

LA AVENTURA DE LOS CILINDROS PARA GLP: UN PROBLEMA DE TITULARIDAD

Erik Miranda*

En el presente artículo analizamos el sistema de transferencia de propiedad sobre los cilindros de gas licuado del petróleo (GLP) y la eficiencia de la asignación de tal titularidad. Antiguamente, para adquirir el GLP los consumidores previamente adquirirían en propiedad el cilindro (libras), luego realizaban el intercambio con la empresa envasadora. Posteriormente, se introdujeron cilindros en kilogramos, cada uno rotulado por la empresa que lo envasaba, que identificaba la propiedad sobre este. Sin embargo, surge el cuestionamiento si el cambio normativo en la asignación de titularidad resultó eficiente.

1 Introducción: breve historia de un problema

Los invito a retroceder veinte años, época en la que aún no existían conexiones de gas y el único medio de transportarlo hasta los hogares eran los cilindros para GLP (cuya unidad de medida era la libra)¹. El mercado se concentraba en dos empresas envasadoras de GLP, Sol Gas y Lima Gas, la primera estatal y la segunda privada.

Para adquirir el GLP, los consumidores previamente adquirirían en propiedad el cilindro, luego realizaban el intercambio con la empresa envasadora. En aquellos días se apostaba por un parque común de

Revista de Economía y Derecho, vol. 7, nro. 25 (verano de 2010). Copyright © Sociedad de Economía y Derecho UPC. Todos los derechos reservados.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Asesor legal de la Dirección General de Extracción Pesquera del Ministerio de la Producción.

cilindros, es decir, se trataban de cilindros que no tenían mayor distinción en su aspecto exterior (forma y color).

Con el pasar del tiempo, el contexto se tornó un poco más confuso. No solo se privatizaba la mayor envasadora de gas (1994), sino que además la comercialización debía sujetarse al régimen de la libre competencia, y las inversiones crecieron en este sector. Además, se introdujeron cilindros para GLP en kilogramos (rotulados en el cuerpo con el logo de la empresa envasadora, que identificaría la propiedad sobre este).

Mientras ello ocurría, los cilindros para GLP en libras fueron rotulados en el asa, para brindar seguridad e informar la procedencia del envasador. La Resolución Directoral 032-94-EM-DGH aprobó los porcentajes de participación de las empresas en el mercado y la cantidad de cilindros que debería rotular cada empresa envasadora, según el anexo de la misma². Sin embargo, muchos de estos cilindros fueron rotulados más de una vez. Como veremos, la propiedad de estos era de quienes lo adquirieron y no de quienes los rotularon.

La aplicación del nuevo Reglamento para la Comercialización de Gas Licuado de Petróleo, aprobado mediante Decreto Supremo 01-94-EM (en adelante, el Reglamento), generó ciertas controversias entