la acción de nulidad, el recurso por omisión, la acción laboral y la función arbitral. Asimismo, garantiza la aplicación coherente y uniforme del derecho andino a través de su competencia jurisdiccional no contenciosa: la emisión de interpretaciones prejudiciales.

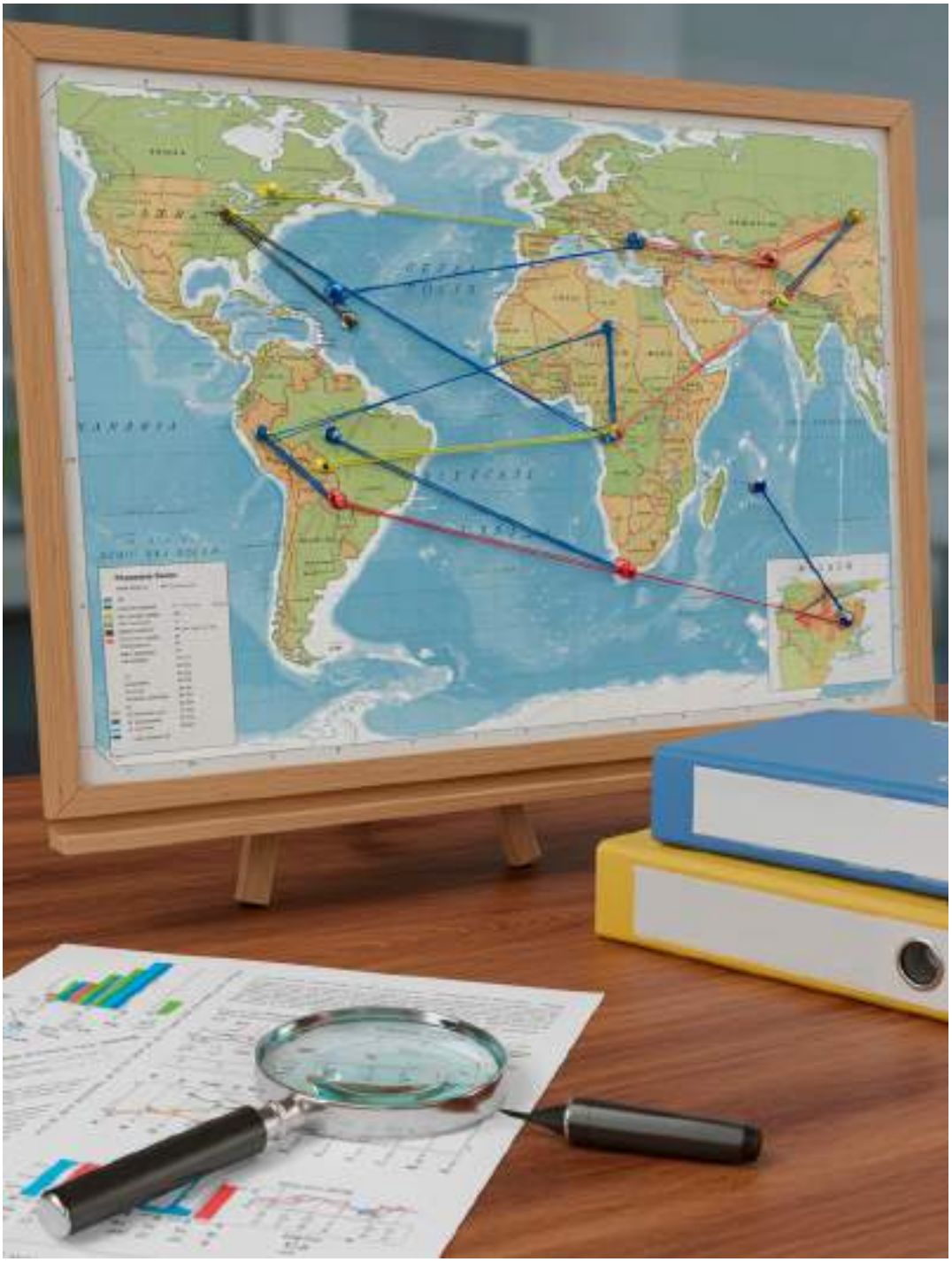
Para los efectos del presente trabajo, solo nos interesan las acciones de incumplimiento y de nulidad y la interpretación prejudicial.

Mediante la acción de incumplimiento, el TJCA controla que los países miembros respeten el derecho andino y cumplan las obligaciones y compromisos asumidos como partícipes del proceso de integración. Esta figura procesal tiene dos fases: la primera, de carácter administrativo (o prejudicial), a cargo de la SGCA; la segunda, de naturaleza judicial, en manos del Tribunal. Si esta corte regional declara en su sentencia el incumplimiento de un país miembro y este desacatara dicha sentencia, la corte andina autorizará la imposición de sanciones, las que se pueden ir agravando hasta que el país renuente cumpla la sentencia.

El caso Sayco trata sobre una acción de incumplimiento. Sayco alegó en su demanda que Colombia, con la expedición de la Ley 1493 de 2011, había establecido un régimen de control y sanción sobre las SGC que expresaba un excesivo intervencionismo estatal y que rebasaba el marco de inspección y vigilancia que la Decisión 351 prevé como competencia de las autoridades nacionales. En su sentencia de marzo de 2022, el TJCA declaró infundada la demanda siempre y cuando las disposiciones cuestionadas de la Ley 1493 de 2011 fueran interpretadas y aplicadas a la luz de los principios de razonabilidad y progresividad intrínsecos al ordenamiento jurídico comunitario andino.

La acción de nulidad es el instrumento procesal por el cual el TJCA controla la juridicidad (o legalidad) de las normas o actos comunitarios de derecho derivado (o secundario) del ordenamiento andino: las decisiones del Camre y la Comisión, las resoluciones de la SGCA y demás normas susceptibles de ser revisadas por la corte andina a través de dicha acción. Cuando la acción de nulidad se interpone contra una resolución de la SGCA que tiene naturaleza de acto administrativo, el control de legalidad toma la forma de un proceso contencioso administrativo.

Un ejemplo que permite apreciar la operatividad de la acción de nulidad es el caso del cártel de los papeles suaves. Mediante resoluciones emitidas el 2018 y 2021, la SGCA sancionó a dos empresas colombianas y a dos ecuatorianas por haber cometido una conducta anticompetitiva transfronteriza —tipificada en el literal a) del artículo 7 de la Decisión 608— consistente en que los gerentes de las matrices colombianas instruyeron a los gerentes de las filiales ecuatorianas a adoptar acuerdos de precios en el mercado ecuatoriano de papeles suaves (papel higiénico, papel toalla y pañuelos desechables) entre los años 2006 y 2013. A finales de 2021, las empresas sancionadas demandaron la nulidad de los pronunciamientos de la SGCA. En setiembre de 2024, el TJCA declaró infundadas las demandas presentadas, con lo que ratificó las multas impuestas que en conjunto superan los 33 millones de dólares y que constituyen la primera sanción (firme) impuesta al amparo de la ley andina de defensa de la libre competencia.



La interpretación prejudicial es el instrumento procesal por el cual la corte andina orienta —con carácter mandatorio y vinculante— a las autoridades administrativas y jurisdiccionales de los países miembros sobre cómo debe interpretarse el derecho andino. Si el juez nacional que va a resolver la controversia aplicando una o más normas del ordenamiento andino es de única o última instancia, está obligado a solicitar interpretación prejudicial al TJCA sobre tales normas. En este supuesto, suspende el proceso que está tramitando, efectúa su solicitud y espera la respuesta del Tribunal. Una vez que esta corte absuelve la solicitud, el juez nacional debe resolver la controversia aplicando los criterios jurídicos interpretativos desarrollados por la corte andina en su interpretación prejudicial. Si dicho juez no es de única o última instancia, sino que su pronunciamiento es susceptible de ser impugnado ante una instancia superior, no tiene tal obligación, sino la facultad de solicitar o no la interpretación prejudicial. Según la jurisprudencia del TJCA, las autoridades administrativas también califican como jueces nacionales[11].

11 Para comprender cómo el TJCA ha extendido la noción de juez nacional a las autoridades administrativas, se recomienda revisar la Interpretación Prejudicial 121-IP-2014 del 20 de noviembre de 2014, publicada en la GOAC núm. 2427 del 11 de diciembre de 2014; el literal d) del artículo 2 de su «Reglamento que regula aspectos vinculados con la solicitud y emisión de Interpretaciones Prejudiciales», aprobado por Acuerdo 08/2017, publicado en la GOAC núm. 3146 del 29 de noviembre de 2017 (modificado por los Acuerdos 04/2018 y 03/2022, publicados en las GOAC núm. 3284 del 14 de mayo de 2018 y 4495 del 7 de julio de 2022, respectivamente); y la Interpretación Prejudicial 426-IP-2019 del 6 de mayo de 2022, publicada en la GOAC núm. 4487 del 2 de junio de 2022, en la que el Tribunal aceptó la solicitud de interpretación prejudicial proveniente de la Dirección Distrital de Quito del Servicio Nacional de Aduana (Senae) del Ecuador. Ver:

- La Interpretación Prejudicial 121-IP-2014 está disponible en: https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles//Gacetas/GACE2427.pdf
- El Acuerdo 08/2017 del TJCA está disponible en: https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles//Gacetas/GACE3146.pdf
- El Acuerdo 04/2018 del TJCA está disponible en: https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles//Gacetas/GACE3284.pdf
- El Acuerdo 03/2022 del TJCA está disponible en: https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles//Gacetas/GACETA%204495.pdf
- La Interpretación Prejudicial 426-IP-2019 está disponible en: https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles//Gacetas/Gaceta%204487.pdf

Y por virtud de la doctrina interpretativa del «acto aclarado», los jueces nacionales no están obligados a solicitar interpretación prejudicial si el Tribunal ya ha interpretado la norma andina que ellos van a aplicar al resolver la controversial nacional. La obligación, sin embargo, se mantiene en cuatro supuestos[12] establecidos por la corte andina.

12 Los cuatro supuestos en los que se mantiene la obligación de solicitar interpretación prejudicial son:

a) Cuando el TJCA no ha emitido interpretación prejudicial respecto de la norma del ordenamiento andino que el juez nacional de única o última instancia debe aplicar (o es materia de discusión) para resolver la controversia del proceso jurisdiccional que tramita en sede nacional;

b) Cuando el Tribunal sí ha emitido interpretación prejudicial publicada en la GOAC respecto de alguna de las normas del ordenamiento andino que el juez nacional de única o última instancia debe aplicar (o son materia de discusión) para resolver la controversia del proceso jurisdiccional que tramita en sede nacional, pero no respecto de otras normas del mismo ordenamiento, aplicables a la misma controversia. En este caso, el Tribunal emitirá la interpretación prejudicial respecto de aquellas normas que no hubiere interpretado en el pasado, y ratificará el criterio jurídico interpretativo respecto de las cuales sí lo hubiera hecho, de ser el caso.

c) Cuando la corte andina sí ha emitido interpretación prejudicial publicada en la GOAC respecto de la norma del derecho andino que el juez nacional de única o última instancia debe aplicar (o es materia de discusión) para resolver la controversia del proceso jurisdiccional que tramita en sede nacional, pero dicho juez considera imperativo que el Tribunal precise, amplíe o modifique el criterio jurídico interpretativo contenido en la mencionada interpretación prejudicial; y,

d) Cuando el TJCA sí ha emitido interpretación prejudicial publicada en la GOAC respecto de la norma del derecho andino que el juez nacional de única o última instancia debe aplicar (o es materia de discusión) para resolver la controversia del proceso jurisdiccional que tramita en sede nacional, pero dicho juez tiene preguntas insoslayables sobre situaciones hipotéticas que, en abstracto, se desprenden o están vinculadas con la referida norma andina, y que deben ser aclaradas por el Tribunal para que el mencionado juzgador pueda resolver con mayor precisión e idoneidad la controversia del proceso jurisdiccional que tramita en sede nacional.

El caso Sayce nos dará un mayor entendimiento de la figura de la interpretación prejudicial. Asetel denunció a Sayce ante la Superintendencia de Competencia Económica (SCE) del Ecuador por un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de práctica discriminatoria, al cobrar a unos cableoperadores una tarifa menor de la que cobraba a otros, pese a que a todos ellos brindaba el mismo servicio. El 17 de octubre de 2023, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas de la SCE solicitó al TJCA, con carácter facultativo, la interpretación de los artículos 45 (literal k) y 48 de la Decisión 351 y del artículo 8 (literal d) de la Decisión 608. Si bien la SCE va a resolver el caso aplicando la ley nacional —la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (**LORCPM**) de 2011—, solicitó conocer cómo el Tribunal interpretaría la disposición de la ley andina de defensa de la libre competencia que tiene un contenido similar al de la correspondiente ley ecuatoriana[13]. La corte andina absolvió la consulta facultativa con la Interpretación Prejudicial 227-IP-2023 de agosto de 2024, aclarando que los criterios jurisprudenciales contenidos en ella eran vinculantes para analizar una conducta anticompetitiva transfronteriza, pero podían tener carácter orientativo tratándose de una conducta anticompetitiva nacional.

En tal sentido, los criterios jurisprudenciales que más adelante exponemos con relación al literal d) del artículo 8 de la Decisión 608 son vinculantes para cuando la SGCA investigue un abuso de posición de dominio transfronterizo, pero pueden ser utilizados por las autoridades nacionales de defensa de la libre competencia si lo consideran pertinentes, dado el carácter orientador que tienen para ellas.

13 El lector podrá comparar a continuación el texto de ambas normas:

Decisión 608 (2005) de la Comisión de la Comunidad Andina	Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (2011) del Ecuador
« **Artículo 8.-** Se presumen que constituyen conductas de abuso de una posición de dominio en el mercado: (...) d) La adopción de condiciones desiguales con relación a terceros contratantes de situación análoga, en el caso de prestaciones u operaciones equivalentes, colocándolos en desventaja competitiva; (...)»	«**Art. 9.-**Abuso de Poder de Mercado.- (...) En particular, las conductas que constituyen abuso de poder de mercado son: (...) 7.- La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación de desventaja frente a otros. (...)»

4. EL MONOPOLIO DE LAS SGC

En el caso Sayco, el TJCA mencionó que las SGC reducen costos de transacción y que desarrollan sus actividades en régimen de monopolio.

Con relación a lo primero, la corte andina señaló que si las SGC no existieran, los miles de titulares de derechos de autor y derechos conexos (intérpretes, ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión) tendrían que negociar y recaudar las regalías correspondientes con cada uno de los miles de usuarios que explotan dichos derechos en sus actividades económicas (cines, empresas de radio o televisión, discotecas, bares, hoteles, etc.) y, a su vez, éstos tendrían que solicitar autorización y negociar el pago de remuneraciones con cada uno de los primeros, lo que sería, en términos económicos, costosísimo para ambos lados. Así, la SGC, al intermediar entre los dos grupos de interés, reduce los costos de transacción involucrados.[14]

Respecto de lo segundo, el TJCA mencionó que a mayor el número de titulares de derechos de autor y conexos miembros de una SGC y a mayor el número de sus usuarios, la gestión colectiva se beneficia de economías de red, de economías de escala y se vuelve más valiosa la participación de cada miembro y usuario adicional, todo lo cual genera una barrera de entrada al mercado para un competidor: una SGC del mismo rubro, género o rama. En tal sentido, agregó la corte andina, que independientemente de si la legislación nacional estableciera o no un monopolio legal, en la práctica es sumamente complicado que compitan dos o más SGC del mismo rubro (género o rama) entre sí, como sería, hipotéticamente hablando, que dos o tres sociedades de autores y compositores de obras musicales compitieran entre sí al interior de un país miembro.[15]

La corte andina consideró, en su sentencia, que no existe evidencia de que la gestión individual de los derechos de autor y conexos sea, en los países miembros de la Comunidad Andina, un sustituto razonable de la gestión colectiva. Por tanto, concluyó que en dichos países las SGC gozan de una posición monopólica y que tienen dos mercados cautivos: el de los titulares de los derechos de autor y conexos, y el de los usuarios que explotan dichos derechos.[16]

En la actualidad, a modo de ejemplo, solo existe una SGC en el rubro de autores y compositores de obras musicales: Sayco[17], en Colombia; Sayce, en Ecuador; la Asociación Peruana de Autores y Compositores (**Apdayc**), en Perú; y la Sociedad Boliviana de Autores y Compositores de Música (**Sobodaycom**), en Bolivia.

El TJCA no lo dijo de manera expresa, pero se desprende de su sentencia del caso Sayco, que reconoció implícitamente que las SGC son agentes económicos, que desarrollan una actividad económica. Al efectuar la gestión colectiva, la SGC cobran a los usuarios las remuneraciones que se destinan a los titulares de los derechos de autor y conexos, pero se quedan con un porcentaje, que es una suerte de comisión por los gastos que implica dicha gestión. Asumiendo que las SGC no tienen un fin lucrativo[18], igual califican como agentes económicos para el derecho de la competencia.

14 TJCA, proceso 01-AI-2019, sentencia del 11 de marzo de 2022, publicada en la GOAC núm. 4442 del 22 de marzo de 2022, pp. 10 y 11.

15 Ibidem, p. 11.

16 Ibidem, pp. 11 y 12.

17 Que también se encarga de la gestión colectiva de obras literarias, teatrales, audiovisuales, de bellas artes, fotográficas y de arte aplicado. Fuente: https://www.sayco.org. Fecha de consulta: 3 de enero de 2025.

18 Pues los ingresos que no reparten entre los titulares de los derechos se destinan exclusivamente para gastos de funcionamiento (lo que incluye las dietas, remuneraciones u honorarios de los directores, gerentes, empleados y asesores externos, según corresponda) y para el financiamiento de otras actividades debidamente autorizadas.

Como se sabe, si las asociaciones o fundaciones, que son entidades sin fines de lucro, ofertan en el mercado algún bien o servicio, son agentes económicos sujetos a la legislación de competencia. Así, por ejemplo, si una fundación se dedica a rescatar perros de las calles, darles alimento y cobijo y promover su adopción, pero para financiar estas encomiables y desinteresadas actividades elaboran y venden helados, esta actividad económica debe respetar las reglas de mercado. Si se coludiera con otros fabricantes de helados en un cártel de precios, serían sancionados por la autoridad de competencia.

Si dijéramos que la gestión colectiva es de interés público, tampoco dejan de ser agentes económicos. Como es el caso de los notarios públicos en el Perú, cuya actividad, de interés público, debe respetar las normas de ordenación del mercado, entre ellas la legislación que tutela la libre competencia.

Nada cambia si, incluso, las SGC desarrollaran otras actividades económicas (como gestionar emisoras de radio) debidamente autorizadas, para incrementar los ingresos de dichos asociados o para otorgarles ciertas prestaciones sociales, como es el caso de un seguro médico.

Y tampoco cambia su naturaleza de agente económico el que estén sometidas a una intensa regulación estatal —como las potestades de control y sanción que Sayco denunció como excesivas en su demanda de incumplimiento—, lo que puede incluir, entre otras, la aprobación o autorización administrativa de sus tarifas. En el caso Sayco, el TJCA comparó a las SGC con las empresas bancarias y de seguros, que son agentes económicos sometidos a una intensa regulación y supervisión estatal.

5. SOBRE LA AUSENCIA DE COMPETENCIA ENTRE SGC DEL MISMO RUBRO

Para constatar si el agente económico denunciado ostenta o no una posición de dominio, la autoridad de competencia, luego de determinar el mercado relevante (lo que implica identificar el producto y el mercado geográfico relevantes) y la cuota de mercado de dicho agente, debe analizar las barreras de entrada al mercado (y otros factores) para verificar si él goza o no de posición de dominio.

En el caso Sayce, una de las preguntas que la SCE formuló al TJCA fue la siguiente: ¿Lo establecido en el literal k) del artículo 45 de la Decisión 351 —la asociación exclusiva de los miembros a una sociedad de gestión colectiva— podría ser considerado como una barrera legal para la entrada al mercado de los servicios prestados por las sociedades de gestión colectiva?

El literal k) del artículo 45 de la Decisión 351 establece que las SGC están obligadas a no aceptar miembros de otras SGC del mismo género, del país o del extranjero, que no hubieran renunciado previa y expresamente a ellas. Esto es lo que se conoce como el principio de exclusividad de la actividad de una SGC, por virtud del cual, según la jurisprudencia del TJCA, no se puede confiar la administración del mismo derecho de autor o conexo a dos o más SGC, como tampoco cabe que sobre él haya, al mismo tiempo, una gestión individual y colectiva.[19]

En tal sentido, si un compositor peruano es autor de diez canciones, tiene básicamente dos opciones: todo su repertorio puede ser administrado por Apdayc; o puede elegir que unas canciones estén bajo gestión colectiva y otras bajo gestión privada. Lo que no es posible es que una canción sea gestionada por dos o más SGC, o que dicha canción esté, al mismo tiempo, bajo gestión individual y colectiva.

El principio de exclusividad juega en pared con los contratos de representación recíproca, que son actos jurídicos reconocidos en el artículo 49 de la Decisión 351, el cual establece que las SGC están legitimadas, en los términos que resulten de sus propios estatutos y de los contratos que celebren con entidades extranjeras (los contratos de representación recíproca), para ejercer los derechos confiados a su administración y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales.

19 TJCA, proceso 383-IP-2021, sentencia de interpretación prejudicial del 17 de mayo de 2023, publicada en la GOAC núm. 5186 del 22 de mayo de 2023, pp. 15 y 16.

Por virtud de un contrato de representación recíproca, todos los asociados de Sayco son representados por Sayce en Ecuador, y todos los asociados de Sayce son representados por Sayco en Colombia. Y lo mismo ocurre en toda la Comunidad Andina, pues Sayco, Sayce, Apdayc y Sobodaycom han celebrado entre sí —y con SGC de otros países— contratos de representación recíproca. De esta manera, un compositor peruano, asociado a Apdayc, es representado por Sayco en Colombia, por Sayce en Ecuador y por Sobodaycom en Bolivia. Esto, además, facilita el pago de las remuneraciones por parte de los usuarios. Una discoteca ubicada en Perú solo tiene que pagarle a Apdayc por la explotación de las obras musicales no solo de los asociados de esta, sino también de los asociados de las otras SGC de la subregión.[20]

Si regresamos al ejemplo del compositor peruano que es autor de diez canciones, a él le basta que Apdayc gestione sus derechos autorales en Perú, y en atención a los contratos de representación recíproca que ha suscrito dicha SGC con las otras tres, esos mismos derechos son gestionados colectivamente por las otras SGC de los restantes países de la Comunidad Andina.

Lo que no puede ocurrir, pues violaría el literal k) del artículo 45 de la Decisión 351, es que nuestro compositor peruano sea asociado de Apdayc y, además, de Sayco, Sayce y/o Sobodaycom. Por el principio de exclusividad, solo puede ser asociado de Apdayc y que esta gestione la explotación de sus diez canciones, y por los contratos de representación recíproca, las otras tres SGC gestionarán la explotación de dichas obras musicales en Colombia, Ecuador y Bolivia.

Lo que sí está permitido es que el compositor decida que un grupo de sus obras musicales sea gestionado individualmente y el resto por una, solo por una, SGC.

En la interpretación prejudicial del caso Sayce, el TJCA señaló que el principio de exclusividad por sí mismo no constituye una barrera de entrada al mercado que impida la competencia entre dos SGC del mismo rubro, género o rama[21]. En efecto, en teoría, si en el Perú hubiera —hipotéticamente hablando— treinta compositores de música, nada impediría que diez estén en una SGC de autores y compositores y los otros veinte en otra SGC de autores y compositores, con lo que podría haber competencia entre dos SGC del mismo rubro.

20 Para mayor información sobre los contratos de representación recíproca, se recomienda revisar: TJCA, proceso 60-IP-2021, sentencia de interpretación prejudicial del 16 de julio de 2024, publicada en la GOAC núm. 5534 del 22 de agosto de 2024, pp. 7-9.

21 TJCA, proceso 227-IP-2023, sentencia de interpretación prejudicial del 27 de agosto de 2024, publicada en la GOAC núm. 5540 del 2 de septiembre de 2024, p. 13.

Sin embargo, en la mencionada interpretación prejudicial, la corte andina señaló que la barrera que en realidad impide la competencia entre SGC del mismo rubro son las economías de red, las economías de escala y el hecho de que se vuelve más valiosa la participación de cada miembro y usuario adicional, tal como ya se había indicado en la sentencia del caso Sayco. El hecho de que haya una SGC establecida hace años en un país miembro, genera, por las tres características antes mencionadas, que sea difícil el ingreso de una SGC competidora en el mismo rubro. En particular, debido a las economías de escala, a mayor el número de titulares de derechos, usuarios y contratos de representación recíproca, menores los costos fijos y variables asociados a la gestión de los derechos autorales y conexos. Si una SGC competidora en el mismo rubro entrara al mercado y empezara a captar a titulares de derechos de autor y conexos, los costos fijos y variables asociados a la gestión de tales derechos sería significativamente mayor a los de la SGC ya establecida (la incumbente) y que atiende a un buen número de titulares y usuarios. Algo similar a que en la ciudad de Lima entrara al mercado una nueva empresa de suministro de agua potable, la que tendría que buscar el aprovisionamiento de agua, su tratamiento y el tendido de redes de tuberías para atender a sus usuarios. Los costos fijos y variables de la empresa entrante serían muy superiores a los costos de la empresa que desde hace décadas brinda dicho servicio en la capital del Perú (que es la empresa incumbente) y que, por tanto, abastece a un gran número de usuarios.

El TJCA reconoció, eso sí, que el principio de exclusividad y los contratos de representación recíproca son elementos que coadyuvan a impedir que dos o más SGC del mismo rubro (género o rama) compitan entre sí. No son elementos determinantes, sino meramente coadyuvantes.

22 Ibidem, p. 14.

23 Ibidem.

6. EL ABUSO DE LA POSICIÓN DE DOMINIO EN LA DECISIÓN 608

Cuando se habla de abuso de posición de dominio, la normativa, la jurisprudencia y la literatura jurídica y económica especializadas suelen diferenciar el abuso «explotativo» del «exclusorio». En la sentencia del caso Sayce, el TJCA señaló que el primero es el mero ejercicio de la posición de dominio (o poder de mercado), mientras que el segundo es el que restringe la competencia, el que perjudica a los competidores actuales o potenciales, y que por «competidores» se entiende a los agentes económicos que compiten con: (i) la empresa dominante; (ii) las empresas vinculadas a la empresa dominante; o, (iii) las empresas que representan un interés para la empresa dominante.[24]

El poder de mercado es la capacidad de una empresa para ser «fijadora» de precios; es decir, que puede incrementar el precio de su producto o servicio por encima de los niveles competitivos sin que le preocupe la reacción de sus competidores —de haberlos— o de sus clientes. El incremento de precios por encima de los niveles competitivos le es rentable, lo que significa que el aumento le generará más beneficios que las probables pérdidas en que incurra como resultado del alejamiento de los clientes no dispuestos a pagar el mayor precio. En un mercado competitivo, en cambio, todos los intervinientes —por el lado de la demanda y por el de la oferta— son «tomadores» de precios.

En el abuso explotativo, la empresa dominante aprovecha su poder de mercado para cobrar precios más altos a sus clientes. A la luz del razonamiento expuesto en el párrafo anterior, es evidente que dicho abuso no es otra cosa que el comportamiento propio de una empresa con poder de mercado. Este abuso suele ser imputado como «precios excesivos», «precios abusivos» o «precios inequitativos», aunque puede revestir otras modalidades.

Sobre el abuso de posición de dominio tipificado en el artículo 8 de la Decisión 608, el TJCA señaló lo siguiente en la interpretación prejudicial del caso Sayce:

> «...A la luz de lo establecido en el artículo 8 de la Decisión 608, constituyen modalidades de abuso de posición de dominio todas aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica. (...)

24 Ibidem, p. 11.

> ...El reproche al abuso de posición de dominio es que la empresa incumbente, en lugar de introducir eficiencias económicas —esto es, ofertar en el mercado productos o servicios a menores precios, de mejor calidad, en mayor variedad o más accesibles— para conservar o fortalecer su posición de dominio, utiliza esta posición para incrementar sus ventas o cuota de mercado, eliminar a sus competidores o impedir que nuevos competidores entren al mercado, obtener más ganancias, etc. En otras palabras, el abuso de la posición de dominio consiste en obtener beneficios, ventajas o ganancias —de manera directa o indirecta— a través de la posición de dominio y no sobre la base del esfuerzo empresarial: la competencia por méritos. (...)
>
> El resultado del abuso es un «beneficio» para la empresa dominante. El beneficio puede ser directo para la empresa dominante o indirecto, lo que significa, en este segundo supuesto, **un beneficio para el grupo económico o grupo de interés de la firma dominante**...»[25]

Para la corte andina, el abuso prohibido en el artículo 8 de la Decisión 608 es el abuso exclusorio, no el explotativo. El abuso punible es el que impide o dificulta el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales, es el abuso que restringe la competencia.

No solo eso, precisó la corte andina que el abuso exclusorio implica que la empresa dominante obtiene un beneficio gracias a la conducta anticompetitiva, y este beneficio puede ser para ella misma, para el grupo económico al que pertenece o para un grupo (o empresa) que es de interés de ella.

El TJCA ya había señalado que en el abuso exclusorio se afecta a los competidores de la empresa dominante, a los competidores de las empresas vinculadas a la dominante o a los competidores de las empresas que representan un interés para la dominante. Ello guarda correspondencia con señalar que el beneficio que configura el ilícito es a favor de la empresa dominante, a favor del grupo económico de la dominante o a favor de otras empresas respecto de las cuales la dominante tiene un interés en particular.

La exigencia de un beneficio para que se configure el abuso de posición de dominio nos trae a la mente el artículo 10 de la ley peruana de defensa de la libre competencia (la LRCA), que considera que existe abuso cuando el agente dominante utiliza esta posición para restringir indebidamente la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición. Como se sabe, la ley peruana no sanciona el abuso explotativo, sino solo el exclusorio. El numeral 10.5 del artículo 10 de dicha ley establece que no constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales.

No lo dijo el Tribunal, pero una evidencia clara de que el legislador andino no pensó en castigar el abuso explotativo es que no tipificó en el artículo 8 de la Decisión 608, entre las modalidades de abuso de posición de dominio, la conducta explotativa por excelencia, que es la imposición de precios abusivos, excesivos o no equitativos, tal como sí está en el literal a) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia[26], de España; o, en el literal a) del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada el 2024)[27].

A diferencia de la ley andina, la LORCPM del Ecuador tipifica varios supuestos de abuso explotativo.[28]

25 Ibidem, pp. 10 al 13.

26 Según el texto consolidado publicado en el Boletín Oficial del Estado (con la última modificación al 28 de diciembre de 2023).

27 Según la versión consolidada publicada el 1 de septiembre de 2024 en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:02016E/TXT-20240901&qid=1736204316954
Fecha de consulta: 3 de enero de 2025.

28 Son modalidades explotativas, las previstas en los numerales 2, 3, 4, 15 y 23 del artículo 9 de la LORCPM (texto conforme a la última modificación efectuada el 16 de mayo de 2023).

7. LA PRÁCTICA DISCRIMINATORIA COMO MODALIDAD DE ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

El literal d) del artículo 8 de la Decisión 608 establece lo siguiente:

> «**Artículo 8.-** Se presumen que constituyen conductas de abuso de una posición de dominio en el mercado:
>
> (...)
>
> d) La adopción de condiciones desiguales con relación a terceros contratantes de situación análoga, en el caso de prestaciones u operaciones equivalentes, colocándolos en desventaja competitiva; (...)»

En el caso Sayce, el TJCA interpretó en los siguientes términos la disposición andina antes citada:

> «En la medida que la conducta a que se refiere esta norma [la práctica discriminatoria prevista en el literal d) del artículo 8 de la Decisión 608] es una práctica exclusoria, sí es requisito, para que se configure el abuso de la posición de dominio, que el agente económico dominante obtenga beneficios y perjudique a competidores reales o potenciales. Esto podría traducirse en un incremento de sus ventas, ganancias o cuota de mercado, la eliminación de sus competidores, o el establecimiento de condiciones que impidan el ingreso al mercado de nuevos competidores. El agente económico dominante debe restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales. Y por competidores, se entiende a los competidores reales o potenciales del operador económico dominante, o de operadores económicos vinculados a este de una u otra forma, o que representan un interés a aquel. (...)
>
> En el caso particular del literal d) del artículo 8 de la Decisión 608, como se explicó en líneas anteriores, la frase "colocándolos en desventaja competitiva" evidencia el carácter exclusorio de la conducta tipificada en dicho literal.»29

El TJCA ha sido claro en señalar que el abuso previsto en el literal d) del artículo 8 de la Decisión 608 es exclusorio. Es un abuso que beneficia, de alguna manera, a la dominante, y afecta a competidores reales o potenciales.

Veamos el siguiente ejemplo. La empresa "A" tiene el monopolio en la fabricación de harina de trigo y vende este producto a las empresas "b" y "c" que producen bizcochos. "A" decide entrar al mercado de fabricación de bizcochos, y lo hace a través de su empresa vinculada "a". En este escenario, tenemos dos mercados: el de producción de harina (aguas arriba), en el que "A" tiene el monopolio; y el de producción de bizcochos (aguas abajo), en el que compiten "a", "b", "c".

29 TJCA, proceso 227-IP-2023..., pp. 13 y 16.

"A", la empresa dominante, tiene que tratar a "b" y "c" como trata a "a"; es decir, que las condiciones comerciales que aplica a las primeras deben ser similares que las que concede a la segunda. No puede introducir un trato discriminatorio entre ellas. No puede favorecer a "a" —que es favorecer al grupo económico al que pertenece "A"— con el objeto de perjudicar a "b" y/o "c". Si a "a" le vende el kilo de harina a un dólar, a este precio debe vender el kilo de dicho producto a "b" y "c".

Puede haber un trato diferenciado por razones objetivas, caso en el cual no hablaríamos de condiciones desiguales. Por ejemplo, descuentos por volumen. Si bien un kilo de harina cuesta un dólar, puede otorgar un descuento del 10 % del precio a quien compre más de cien kilos, y un descuento del 15 % a quien compre más de mil kilos. Lo relevante es que estos descuentos sean aplicados a todos por igual. No importa quién es el comprador, el descuento se aplica a todos por igual en función de la cantidad comprada.

Lo que no puede hacer "A" es vender el kilo de harina a "a" al precio de cincuenta centavos y a un dólar a "b" y "c". En este caso, estaría adoptando condiciones desiguales (un mayor precio) a terceros contratantes ("b" y "c") de situación análoga (que compran la misma cantidad que "a"), colocándolos en desventaja competitiva (frente a "a"). En este ejemplo, no solo se presentan los elementos tipificados en el literal d) del artículo 8 de la Decisión 608, sino también lo que mencionó el TJCA en el caso Sayce, pues el menor precio aplicado a "a" le permite tener un menor costo de producción, lo que puede ayudarle a incrementar sus ventas. "b" y "c" perderían clientes, no por una mayor eficiencia económica de "a", sino porque este recibe el apoyo de "A", su empresa vinculada. Gracias a que "a" adquiere la harina de trigo a la mitad del precio que pagan sus competidores, puede vender a un menor precio los bizcochos, tener más clientes e incrementar sus ganancias. Ese menor precio no es resultado de una eficiencia productiva, sino del menor precio ofrecido por su empresa vinculada. Se beneficia una empresa ("a") del grupo económico (conformado por "A" y "a") y se perjudican competidores reales ("b" y "c").

El ejemplo mencionado grafica con claridad el abuso de posición de dominio en la modalidad de práctica discriminatoria prevista en el literal d) del artículo 8 de la Decisión 608, de conformidad con lo interpretado por el TJCA en el caso Sayce. Es un abuso que impone a los competidores una condición que dificulta su permanencia en el mercado. El menor precio que "A" otorga a "a" es una conducta que dificulta la permanencia de los competidores "b" y "c" en el mercado de fabricación de bizcochos. Es una conducta que tiene la potencialidad de excluir del mercado de bizcochos a "b" y "c". Es un abuso exclusorio.

Si una SGC, por la misma explotación de los derechos de los titulares de autor y conexos, cobra al cableoperador "X" la tarifa de 100, al cableoperador "Y" la de 50 y al cableoperador "Z" solo 10, para imputarle un abuso de posición de dominio en la modalidad de práctica discriminatoria, de conformidad con lo previsto en el literal d) del artículo 8 de la Decisión 608, la SGCA —el órgano comunitario con competencia para investigar y sancionar una conducta anticompetitiva transfronteriza en el mercado subregional andino— tendría que averiguar:

A) Qué es lo que gana la SGC al hacer esa diferenciación de precios. Puede ser una ganancia directa de la SGC, un beneficio para un agente económico vinculado a ella o un provecho a favor de un agente respecto del cual la SGC tiene un interés particular (que puede ser un interés contractual distinto al cobro ordinario de las remuneraciones).

B) Qué competidor o competidores, reales o potenciales, son afectados por la diferenciación de precios. Se entiende por tales, a los competidores de la SGC, a los competidores de un agente económico vinculado a la SGC o a los competidores de una empresa respecto de la cual la SGC mantiene un determinado interés.

Si la SGC quiere beneficiar a "Z" y le cobra la tarifa de 10 por la explotación de derechos de autor, sea porque es accionista (hipotéticamente hablando) de dicha cableoperadora, o porque tiene un contrato con ella para promover la comunicación pública de obras de sus asociados titulares de derechos de autor, se configura el abuso exclusorio previsto en la norma andina. En este supuesto, la SGC tiene interés en otorgar una ventaja competitiva a "Z" frente a sus competidores ("X" y "Y"), al cobrarle una tarifa menor que la que les exige a ellos. Con su actuación, el beneficio es para una empresa vinculada a la SGC o para una con la que esta tiene lazos de interés.

Si mediante resolución, la SGCA sancionara a la SGC por abusar de su posición de dominio, al establecer una diferenciación injustificada (discriminación) de precios, dicha sociedad podría presentar demanda en acción de nulidad ante el TJCA contra la referida resolución.

Si la SGC no participa directa ni indirectamente en el mercado de las cableoperadoras, no se encuentra vinculada con alguna de estas, ni forma parte del grupo económico de alguna de ellas, como tampoco ha celebrado algún contrato (distinto al cobro de las remuneraciones por la explotación de los derechos autorales o conexos) que alinee los intereses de ella con una cableoperadora, no es posible imputarle un abuso de posición de dominio sobre la base de lo establecido en el literal d) del artículo 8 de la Decisión 608.

Si la SGC no participa directa ni indirectamente en el mercado de la televisión de señal cerrada, si no tiene vinculación o alianza con una determinada cableoperadora, la pregunta obvia es: ¿por qué hace esa diferenciación de precios? ¿Por qué le cobra a "X" 100, a "Y" 50 y a "Z" tan solo 10? ¿Qué gana con ello?

En un escenario en el que la autoridad competente (v.g., la autoridad de propiedad intelectual) le ha autorizado a la SGC la tarifa de 100 —en el sentido de una auténtica fijación administrativa de precios; es decir, con revisión de costos y márgenes de ganancias u otra metodología, y no un mero análisis de forma— por la explotación de determinados derechos autorales, ¿por qué a unos cableoperadores le cobra la tarifa establecida por la autoridad administrativa y a otros una tarifa menor, incluso significativamente menor? ¿Por qué, pese a tener la tarifa aprobada de 100, la SGC le cobraría a un cableoperador la tarifa de 75, de 50 o un monto menor?

Trataremos de dar respuesta a este curioso escenario en el siguiente acápite.

8. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA

DE LA REALIDAD EN LA DETERMINACIÓN DEL PODER DE MERCADO

Uno de los principios que guía al derecho de la competencia es el de primacía de la realidad. Aparece en los artículos 5 de la LRCA (Perú) y 3 de la LORCPM (Ecuador). En tanto principio jurídico, su vigencia no requiere de reconocimiento expreso en el derecho positivo. Resulta aplicable al análisis de las conductas anticompetitivas transfronterizas en la subregión andina pese a que no aparece en el texto de la Decisión 608.

Según dicho principio, la autoridad de competencia debe tener presente en su análisis lo que ocurre realmente en el mercado, las reales situaciones y relaciones económicas que se presentan en el mercado.

En Perú, según lo establecido en el artículo 5 del Decreto Ley 22370 – Ley Orgánica de la Empresa Nacional de la Coca (Enaco), del 5 diciembre de 1978[30], esta empresa estatal tiene el monopolio de la comercialización e industrialización de la hoja de coca.

Sin embargo, desde su creación, la Enaco no ha podido mantener el monopolio del comercio e industrialización de la hoja de coca. De acuerdo con un diagnóstico efectuado entre 2017 y 2021, dicha empresa estatal solo pudo concentrar aproximadamente el 10 % de la demanda legal de coca que existe en el país, lo que hace que la mayoría del comercio de dicho producto para fines lícitos se dé en el mercado informal. A nivel de la producción total de coca en el país, para el 2022, la Enaco solo tenía la capacidad de captar el 2 % de la producción de hoja de coca a nivel nacional.[31]

¿Tiene la Enaco el monopolio de la compra de hoja de coca si solo adquiere el 2 % de lo que se produce en el país? En términos formales es un monopolio, pues así lo ordena la ley, pero en realidad tiene un gran competidor en la adquisición de la hoja de coca: el narcotráfico. Esta actividad ilegal fija un precio de compra para la hoja de coca mayor que el que paga la Enaco.

Si se investigara un presunto abuso de posición de dominio de la Enaco, tendría que verificarse la existencia de posición de dominio en aquel mercado donde dicha empresa ejerce realmente poder de mercado; es decir, en aquel mercado donde, de manera real, es capaz de actuar con independencia a la reacción de sus clientes; en aquel mercado donde tiene la capacidad de ser, de manera fidedigna, una «fijadora» de precios.

El poder de mercado no es una apreciación formal o ficticia. Para ser tal, el poder de mercado debe ser real, debe sentirse, debe ser palpable para los agentes económicos. Lo deben percibir realmente, muy a su pesar, los proveedores, competidores o clientes de la empresa dominante. Esa capacidad de influir significativamente en el mercado; esa capacidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de oferta o demanda en el mercado; esa capacidad de actuar de modo independiente —con prescindencia— de proveedores, competidores o clientes; esa capacidad de elevar el precio por encima de los niveles competitivos; esa capacidad de ser un fijador de precios; ¡debe ser real!

Si resulta (en términos hipotéticos), por los motivos que fuere (v.g., la inoperatividad, falta de eficacia o excesiva demora del sistema judicial),

30 Ley orgánica publicada en el diario oficial El Peruano el 6 de diciembre de 1978.

31 Maritza Paredes, Álvaro Pastor y Nicole Enrico, El cultivo ilícito de la coca y las políticas públicas en el Perú: Un enfoque de conflictos socio territoriales, Centro Latinoamericano para el Desarrollo Rural – RIMISP, Documento de trabajo núm. 289, Perú, 2024, p. 27.

que una SGC no puede cobrar las remuneraciones pendientes de pago a los cableoperadores, emergen dudas de si realmente ella, pese a ser un monopolio, ostenta o no poder de mercado.

Asumamos que la autoridad nacional competente ha autorizado una tarifa de 100 —una suerte de precio máximo determinado sobre la base de un análisis pormenorizado de costos y márgenes de ganancia u otra metodología propia de la regulación económica— para que recaude la SGC como remuneración por la comunicación pública de obras, y en este contexto, hay cableoperadores que pagan dicha tarifa, otros se niegan a hacerlo y algunos logran presionar lo suficiente para obtener descuentos superiores al 25, 50 o 75 %. No es que la SGC haya decidido (voluntariamente) una diferenciación de precios en el mercado; es la actitud de los cableoperadores lo que origina que la SGC cobre a unos la tarifa aprobada, a otros solo un porcentaje (a veces ínfimo) de dicha tarifa y al resto no le pueda cobrar.

En el contexto descrito —hipotético— no se aprecia una posición de dominio que reine en el mercado, como tampoco que la SGC elija a su arbitrio quién paga la tarifa completa, quién paga una parte y a quién, tal monarca benevolente, exonera de su pago. No. Lo que vemos es un escuálido monopolio que hace lo que puede por cobrar, pero sus clientes, en lugar de temer su poder, cual súbditos del soberano, lo pulsean en negociaciones en las que ellos obtienen más ventaja o, tratándose de los más osados, simplemente desprecian al pobre monopolista, omitiendo pagarle lo que a él corresponde (reitero, la tarifa establecida por la autoridad administrativa).

¿Tiene poder de mercado una SGC que, por la fuerza de las circunstancias, se ve obligada a aceptar que un cableoperador le pague menos del 25 % de la tarifa fijada por la autoridad administrativa? ¿Tiene poder de mercado una SGC al que la realidad del mercado le impone una diferenciación de precios? ¿Hay abuso si la diferenciación de precios no le causa beneficios, sino más bien perjuicios, a la SGC?

En el caso Sayce, el TJCA señaló lo siguiente:

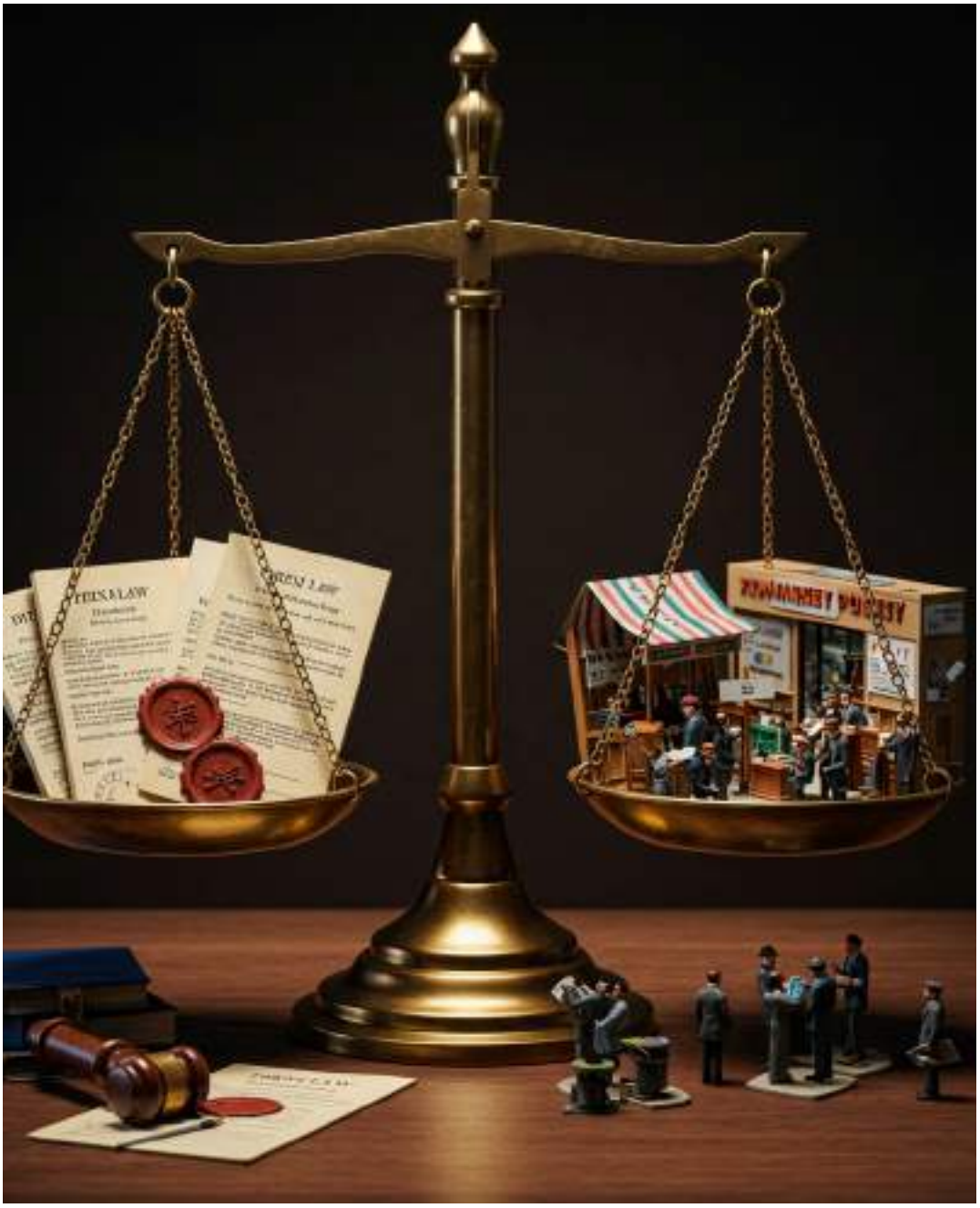
> «El resultado del abuso es un "beneficio" para la empresa dominante. El beneficio puede ser directo para la empresa dominante o indirecto, lo que significa, en este segundo supuesto, un **beneficio para el grupo económico o grupo de interés de la firma dominante**. De ahí que resulta pertinente reiterar que no hay abuso si la empresa dominante no gana nada. Menos hay abuso si ella pierde. Si la empresa cuya conducta es analizada por la autoridad de competencia no puede imponer sus condiciones; si ella se ve forzada a asumir condiciones que la perjudican, no solo no hay abuso, sino que posiblemente ni siquiera haya poder de mercado.»[32]

Si un agente económico goza de poder de mercado, va a establecer unilateralmente sus condiciones en el mercado. Si nuestro (hipotético) raquítico monopolio, la SGC, en lugar de imponer a los cableoperadores a que le paguen la tarifa fijada por la autoridad administrativa, se ve compelida a aceptar condiciones que la perjudican, como sería el consentir, en una negociación, un descuento de más del 75 % de dicha tarifa, como dice la corte andina, no solo no habría abuso, sino que probablemente ni siquiera habría poder de mercado. Una reducción del 75 % o más de la tarifa lo único que demuestra es que, o no saben negociar los representantes de la SGC, o es más bien el cableoperador quien tiene un mayor poder de negociación, pues fue este quien, al final, impuso sus condiciones.

32 TJCA, proceso 227-IP-2023..., pp. 12 y 13.

Es difícil entender por qué un monopolio no puede cobrar las tarifas establecidas por la propia autoridad administrativa, sea en el escenario que el cableoperador se niega a pagarlas, o cuando exige un descuento desproporcionado que la SGC termina aceptando. Si la tarifa fue aprobada por la autoridad administrativa de propiedad intelectual, ¿por qué no ejerce esta sus potestades públicas para exigir el pago de un monto que para ella es razonable, equitativo y proporcional (de lo contrario, no la habría autorizado)? ¿Por qué la SGC no acude al Poder Judicial? ¿Acaso la SGC no tiene el derecho de cobrar una tarifa que, en cuanto al monto, es razonable, equitativo y proporcional para la autoridad nacional de propiedad intelectual? ¿Es tan ineficaz el sistema judicial, o se demora tanto, que es más rentable para la SGC, en lugar de iniciar un proceso judicial, aceptar un descuento del 75 % o más del monto de la tarifa?

En aplicación del principio de primacía de la realidad, ¿tiene o no poder de mercado una SGC sometida a tales vejámenes? La respuesta, al parecer, sería que no.



9. LA REGULACIÓN ECONÓMICA Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

En la Resolución 0004-2008/TDC-INDECOPI (expediente 009-2006/CLC) del 3 de enero de 2008, la Sala de Defensa de la Competencia del Indecopi sostuvo, con relación al principio de supletoriedad, que solo la regulación económica, mas no la regulación social, desplaza la aplicación de la legislación que tutela la libre competencia.

La regulación social se manifiesta, por ejemplo, en la exigencia de licencia de construcción, autorización de funcionamiento, registro sanitario o estudio de impacto ambiental, como requisito para iniciar una actividad económica. Esta regulación no desplaza al derecho de la competencia. Empresas como aerolíneas, navieras, supermercados, farmacéuticas, cementeras, gasolineras, agropecuarias, etc., sometidas a modalidades de regulación social, también están sujetas a la legislación de competencia, de modo que no deben incurrir en abuso de posición de dominio ni en prácticas colusorias. Los precios que ellas fijan se rigen por la oferta y la demanda.

La regulación económica, en cambio, aparece en aquellos mercados en los que la competencia es muy difícil (lo que ocurre en las industrias de monopolio natural) o complicado que ella se desarrolle (como en los que participan las SGC), por lo que es una entidad pública la que establece el precio o la cantidad a producir, dos elementos que no son resultado de la competencia, dada la inexistencia de esta. En Perú, los organismos reguladores como Osinergmin[33], Sunass[34] y Ositran[35] fijan el precio o tarifa de los servicios de monopolios naturales que operan en los mercados de distribución eléctrica, suministro de agua potable y provisión de infraestructura de transporte de uso público (v.g., vías férreas concesionadas), respectivamente.

Si para la vigencia de las tarifas de una SGC, la legislación nacional exige que ellas sean autorizadas por la autoridad de propiedad intelectual, la que verifica la razonabilidad, equidad y proporcionalidad de dichas tarifas, tal autorización expresa una modalidad de regulación económica si es que la evaluación realizada es de fondo y no una meramente formal.

33 Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería.

34 Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento.

35 Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público.

Sobre el particular, en la interpretación prejudicial del caso Sayce, el TJCA señaló lo siguiente:

> «Si en un determinado mercado, la legislación ha establecido un régimen de regulación económica, en el sentido de que una autoridad administrativa autoriza, fija o establece el precio (o tarifa) que va a cobrar la empresa o empresas de dicho mercado por un determinado producto o servicio, es evidente que no se podría cuestionar dicho precio, pues no puede ser abusivo un precio establecido por la autoridad administrativa. En este caso, quien se considere perjudicado por dicho precio podría cuestionar, por las vías legales que corresponda, el acto administrativo que ha establecido el mencionado precio, de conformidad con la legislación aplicable.
>
> Como se explicó en la sección anterior, el artículo 48 de la Decisión 351 faculta a los países miembros a regular autónomamente ciertos aspectos relacionados con el cálculo y cobro de tarifas por parte de SGC. En consecuencia, nada impide que la legislación nacional establezca que la autoridad nacional competente aprobará, establecerá o fijará las tarifas de las SGC.»[36]

En tal sentido, en el supuesto de que la legislación aplicable prohibiese los precios abusivos (excesivos o inequitativos) como modalidad de abuso de posición de dominio, que no es el caso de la Decisión 608, la autoridad de competencia no podría cuestionar un precio o tarifa que ha sido aprobado por la autoridad administrativa, pues de hacerlo, lo que estaría cuestionando no es una decisión empresarial, propia de un agente económico, sino una decisión estatal, propiamente un acto administrativo que expresa el ejercicio de la potestad regulatoria. Por tal razón, de darse este supuesto, el presunto afectado lo que debe impugnar, a través de un recurso administrativo o una demanda judicial en la vía contenciosa administrativa, es el acto administrativo que ha autorizado el precio o tarifa.

Encuentro dos ventajas en que una autoridad administrativa —la Dirección Nacional de Derecho de Autor de Colombia, el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales de Ecuador, el Indecopi del Perú o el Servicio Nacional de Propiedad Intelectual de Bolivia— apruebe las tarifas de las SGC. La primera, que las SGC estarían más empoderadas en cobrar dichas tarifas sin cuestionamiento alguno. Si un usuario considera que es muy elevada la tarifa que la autoridad de propiedad intelectual ha considerado razonable, equitativa y proporcional, pues que impugne la decisión de esta autoridad, y mientras el superior jerárquico (de haberlo) o el juez, no anule o modifique dicha decisión, el usuario debe pagar la remuneración a la SGC conforme al tarifario debidamente autorizado. No está pagando un monto que es resultado del capricho de la SGC, sino uno que ha sido evaluado y ponderado por el poder público. Resulta impensable que haya usuarios que se nieguen a pagar las tarifas de la SGC, pese a que ellas han superado el escrutinio de la autoridad de propiedad intelectual.

La segunda ventaja, es que dichas tarifas no podrían ser objeto de cuestionamiento ante la autoridad de defensa de la libre competencia en aquellos países que prohíben el abuso explotativo. Como lo mencionó la corte andina en el caso Sayce, «difícilmente podrá una SGC abusar de su posición de dominio al cobrar los valores establecidos en su tarifario que ha sido previamente aprobado por la autoridad nacional competente»[37].

36 TJCA, proceso 227-IP-2023..., p. 16.

37 Ibidem, p. 16.

10. LAS TARIFAS DE LAS SGC Y SU LIBERTAD CONTRACTUAL

En el caso Sayce, el TJCA señaló que las SGC, en ejercicio de su libertad contractual, bien podrían convenir con terceros tarifas distintas a las establecidas en sus tarifarios aprobados por la autoridad nacional competente, siempre y cuando la norma interna no lo prohíba o no haya establecido condiciones para su ejercicio —en caso la norma nacional haya establecido condiciones para su ejercicio, dichas condiciones deberán acatarse—, y ello represente un beneficio justificado para los titulares de derechos de autor y conexos que representan.[38]

En efecto, salvo que la norma nacional lo prohíba de manera expresa, las SGC pueden convenir con los usuarios, o gremios o asociaciones de usuarios, tarifas diferentes a las establecidas por la autoridad administrativa, en ejercicio de la libertad contractual de los intervinientes, y siempre que los titulares de los derechos de autor y conexos no se perjudiquen, lo que se puede comprobar con la aquiescencia de estos.

Las tarifas aprobadas por la autoridad de propiedad intelectual constituyen una suerte de precios tope que buscan evitar que la SGC abuse de su posición monopólica. No hay abuso si el propio usuario está de acuerdo con pagar una tarifa mayor o menor a la fijada por la autoridad administrativa.

El propio Tribunal da ejemplos de situaciones en las cuales resulta razonable la determinación contractual de tarifas distintas a las autorizadas por la autoridad, como es el caso de la negociación entre la SGCA y los usuarios respecto de descuentos por volumen, por pronto pago, por pago anticipado, entre otros, siempre que la adopción de condiciones diferenciales no ponga en condiciones de desventaja competitiva a terceros contratantes de una situación análoga, en el caso de prestaciones u operaciones equivalentes[39]. No debe perderse de vista que esta desventaja competitiva se refiere a los efectos exclusorios del abuso de posición de dominio.

Si la tarifa establecida por la autoridad gubernamental es 100, y resulta que algunos cableoperadores pagan esa tarifa, otros obtienen descuentos (del 25, 50, 75 % o más) y el resto no paga, es evidente que se apreciarán precios diferentes, pero no como consecuencia de alguna estrategia de la SGC, sino debido, o al mayor poder de negociación de algunos cableoperadores, o al desdén de otros, diferenciación que no resulta imputable ni reprochable a la SGC.

38 Ibidem, pp. 15 y 16.

39 Ibidem, p. 17.

CONCLUSIONES

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) garantiza que los países miembros y los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración respeten el ordenamiento jurídico comunitario andino, para lo cual tramita las denominadas acciones de incumplimiento y de nulidad, y asegura la aplicación uniforme y coherente del derecho andino por parte de los jueces nacionales, lo que se conduce a través de las interpretaciones prejudiciales.

En ejercicio de tales competencias jurisdiccionales, la corte andina ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre las sociedades de gestión colectiva (SGC). En el caso Sayco, una acción de incumplimiento, el TJCA reconoció la posición monopólica de las SGC en los países miembros de la Comunidad Andina (Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú). En el caso Sayce, una interpretación prejudicial, dicha corte desarrolló criterios jurídicos interpretativos relacionados con la posibilidad de que una SGC cobre tarifas diferentes a los cableoperadores pese a prestarles el mismo servicio.

Las SGC son agentes económicos —a las que se les aplica la legislación de defensa de la libre competencia— que gozan de economías de red y de escala, lo que origina que la sociedad incumbente tenga costos fijos y variables mucho menores que los que tendría una sociedad entrante, lo que, a su vez, se erige como una barrera de entrada al mercado. Barrera que es coadyuvada con la aplicación del principio de exclusividad y la operatividad de los contratos de prestación recíproca. Así, en la práctica, es complicado que dos o más SGC del mismo rubro compitan entre sí. Además, a la fecha y en la subregión, la gestión privada de los derechos de autor y conexos no es un sustituto razonable de la gestión colectiva. Por estas consideraciones, en el caso Sayco, el TJCA sostuvo que dichas sociedades gozan de una posición monopólica en los países miembros de la Comunidad Andina.

En el caso Sayce, el TJCA señaló que la Decisión 608, la ley andina de defensa de la competencia, prohíbe y sanciona el abuso de posición de dominio de carácter exclusorio, que es el que restringe la competencia, mas no el explotativo. Ello significa que, para que se configure el abuso exclusorio, el agente económico dominante debe obtener, de manera directa o indirecta, algún tipo de beneficio, y la conducta debe perjudicar a competidores reales o potenciales. Dicha ley no proscribe el abuso explotativo, que no es otra cosa que el mero ejercicio del poder de mercado (o de la posición de dominio).

El literal d) del artículo 8 de la Decisión 608 tipifica, como modalidad de abuso de posición de dominio, la práctica discriminatoria. Según este tipo infractor, la empresa dominante aplica de manera injustificada condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que colocan a unos competidores en una situación desventajosa frente a otros. Sería el caso, por ejemplo, que vendiera un producto a un competidor a un menor precio que el que aplica a otro u otros competidores, pese a que las condiciones comerciales son las mismas en todos los casos.

Para que una SGC incurra abusivamente en un práctica de discriminación de precios —en los términos previstos en el literal d) del artículo 8 de la Decisión 608— en el mercado en el que operan los cableoperadores, debería obtener un beneficio y restringir la competencia. El beneficio puede ser para ella, para un agente económico vinculado a ella o para un agente con el que tiene un interés en particular (v.g., un interés contractual distinto al proveniente del pago de las remuneraciones por la explotación de derechos de autor o conexos). La restricción a la competencia supone una afectación a los competidores de la SGC (de haberlos, lo que ha sido descartado en el presente trabajo), a los competidores de un agente económico vinculado a ella o a los competidores de un agente con el que tiene un interés determinado.

Si la SGC no participa directa ni indirectamente en el mercado de las cableoperadoras, no se encuentra vinculada con alguna de estas ni forma parte del grupo económico de alguna de ellas, como tampoco ha celebrado algún contrato (distinto al cobro de las remuneraciones por la explotación de los derechos autorales o conexos) que alinee los intereses de ella con una cableoperadora, no es posible imputarle un abuso de posición de dominio sobre la base de lo establecido en el literal d) del artículo 8 de la Decisión 608.

Uno de los principios que orientan al derecho de la competencia es el de la primacía de la realidad, lo que implica que la autoridad de competencia, en su análisis, debe tener presente lo que ocurre realmente en el mercado: la reales situaciones y relaciones económicas que se presentan en el mercado.

El poder de mercado no es una quimera, no es una ficción jurídica. La autoridad de competencia debe verificar la existencia de una posición de dominio real, un poder de mercado que es auténticamente sentido por los proveedores, competidores o clientes de la dominante. Si el agente económico cuya conducta es objeto de investigación no puede imponer sus condiciones, si dicho agente se ve forzado a asumir condiciones que lo perjudican, no solo no hay abuso, sino que posiblemente ni siquiera haya poder de mercado.

Si una SGC puede recaudar de unos cableoperadores la tarifa establecida por la autoridad administrativa, pero se ve compelida a aceptar de otros descuentos significativos y a no poder cobrar al resto, esta diferenciación de precios no es le imputable ni le es reprochable.

Es la regulación económica, y no la regulación social, la que desplaza la aplicación de la legislación que tutela la libre competencia. En el supuesto de que dicha legislación prohibiese como abuso explotativo los precios abusivos (excesivos o inequitativos) —que no es el caso de la Decisión 608—, la autoridad de competencia no podría cuestionar la tarifa de la SGC que ha sido fijada por la autoridad nacional competente.

La ventaja más importante de que la autoridad nacional competente apruebe las tarifas de las SGC, es que estas estarían más empoderadas para cobrar dichas tarifas sin cuestionamiento alguno. No habría razón para que los usuarios cuestionen una tarifa que ha superado el escrutinio de la autoridad administrativa, la que se ha cerciorado, mediante un riguroso análisis de fondo, de que el monto correspondiente es razonable, equitativo y proporcional. Y en caso quisieran cuestionarlo, lo que tendrían que impugnar es el acto administrativo por el que se autorizó la tarifa correspondiente.

En el caso Sayce, el TJCA afirmó que las SGC, en ejercicio de su libertad contractual y con la aquiescencia de los usuarios, pueden cobrar tarifas diferentes (mayores o menores) que las establecidas por la autoridad administrativa competente, a menos que la legislación nacional lo prohibiera expresamente. Hay razones objetivas que pueden explicar la aplicación diferenciada de precios, como los descuentos por volumen, por pronto pago o por pago anticipado.

A la pregunta de si una sociedad de gestión colectiva puede cobrar tarifas diferentes a los cableoperadores pese a brindarles el mismo servicio, la respuesta, en términos generales, es que sí, siempre que dicha sociedad, en ejercicio de su libertad contractual, no cometa un abuso de posición de dominio —con efectos exclusorios— en la modalidad de práctica discriminatoria de precios, ni transgreda lo expresamente establecido en la legislación nacional sobre las tarifas de las sociedades de gestión colectiva.

Si bien se reconoce la posición monopólica de las sociedades de gestión colectiva en los países miembros de la Comunidad Andina, se acepta la posibilidad de que alguna de ellas carezca de poder de mercado (o posición de dominio) si es que, en realidad, en lugar de comportarse como una auténtica «fijadora de precios» en el mercado de que se trate, se ve forzada a aceptar condiciones que la perjudican.

A través de su jurisprudencia, la corte andina desarrolla criterios jurídicos interpretativos que explican el sentido, contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario andino, lo que implica develar los principios, las instituciones y los conceptos inmersos en tales normas, lo que a su vez permite, para los partícipes del Sistema Andino de Solución de Controversias, una mejor comprensión de esta normativa supranacional que tiene aplicación inmediata y directa en Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.

BIBLIOGRAFÍA

Jurisprudencia citada

1 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, proceso 01-AI-2019, sentencia en acción de incumplimiento del 11 de marzo de 2022, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 4442 del 22 de marzo de 2022. Disponible en: https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles//Gacetas/Gaceta%204442.pdf

2 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, proceso 383-IP-2021, sentencia de interpretación prejudicial del 17 de mayo de 2023, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 5186 del 22 de mayo de 2023. Disponible en: https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles//Gacetas/GACETA%205186.pdf

3 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, proceso 60-IP-2021, sentencia de interpretación prejudicial del 16 de julio de 2024, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 5534 del 22 de agosto de 2024. Disponible en: https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles//Gacetas/GACETA%205534.pdf

4 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, proceso 227-IP-2023, sentencia de interpretación prejudicial del 27 de agosto de 2024, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 5540 del 2 de septiembre de 2024. Disponible en: https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles//Gacetas/GACETA%205540.pdf

5 Maritza Paredes, Álvaro Pastor y Nicole Enrico, El cultivo ilícito de la coca y las políticas públicas en el Perú: Un enfoque de conflictos socio territoriales, Centro Latinoamericano para el Desarrollo Rural – RIMISP, Documento de trabajo núm. 289, Perú, 2024.

Quito, enero de 2025.

TRANSFORMACIÓN DIGITAL Y EXPERIENCIA DEL USUARIO EN LA BANCA MÓVIL: APROXIMACIÓN EXPLORATORIA EN LIMA METROPOLITANA (2023)

Fiorella Rosario Paredes Sipán [1]

Resumen:

El presente estudio analizó la percepción de los usuarios sobre la calidad de los servicios bancarios digitales, a través de aplicativos móviles en Lima Metropolitana durante 2023, en el contexto de la transformación digital y la protección al consumidor financiero. Se hipotetizó que la transformación digital se relaciona positiva y significativamente con la experiencia del usuario en la banca móvil.

El diseño metodológico fue mixto, no experimental y transversal, con un enfoque descriptivo-correlacional. La muestra, seleccionada por conveniencia, estuvo conformada por 164 usuarios de aplicativos móviles de BCP, BBVA, Interbank y Scotiabank. Se aplicó una encuesta de 20 ítems, validada por expertos y con alta consistencia interna (alfa de Cronbach = 0.872). Se evaluaron seguridad, usabilidad, confianza y satisfacción como dimensiones de la experiencia digital.

Los resultados revelaron que el 85 % de los participantes percibieron a las aplicaciones como fáciles y eficientes, aunque un 34 % expresó preocupación por la protección de datos personales. Se encontró una correlación significativa entre la transformación digital y la experiencia del usuario (Rho de Spearman = 0.696; $p < 0.001$), respaldando la hipótesis inicial. Las conclusiones sugieren la necesidad de reforzar los estándares de protección al consumidor (Ley N.º 29571) para garantizar un entorno financiero digital más seguro, accesible y equitativo en el país. En este contexto, la relevancia de la entidad reguladora es evidente, dado que el sector bancario representó el 26.95 % de los reclamos y el 34.84 % de las denuncias concluidas ante Indecopi en 2024 (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi], 2025).

Palabras clave:
Transformación digital, banca móvil, experiencia del usuario, protección al consumidor, inclusión financiera.

1 Bachiller en Administración y Dirección de Negocios de ISIL Escuela.
El presente artículo está basado en la tesis: Transformación Digital y el Impacto en el Uso de los Aplicativos Móviles Bancarios para Transacciones Comerciales – Lima, 2023.

Correo electrónico:
paredes.sipan@gmail.com

1. INTRODUCCIÓN

Durante la última década, la transformación digital ha rediseñado la interacción entre consumidores y servicios financieros. En especial, los aplicativos móviles bancarios se han convertido en canales clave para transferencias, pagos y consultas cotidianas, eliminando la necesidad de acudir físicamente a las agencias. Este cambio ha sido impulsado por el aumento del acceso a internet móvil y el uso generalizado de teléfonos inteligentes. Si bien los beneficios son evidentes, también se presentan desafíos relevantes en seguridad, accesibilidad y derechos digitales (Banco Mundial, 2022).

En el contexto peruano, la digitalización financiera ha mostrado un crecimiento significativo. IPSOS (2021), indica que el 41 % de los peruanos utiliza aplicaciones bancarias diariamente. Esto sitúa a la experiencia del usuario como un eje estratégico en los servicios digitales. Según Díaz de Cerio (2019), una experiencia satisfactoria mejora la percepción del valor del servicio y promueve la fidelización. La experiencia del usuario, entonces, implica las percepciones y emociones generadas al interactuar con plataformas digitales.

La usabilidad hace referencia a la navegación simple, el diseño claro y la eficiencia operativa de la aplicación (Nielsen, 2012; Sauro & Lewis, 2012). La percepción de seguridad incluye tanto la protección de datos personales como la confianza en que las transacciones no serán vulneradas (Gudín, 2017; OEA, 2018). Por su parte, la confianza y la satisfacción dependen de la estabilidad técnica, la transparencia del servicio y la respuesta ante problemas. Esto se alinea con lo establecido en la Ley N.º 29571, que reconoce como derechos del consumidor el acceso a información clara, la seguridad en el consumo y el trato justo en todas las formas de prestación de servicios. En este marco, entidades como Indecopi, cuya misión es proteger al consumidor, promover la libre y leal competencia y salvaguardar la propiedad intelectual (Indecopi, 2025), juegan un rol fundamental en la supervisión de estos entornos digitales.

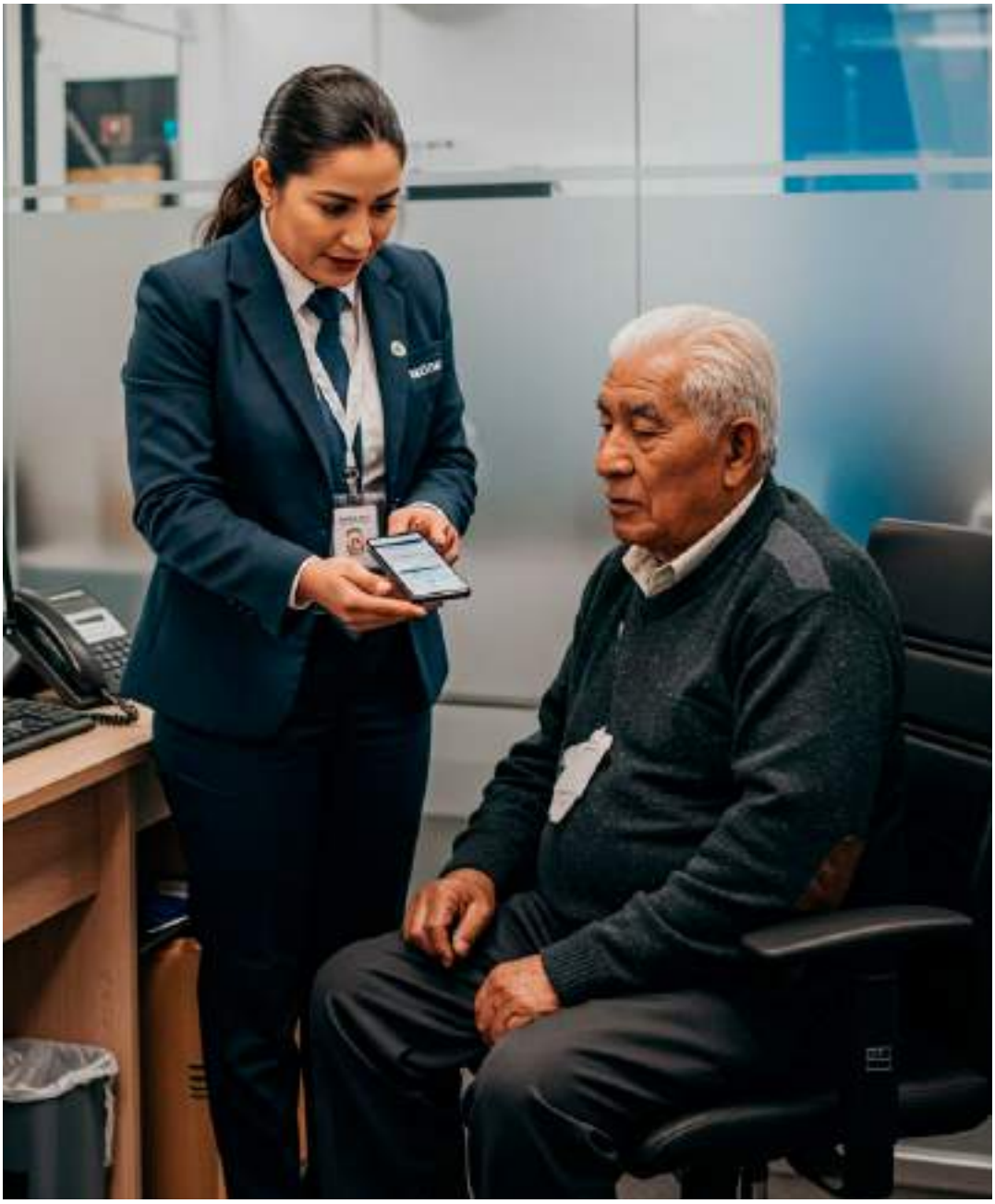
Desde el enfoque de los derechos del consumidor, evaluar esta experiencia digital requiere ir más allá de lo técnico. Debe considerarse el acceso equitativo, la transparencia informativa y la capacidad real de los usuarios para ejercer sus derechos en entornos digitales. Tanto la SBS (2022a) como la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL, 2016) resaltan que la digitalización debe incorporar garantías que aseguren equidad, inclusión y protección ante prácticas abusivas. Además, se reconoce que los derechos digitales comprenden la protección de datos personales, el acceso libre a servicios digitales y la información clara y verificable.

A pesar de los avances, persisten brechas en el uso efectivo de servicios digitales. Esto es especialmente visible en segmentos vulnerables con bajo nivel de alfabetización digital. La SBS (2022b), advierte que muchos usuarios enfrentan barreras de uso, desconfían del manejo de sus datos o no comprenden los términos del servicio. Por ello, no basta con analizar la frecuencia de uso: es esencial evaluar la calidad de esa experiencia con una perspectiva normativa e inclusiva.

Actualmente, se carece de estudios empíricos recientes en Perú que aborden la experiencia digital bancaria desde este enfoque integral. Esto es crítico si se considera la Ley N.º 29571, que reconoce el derecho a servicios seguros y accesibles en todos los canales, incluidos los digitales. En este sentido, el I Seminario Internacional de Protección al Consumidor (Indecopi, 2018), destacó la necesidad de adaptar la regulación a la economía digital, abordando desafíos como la contratación electrónica, la protección de datos y el empoderamiento de los usuarios frente a servicios complejos.

Este estudio adopta un enfoque exploratorio-correlacional, con diseño mixto. Busca analizar cómo las dimensiones de seguridad, usabilidad, confianza y satisfacción configuran la experiencia digital de usuarios de banca móvil en Lima Metropolitana. Los objetivos específicos son: a) describir la percepción del usuario en cada dimensión; b) analizar la relación entre estas dimensiones y la experiencia general; y c) reflexionar sobre los hallazgos desde la óptica de la protección al consumidor.

A partir de ello, se formula la siguiente pregunta de investigación: ¿Cómo inciden las percepciones de seguridad, usabilidad, confianza y satisfacción en la experiencia de los usuarios de banca móvil en Lima Metropolitana? Dado el enfoque exploratorio y el tipo de muestreo empleado, los resultados no buscan ser generalizados, sino aportar una visión inicial que permita identificar patrones relevantes en el comportamiento digital del usuario. Estos hallazgos preliminares pueden constituir un punto de partida valioso para guiar futuras decisiones estratégicas por parte de entidades financieras, organismos reguladores y actores vinculados a la protección del consumidor digital.



2. CONTENIDO:

La transformación digital implica el uso intensivo de tecnologías digitales para rediseñar procesos, productos y servicios, permitiendo a las organizaciones mejorar su eficiencia, ampliar su alcance y generar nuevas propuestas de valor (Brynjolfsson & McAfee, 2014). En el sector financiero, este fenómeno se ha traducido en la migración progresiva de servicios tradicionales hacia plataformas virtuales accesibles, desde dispositivos móviles, lo que ha redefinido la experiencia del cliente bancario.

La experiencia del usuario digital puede definirse como el conjunto de percepciones, emociones y respuestas que emergen de la interacción de un individuo con una plataforma tecnológica, en este caso, una aplicación bancaria móvil. Esta experiencia resulta del equilibrio entre la funcionalidad técnica, la confianza, la claridad de la información y el valor percibido por el usuario (Díaz de Cerio, 2019; Nielsen, 2012).

Según la SBS (2022c), la digitalización bancaria debe contemplar no sólo la implementación tecnológica, sino también el cumplimiento de estándares de calidad, seguridad y transparencia. En esa línea, la experiencia del usuario se posiciona como un indicador clave de éxito en la adopción de canales digitales. Esta experiencia se compone de múltiples dimensiones perceptuales y funcionales que reflejan el grado de satisfacción, confianza, facilidad de uso y percepción de seguridad en el uso de los aplicativos móviles.

A fin de comprender de manera más precisa cómo se estructura esta experiencia digital desde el punto de vista del usuario, a continuación, se describen sus principales dimensiones: seguridad, usabilidad, confianza y satisfacción.

Seguridad. Esta dimensión se refiere a la percepción que tiene el usuario sobre la protección de sus datos personales y la integridad de sus transacciones. Según Gudín (2017) y la OEA (2018), la ciberseguridad es un elemento esencial para la confianza digital, pues las amenazas informáticas comprometen la privacidad y la continuidad operativa. En consecuencia, un entorno digital seguro no sólo responde a criterios técnicos, sino también a exigencias éticas y normativas.

Usabilidad. Comprende la facilidad con la que los usuarios interactúan con el aplicativo, el diseño intuitivo de sus funciones y la rapidez para completar operaciones (Nielsen, 2012; Sauro & Lewis, 2012). Una buena usabilidad incrementa la satisfacción y reduce la tasa de abandono de la aplicación, siendo un componente clave en la retención de usuarios.

Confianza. Esta dimensión está vinculada a la credibilidad del sistema, la claridad de la información proporcionada y la capacidad de la entidad bancaria para resolver incidencias de forma eficaz. Srivastava & Sharma (2024), destacan que una experiencia confiable se traduce en mayor disposición del usuario a mantener relaciones a largo plazo con el servicio digital.

Satisfacción. Abarca la valoración general del usuario sobre su interacción con el aplicativo, incluyendo aspectos subjetivos como el agrado visual, la comodidad, la personalización del servicio y la disposición a recomendar la herramienta (Díaz de Cerio, 2019). La satisfacción es resultado de la interacción conjunta de las dimensiones anteriores y constituye un criterio integral de evaluación.

Desde una perspectiva de derechos del consumidor, la evaluación de la experiencia digital no puede reducirse únicamente a aspectos técnicos o funcionales. Es indispensable adoptar un enfoque normativo que garantice el acceso equitativo, la transparencia informativa y la capacidad real del usuario para ejercer sus derechos en entornos digitales. Tanto la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL, 2016) como la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS, 2022d) coinciden en que la digitalización financiera debe integrarse a principios de inclusión, equidad y protección frente a prácticas lesivas.

En este contexto, los derechos digitales abarcan no sólo la protección de datos personales, sino también el acceso libre y no discriminatorio a plataformas tecnológicas, así como la disponibilidad de información clara, verificable y comprensible. Garantizar que la experiencia del usuario sea eficiente, justa y segura requiere articular estas garantías con los principios establecidos en la Ley N.º 29571 y con las recomendaciones del I Seminario Internacional de Protección al Consumidor (Indecopi, 2018).

Dicho seminario enfatizó la necesidad de una regulación dinámica que responda a los desafíos de la economía digital, especialmente en aspectos como la contratación electrónica, la protección de datos y los canales de atención. Desde esta óptica, el análisis de la experiencia del usuario no sólo cobra relevancia en términos de innovación, sino también como un componente esencial de la justicia digital.

En suma, una visión integrada de estas dimensiones permite no sólo comprender la operatividad de los aplicativos móviles, sino también proponer mejoras orientadas a garantizar una experiencia digital justa y segura. Este enfoque contribuye a consolidar criterios que fundamenten decisiones regulatorias y ajustes estratégicos en el sistema financiero digital.

3. MATERIALES Y MÉTODOS

El presente estudio se desarrolló bajo un diseño metodológico mixto, de tipo no experimental, transversal y de nivel correlacional. El enfoque cuantitativo permitió identificar y analizar relaciones estadísticas entre las variables principales, mientras que el enfoque cualitativo se incorporó de manera complementaria para profundizar en las percepciones subjetivas de los usuarios. Esta estrategia metodológica respondió a la necesidad de captar tanto los patrones generales de comportamiento como los matices individuales de la experiencia digital, especialmente en lo relativo al ejercicio de derechos en entornos financieros virtuales.

La muestra fue no probabilística por conveniencia, compuesta por 164 usuarios activos de los aplicativos móviles de las entidades BCP, BBVA, Interbank y Scotiabank, residentes en Lima Metropolitana. Este tipo de muestreo resulta pertinente en estudios de enfoque exploratorio, ya que permite captar percepciones preliminares, identificar patrones emergentes y detectar posibles problemáticas dentro de una población objetivo cuando no se dispone de un marco muestral completo. La recolección de datos se llevó a cabo mediante un cuestionario estructurado de 20 ítems, elaborado a partir de una revisión exhaustiva de literatura especializada. El instrumento fue sometido a un proceso de validación mediante juicio de expertos, asegurando su pertinencia conceptual y claridad semántica. Cada ítem fue valorado en una escala tipo Likert de cinco puntos, que oscilaba entre "totalmente en desacuerdo" y "totalmente de acuerdo", lo cual permitió captar la intensidad de las percepciones de los participantes respecto a las dimensiones evaluadas.

El instrumento evaluó cuatro dimensiones: seguridad, usabilidad, confianza y satisfacción. La confiabilidad del cuestionario fue determinada con el coeficiente alfa de Cronbach ($\alpha = 0.872$), lo que indica una alta consistencia interna. El análisis de los datos se realizó mediante estadística descriptiva (frecuencias y promedios) y correlacional (Rho de Spearman), utilizando el software SPSS.

Asimismo, se realizaron entrevistas semiestructuradas a siete especialistas vinculados a procesos de transformación digital bancaria, seleccionados por su experiencia profesional y afinidad temática con el ecosistema financiero digital. Esta muestra cualitativa fue definida mediante criterios de pertinencia y trayectoria en el ámbito de los servicios financieros digitales.

Las entrevistas fueron analizadas mediante un enfoque cualitativo orientado a identificar categorías emergentes relacionadas con seguridad digital, accesibilidad, usabilidad y regulación. Los fragmentos más representativos fueron seleccionados e interpretados en función de los objetivos del estudio, triangulando su contenido con los hallazgos cuantitativos. Este procedimiento no busca generalización, sino enriquecer la comprensión del fenómeno desde la perspectiva de actores con conocimiento directo del sistema bancario digital.

En conjunto, esta metodología busca sustentar una lectura crítica de la experiencia digital bancaria, articulando percepciones ciudadanas con criterios normativos de protección al consumidor financiero.

4. RESULTADOS

Cuantitativos: encuestas a usuarios

La presente sección expone los resultados obtenidos a partir del análisis de los datos cuantitativos recolectados mediante encuestas. La muestra estuvo conformada por 164 usuarios activos de aplicativos móviles bancarios, residentes en Lima Metropolitana. Cabe precisar que, al tratarse de un muestreo no probabilístico por conveniencia, los hallazgos no son generalizables al total de la población limeña; sin embargo, ofrecen una aproximación válida y pertinente para identificar patrones y percepciones relevantes en el contexto del estudio. Como punto de partida, se describen las características sociodemográficas y los hábitos de uso digital de los participantes, información esencial para contextualizar la interpretación de los resultados que se exponen a continuación.

Tabla 1: características generales de la muestra

Variable	N	Porcentaje (%)
Edad media (años)	32.28	-
Distribución por edad		
18–25 años	48	29.3
26–35 años	66	40.2
36–45 años	31	18.9
46–55 años	19	11.6
Género		
Femenino	93	56.7
Masculino	71	43.3
Frecuencia de uso de apps		
Diaria	68	41.5
Semanal	71	43.3
Ocasional	25	15.2
Banco principal utilizado		
BCP	59	36.0
Interbank	42	25.6
BBVA	36	22.0
Scotiabank	27	16.4

Nota: Elaboración propia. La edad media se expresa en años por ser una variable continua. Las demás categorías corresponden a variables discretas, presentadas en frecuencias absolutas (n) y porcentajes calculados sobre el total de participantes (N = 164).

La distribución sociodemográfica de la muestra reflejaría que la adopción de servicios digitales en banca en Lima Metropolitana es predominante en adultos jóvenes (18-35 años), alcanzando cerca del 69.5 %, lo que sugeriría que este sector representa un grupo clave para garantizar criterios de diseño e interacción adaptados a un usuario digital en crecimiento. Por género, la distribución mostró un leve predominio de mujeres (56.7 %). Asimismo, la frecuencia de interacción con la banca digital evidenciaría que la mayoría de los usuarios utilizan estos servicios de manera intensiva (41.5 % a diario y 43.3 % varias veces por semana), lo que respalda la necesidad de garantizar criterios normativos claros en materia de usabilidad, seguridad y confianza para fomentar una experiencia digital sólida e inclusiva para todos los segmentos de la población peruana.

Esta predominancia de usuarios jóvenes resalta, además, la importancia de diseñar criterios adaptados para garantizar que otros grupos menos representados, como adultos mayores o personas con menor habilidad digital, también encuentren en estos servicios una experiencia segura e inclusiva, fortaleciendo con ello la relevancia de este análisis para la formulación de futuras políticas y criterios normativos por parte de Indecopi y otras autoridades competentes.

Tabla 2: evaluación de la experiencia digital por dimensión

Dimensión	Media	Porcentaje de acuerdo (%)
Seguridad	3.65	66
Usabilidad	4.25	85
Confianza	3.95	73
Satisfacción	4.18	80

Nota: Elaboración propia. El indicador "Media" representa la posición promedio alcanzada por cada dimensión en una escala Likert de 1 a 5, mientras que el "Porcentaje de acuerdo" refleja la proporción de participantes que asignaron a cada categoría una valoración positiva (4 o 5). Esto permite interpretar de manera complementaria tanto la tendencia central de las percepciones como la frecuencia de opiniones favorable para cada dimensión analizada.

La usabilidad alcanzó la valoración positiva más elevada (85 %), destacando la relevancia de interfaces intuitivas para garantizar la adopción masiva de servicios de banca digital en Perú. Por su parte, la seguridad mostró el menor porcentaje (66 %), evidenciando desafíos críticos para garantizar entornos seguros que respondan tanto a criterios normativos previstos en la Ley N° 29571 como a las demandas actuales de confianza digital en el país. Estas preocupaciones se ven reflejadas en las estadísticas nacionales de reclamos y denuncias ante el organismo regulador.

Figura 1: reclamos concluidos por sector en Indecopi (2024)

Cuadro 1:

Reclamos concluidos a nivel nacional en materia de protección al consumidor. según la actividad económica 2024

N.º	Actividad económica	Total	%
1	Banco	30 853	26.95
2	Telecomunicaciones	13 144	11.48
3	Servicios profesionales, técnicos y otros	7 085	6.19
4	Transporte por vía aérea	6 228	5.44
5	Comercio mayorista de otros productos	5 259	4.59
6	Comercio minorista de otros productos	4 420	3.86
7	Actividades artísticas, entretenimiento y esparcimiento	4 113	3.59
8	Financieras	4 003	3.50
9	Transporte terrestre y otros tipos de transporte	3 761	3.28
10	Comercio minorista de textiles, prendas de vestir y calzado	3 287	2.87
11	Agencia de viaje y otros servicios de transporte	2 895	2.53
12	Seguros	2 703	2.36
13	Servicios y varios	2 527	2.21
14	Cajas municipales y rurales de ahorro y crédito	2 351	2.05
15	Educación superior universitaria	2 268	1.98
16	Venta, mantenimiento y reparación de vehículos	1 933	1.69
17	Restaurantes, bares y cantinas	1 786	1.56
18	Actividades inmobiliarias	1 608	1.40
19	Supermercados, bodegas, minimarkets y similares	1 579	1.38
20	Otras actividades económicas	12 693	11.09
Total		**114 496**	**100.00**

Fuente: Plataforma Interactiva del Servicio de Atención al Ciudadano (PISAC).

Elaboración: Oficina de Estudios Económicos

Nota: Tomado de Memoria Anual 2024 (p. 12), por Indecopi, 2025. https://www.gob.pe/institucion/indecopi/informes-publicaciones/6894767-memoria-anual-2024

Figura 2: denuncias concluidas por sector en Indecopi (2024)

Cuadro 2:

Actividades económicas denunciadas a nivel nacional en materia de protección al consumidor 2024

N.º	Actividad económica	OPS	CPC	Total	%
1	Banco	7 503	3 159	10 662	34.84
2	Seguros	1 596	918	2 514	8.21
3	Actividades inmobiliarias	633	808	1 441	4.71
4	Servicios profesionales, técnicos y otros	1 046	328	1 374	4.49
5	Transporte por vía aérea	1 051	168	1 219	3.98
6	Financieras	768	306	1 074	3.51
7	Comercio mayorista de otros productos	678	199	877	2.87
8	Cajas municipales y rurales	559	300	859	2.81
9	Servicios varios	601	257	858	2.80
10	Telecomunicaciones	652	119	771	2.52
11	Comercio minorista de otros productos	557	207	764	2.50
12	Venta, mantenimiento y reparación de vehículos	299	442	741	2.42
13	Agencias de viaje y otros servicios de transporte	573	102	675	2.21
14	Transporte terrestre y otros tipos de transporte	537	124	661	2.16
15	Otras empresas del sistema financiero	314	318	632	2.06
16	Tiendas por departamento, bazares y conexos	526	66	592	1.93
17	Actividades artísticas de entreteni-miento y esparcimiento	369	122	491	1.60
18	Construcción	139	344	483	1.58
19	Educación superior universitaria	265	171	436	1.42
20	Otras actividades económicas	2 053	1 428	3 482	11.38
Total		**20 719**	**9 885**	**30 606**	**100.00**

Fuente: Sistema Integrado Resolutivo.

Elaboración: Oficina de Estudios Económicos.

Nota: Tomado de Memoria Anual 2024 (p. 13), por Indecopi, 2025. https://www.gob.pe/institucion/indecopi/informes-publicaciones/6894767-memoria-anual-2024

Tabla 3: características generales de la muestra

Variable	N	Porcentaje (%)
Transformación digital vs seguridad	0.683	<0.001
Transformación digital vs usabilidad	0.715	<0.001
Transformación digital vs confianza	0.664	<0.001
Transformación digital vs satisfacción	0.697	<0.001
Transformación digital vs experiencia global	0.696	<0.001

Nota: Elaboración propia. Los coeficientes corresponden al método de Spearman para garantizar la relevancia de estos y evaluar criterios normativos en la experiencia digital en Perú.

Los resultados del estudio mostraron una relación positiva y estadísticamente significativa ($p < 0.001$) entre la transformación digital y la experiencia general del usuario en la banca móvil. Esto podría sugerir que a medida que avanza la adopción digital, mejoraría la experiencia del usuario.

Un coeficiente de Spearman consistentemente alto (entre 0.664 y 0.715) indica que la mejora en cualquiera de estas dimensiones contribuye a una experiencia digital más sólida. Estos hallazgos se encuentran en línea con el marco teórico del estudio, que concibe la experiencia del usuario como un equilibrio multifactorial.

La experiencia digital integral está intrínsecamente ligada a la seguridad, usabilidad, confianza y satisfacción del usuario, lo que resaltaría la importancia de invertir en mejoras en este ámbito. Esto es crucial para garantizar entornos seguros, utilizables y confiables, y para cumplir con la Ley N° 29571 de Indecopi, fundamental para la actividad económica digital en Perú. La aplicación de los principios de esta ley en el entorno digital requiere criterios normativos claros e inclusivos que aborden específicamente la seguridad, la usabilidad y la confianza.

Cualitativos: entrevistas a especialistas

Para complementar los resultados cuantitativos, se realizaron entrevistas semiestructuradas a siete especialistas vinculados al ámbito financiero y tecnológico. El análisis de contenido permitió identificar temas recurrentes en sus respuestas, relacionados con las dimensiones evaluadas en el estudio. La Tabla 4 sintetiza estos hallazgos, indicando cuántos entrevistados abordaron cada uno de los temas emergentes.

Tabla 4: temas emergentes en entrevistas

Tema emergente	Descripción del hallazgo	N° Entrevista
Seguridad digital	A pesar de las mejoras en autenticación y protección de datos, persisten dudas sobre la seguridad percibida en entornos digitales.	4
Usabilidad	Las aplicaciones bancarias son valoradas por su simplicidad; no obstante, la navegación engorrosa puede representar una barrera para algunos usuarios.	3
Confianza del usuario	La consistencia en el servicio y experiencias exitosas son factores clave para construir confianza en la banca digital.	4
Brecha tecnológica	Elementos como la edad, nivel educativo y acceso a dispositivos afectan la adopción y percepción de la banca digital.	3

Nota: La tabla es una elaboración propia y sintetiza los temas más recurrentes identificados mediante análisis de contenido de entrevistas a especialistas. "N" representa el número de entrevistados que abordaron cada temática.

En Perú, la adopción de servicios de banca digital se fundamenta en la percepción de seguridad y la confianza derivada de experiencias exitosas. Sin embargo, la usabilidad de las aplicaciones y la superación de la brecha tecnológica representan desafíos cruciales para establecer criterios normativos claros e inclusivos que optimicen la experiencia digital.

Tabla 5: subtemas de la categoría "Seguridad digital"

Tema emergente	Descripción del hallazgo	N° Entrevista
Protección de datos	Preocupación por posibles filtraciones de información personal	4
Ciberataques y fraudes	Riesgo percibido de phishing, hackeos y otros ataques electrónicos	3
Autenticación avanzada	Apreciación positiva de biometría y mecanismos de verificación en dos pasos	2
Comunicación sobre seguridad	Necesidad de informar claramente al usuario sobre procedimientos de seguridad	3

Nota: Elaboración propia. Subtemas agrupados dentro del eje "Seguridad digital", identificados mediante codificación axial del análisis cualitativo. "N" indica el número de entrevistados que mencionaron cada aspecto.

El análisis cualitativo revela que la seguridad digital es fundamental para la adopción de servicios de banca digital en nuestro país. En este contexto, la comunicación clara, la autenticación avanzada y la prevención de fraudes electrónicos emergen como criterios normativos esenciales para asegurar la integridad de la experiencia digital. Los especialistas entrevistados enfatizan la urgencia de que los bancos orienten, guíen y enseñen activamente a los usuarios sobre los riesgos inherentes al entorno digital, adoptando un enfoque preventivo en lugar de reaccionar únicamente ante incidentes de seguridad. Muchos usuarios carecen de las competencias digitales necesarias para identificar amenazas emergentes, lo que subraya la importancia de mejorar la comunicación sobre los procedimientos de seguridad para reconstruir y mantener la confianza del usuario. También se resalta que la mejora en la seguridad de los datos financieros y la implementación de medidas sólidas son cruciales para reducir las pérdidas y aumentar la adopción de los servicios bancarios digitales.

Tabla 6: subtemas de la categoría "Confianza del usuario"

Tema emergente	Descripción del hallazgo	N° Entrevista
Experiencias positivas acumuladas	El éxito en transacciones previas aumenta la confianza del usuario.	4
Claridad en la comunicación del servicio	Una comunicación clara y directa fortalece la percepción de fiabilidad.	3
Resolución efectiva de problemas	La capacidad de responder rápidamente a incidencias garantiza la fidelización.	3
Estabilidad de la aplicación	El correcto funcionamiento constante aumenta la credibilidad percibida.	3

Nota: La tabla es una elaboración propia y recoge los aspectos más citados por los especialistas en torno al concepto de confianza digital. "N" indica el número de entrevistados que mencionaron cada subtema.

La adopción masiva de servicios de banca digital en Perú depende de criterios normativos claros que garanticen experiencias seguras, intuitivas e inclusivas. El análisis cualitativo corrobora esta necesidad, enfatizando que la seguridad digital, la usabilidad de las interfaces y la confianza generada por experiencias exitosas son pilares esenciales para la defensa de los derechos de los usuarios en entornos digitales. Estos hallazgos resaltan la importancia de diseñar regulaciones que no sólo aborden los aspectos técnicos de las aplicaciones móviles, sino que también aseguren la transparencia informativa, el acceso equitativo y la capacidad real de los usuarios para ejercer sus derechos en el ámbito digital. La SBS y la CEPAL, por ejemplo, destacan que la digitalización debe incorporar garantías de equidad, inclusión y protección contra prácticas abusivas. En este sentido, la Ley N.º 29571 reconoce el derecho a servicios seguros y accesibles en todos los canales, incluidos los digitales, lo que subraya la urgencia de adaptar la regulación a la economía digital.

5. DISCUSIÓN:

Los hallazgos de este estudio ofrecen una visión integral de la experiencia digital en la banca de Lima Metropolitana, integrando perspectivas cuantitativas y cualitativas para iluminar tanto el éxito en la adopción como los desafíos persistentes. Los resultados revelan una alta adopción y satisfacción general con los servicios de banca digital, particularmente en usabilidad y confianza, lo que concuerda con tendencias globales de digitalización financiera (Banco Mundial, 2022b). Sin embargo, persisten retos críticos en la seguridad percibida y la inclusión de segmentos menos digitalizados, lo cual es vital considerar para una expansión equitativa y protegida.

La predominancia de usuarios jóvenes (18-35 años) en la muestra (69.5 %), junto con una alta frecuencia de uso (84.8 % diaria o semanal), subraya que la banca digital ha encontrado un nicho fértil en esta demografía. Esto se alinea con las observaciones de IPSOS (2021), sobre el uso diario de aplicaciones bancarias en Perú. No obstante, esta concentración etaria resalta la necesidad imperante de diseñar criterios normativos adaptados y estrategias de comunicación que aseguren la inclusión de usuarios mayores y aquellos con menor alfabetización digital, un punto críticamente señalado por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS, 2022d) y la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL, 2016). La brecha tecnológica, confirmada por los especialistas (Tabla 4), no sólo afectaría la adopción sino también la percepción general de la banca digital, enfatizando la importancia de herramientas inclusivas y estrategias que faciliten la adaptación de los usuarios menos familiarizados con la tecnología (Banco Mundial, 2022a; López, 2021).

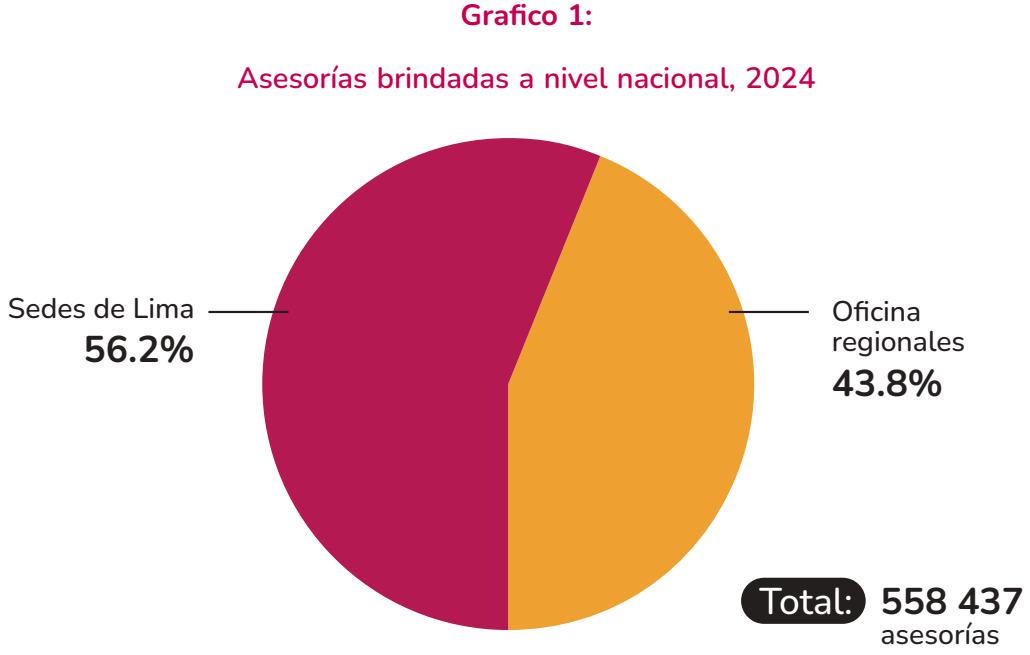
En cuanto a las dimensiones específicas, la usabilidad obtuvo la valoración más alta (85 % de acuerdo), lo que reafirma su rol como facilitador clave de la adopción y satisfacción. Este resultado es consistente con los principios de Nielsen (2012) y Sauro y Lewis (2012) sobre la importancia de interfaces intuitivas para la experiencia del usuario. La confianza también mostró un alto nivel (73 % de acuerdo), y el análisis cualitativo (Tabla 6) detalló que esta se construye sobre experiencias positivas acumuladas, claridad en la comunicación del servicio y una resolución efectiva de problemas, elementos que Fernández de la Cigoña (2022), identifica como fundamentales para la fidelización a largo plazo. La estabilidad de la aplicación, también destacada por los especialistas, refuerza esta percepción de fiabilidad (Interbank, 2019; Ramírez, 2021).

A pesar de las valoraciones favorables en el promedio, la seguridad percibida emergió como el punto de menor acuerdo (66 %) entre los usuarios y fue consistentemente señalada como un "pilar crítico" por los especialistas (Tabla 4). Esta ambivalencia sugiere que, si bien existen mecanismos de seguridad implementados (como la biometría y la autenticación en dos pasos), las preocupaciones sobre filtraciones de datos, ciberataques y fraudes electrónicos persisten debido a las ineficiencias y pérdidas continuas asociadas a los canales virtuales (Gudín, 2017; OEA, 2018). Esto recalca la urgencia de fortalecer los mecanismos de autenticación avanzada y, crucialmente, mejorar la comunicación clara sobre los procedimientos de seguridad para reconstruir y mantener la confianza del usuario. La investigación resalta que la mejora en la seguridad de los datos financieros y la implementación de medidas sólidas son cruciales para reducir las pérdidas y aumentar la adopción de los servicios bancarios digitales (Lévy Mangin et al., 2020).

Las correlaciones positivas y significativas entre la experiencia digital global y todas las dimensiones analizadas (seguridad, usabilidad, confianza y satisfacción) refuerzan la idea sobre la relación de estos factores. Un coeficiente de Spearman consistentemente alto (entre 0.664 y 0.715) indica que la mejora en cualquiera de estas dimensiones contribuye a una experiencia digital más sólida. Estos hallazgos se alinean al marco teórico de este estudio, que concibe la experiencia del usuario como un equilibrio multifactorial (Díaz de Cerio, 2019). Específicamente, el coeficiente de 0.696 entre la transformación digital y experiencia global respalda la hipótesis de una relación significativa (Lévy Mangin et al., 2020; DITRENDIA, 2022).

Desde una perspectiva regulatoria y de protección al consumidor, los resultados de este estudio ofrecen una base empírica para Indecopi y otras autoridades. La Ley N° 29571 de protección al consumidor, que rige la actividad económica digital en el país, es fundamental. Nuestros hallazgos refuerzan que la aplicación de sus principios en el entorno digital requiere criterios normativos claros e inclusivos que aborden específicamente la seguridad, la usabilidad y la confianza (BBVA, 2019). La necesidad de fiscalizar y promover herramientas inclusivas, especialmente para segmentos menos digitalizados y aquellos que aún no están bancarizados (El Comercio, 2023), es un imperativo para asegurar la defensa de los derechos de los usuarios en entornos digitales, fomentando un desarrollo idóneo del país y disminuyendo la brecha que dificulta el acceso a las plataformas tecnológicas. La magnitud de esta labor se evidencia también en el volumen de atención directa a los ciudadanos; durante 2024, Indecopi brindó más de 558 mil asesorías a nivel nacional (Indecopi, 2025), lo que demuestra su amplio alcance y su compromiso con la orientación y protección de los consumidores en un contexto de creciente digitalización (véase Figura 3).

Figura 3: distribución de asesorías brindadas por Indecopi (2024)



Nota: Tomado de Memoria Anual 2024 (p. 11), por Indecopi, 2025. https://www.gob.pe/institucion/indecopi/informes-publicaciones/6894767-memoria-anual-2024

1. Limitaciones y futuras direcciones de investigación

Si bien este estudio proporciona evidencia valiosa para la comprensión de la experiencia digital en la banca de Lima Metropolitana, su alcance se limita a esta región y a una muestra no probabilística por conveniencia. Esto restringe la generalización de los resultados a nivel nacional o a otros contextos sociodemográficos.

Futuras investigaciones podrían expandir el alcance geográfico, incluyendo comparaciones entre diferentes regiones del Perú, para evaluar la adaptabilidad de los criterios normativos propuestos y entender las particularidades locales. Asimismo, sería valioso incorporar otras variables emergentes en la adopción de servicios digitales, como el nivel de alfabetización financiera digital, el impacto de nuevas tecnologías (inteligencia artificial en chatbots) o el análisis longitudinal de la evolución de la confianza y la seguridad percibida a lo largo del tiempo. Profundizar en los desafíos específicos de segmentos vulnerables mediante metodologías cualitativas más extensas también podría ofrecer *insights* más detallados.

CONCLUSIONES

En suma, esta investigación contribuye a una reflexión crítica y fundamentada para la regulación, promoviendo criterios normativos claros y adaptados a la realidad peruana, para garantizar tanto la eficiencia comercial como la defensa de los derechos del usuario en entornos digitales en crecimiento. Ofrece una base sólida para futuras guías normativas promovidas por Indecopi, fortaleciendo el marco de adopción digital para todos los usuarios en el país. De este modo, no sólo contribuye al debate científico, sino que aporta criterios estratégicos para asegurar que la adopción digital en Perú sea inclusiva, segura y adaptada a todos los contextos socioeconómicos, fomentando una colaboración efectiva entre autoridades, sector privado y usuarios para consolidar un ecosistema digital competitivo, transparente y favorable.

BIBLIOGRAFÍA

Jurisprudencia citada

1 Banco Bilbao Vizcaya Argentina [BBVA]. (2019). Las ventajas que ofrecen los canales digitales para BBVA y sus clientes. https://www.bbva.com/es/pe/innovacion/las-ventajas-que-ofrecen-los canales-digitales-para-bbva-y-sus-clientes/

2 Banco Mundial. (2022). La COVID-19 incrementa el uso de los pagos digitales a nivel mundial. https://www.bancomundial.org/es/news/press release/2022/06/29/covid-19-drives-global-surge-in-use-of-digital-payments

3 Banco Mundial. (2022). The Global Findex Database 2021: Financial Inclusion, Digital Payments, and the COVID-19 Pandemic. The World Bank. https://www.worldbank.org/en/publication/global-findex/

4 Brynjolfsson, E., & McAfee, A. (2014). The second machine age: Work, progress, and prosperity in a time of brilliant technologies. W. W. Norton & Company. https://wwnorton.com/books/9780393239355

5 Comisión Económica para América Latina y el Caribe [CEPAL]. (2016). La nueva revolución digital. De la Internet del consumo a la Internet de la producción. Repositorio de CEPAL. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/38604/4/S1600780_es. pdf

6 Díaz de Cerio, J. (2019). La Experiencia de Cliente en la Era Digital, El nuevo viaje del cliente. [Tesis de licenciatura, Comillas Universidad Pontificia]. Repositorio Institucional. https://repositorio.comillas.edu/xmlui/handle/11531/27937

7 Digital Marketing Trends [DITRENDIA]. (2022). Resumen y conclusiones del Informe Mobile 2022 España y el Mundo. https://mktefa.ditrendia.es/blog/resumen-y-conclusiones-del-informe ditrendia-mobile-2022

8 El Comercio. (2023). BCP: existen 9,4 millones de peruanos bancarizados. https://elcomercio.pe/economia/bcp-existen-94-millones-de peruanos-bancarizados-noticia/

9 Fernández de la Cigoña, J. (2022). El impacto de la digitalización en el sector bancario (y en sus clientes). SAGE. https://www.sage.com/es es/blog/impacto-digitalizacion-sector-bancario-y-en-sus-clientes/

10 Gudín, F. (2017). Nuevos Delitos Informáticos: Phising, Pharming, Hacking y Cracking. Icam. https://web.icam.es/bucket/Faustino%20Gud%C3%ADn%20-%20Nuevos%20delitos%20inform%C3%A1ticos.pdf

11 Institut de Publique Sondage d' Opinion Secteur [IPSOS]. (2021). Banca digital 2021. https://www.ipsos.com/es-pe/banca-digital-2021

12 Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [NDECOPI]. (2018). I Seminario Internacional de Protección al Consumidor: "La protección al consumidor en la era de la economía digital ". https://escuela.indecopi.gob.pe/images/publicaciones/pdf/2018/Primer_SI_Proteccion_Consumidor.pdf

13 Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [NDECOPI]. (2025). Memoria Anual 2024. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. https://www.gob.pe/institucion/indecopi/informes-publicaciones/6894767-memoria-anual-2024

14 Instituto Nacional de Estadística e Informática [INEI]. (2021). Estadísticas de Tecnología de la Información y Comunicación en los Hogares. Instituto Nacional de Estadística e Informática. INEI. https://www1.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/02-informe-tecnico-tic-i-trimestre-2021.pdf

15 Interbank. (2019). Interbank entre los bancos más innovadores del país. https://interbank.pe/blog/sala-de-prensa/interbank-banco-innovador

16 Lévy Mangin, J.-P., Bourgault, N., Calvo Porral, C., & Trudel, M. (2020). La influencia de la confianza y satisfacción del cliente en la intención de uso de los servicios bancarios por internet: un modelo estructural. CIENCIA ergo-sum, 27(2), 1-22. https://doi.org/10.30878/ces.v27n2a3

17 Lévy Mangin, J.-P., Bourgault, N., Calvo Porral, C., & Trudel, M. (2020). La influencia de la confianza y satisfacción del cliente en la intención de uso de los servicios bancarios por internet: un modelo estructural. CIENCIA ergo-sum, Revista Científica Multidisciplinaria de Prospectiva, 27(2), 33–56. https://doi.org/10.30878/ces.v27n2a3

18 Ley N.º 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor. (2010). Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Recuperado de https://www.gob.pe/institucion/indecopi/normas-legales/217983-ley-29571

19 López, P. (2021). El 50% de los peruanos mayores de edad tienen una cuenta financiera. BBVA Noticias. https://www.bbva.com/es/pe/sostenibilidad/el-50-de-los-peruanos-mayores de-edad-tienen-una-cuenta-financiera/

20 Nielsen, J. (2012). Usability 101: Introduction to Usability [Usabilidad 101: Introducción a la usabilidad]. Nielsen Norman Group. https://www.nngroup.com/articles/usability-101-introduction-to-usability/

21 Organización de los Estados Americanos [OEA]. (2018). Estado de la Ciberseguridad en el Sector Bancario en América Latina y el Caribe. https://www.oas.org/es/sms/cicte/sectorbancariospa.pdf

22 Ramírez, L. (2021). La banca digital ya vive su “nueva normalidad”. Comscore. https://www.comscore.com/lat/Prensa-y-Eventos/Blog/La-banca-digital-ya-vive-su-nueva-normalidad

23 Revilla, D., Rodriguez, D., & Mendoza, A. (2024). Importancia de la implementación de ciberseguridad en la gestión de riesgos financieros: Clave para garantizar la confianza del cliente. Revista Científica Ciencias Ingenieriles, 4(2), 74–82. https://doi.org/10.54943/ricci.v4i2.516

24 Sauro, J., & Lewis, J. R. (2012). Quantifying the user experience: Practical statistics for user research. Morgan Kaufmann. http://ndl.ethernet.edu.et/bitstream/123456789/34699/1/18.pdf.pdf

25 Srivastava, S., & Sharma, S. (2024). CUSTOMER TRUST AND DATA PRIVACY IN DIGITAL BANKING SERVICES - A STUDY IN CONTEXT OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE. ShodhKosh: Journal of Visual and Performing Arts, 5(1), 1515–1523. DOI: https://doi.org/10.29121/shodhkosh.v5.i1.2024.3505

26 Superintendencia de Banca, Seguros y AFP [SBS]. (2022). Inclusión Financiera. SBS Perú. https://www.sbs.gob.pe/inclusion

Indecopi

www.gob.pe/Indecopi

Síguenos en: Indecopi Oficial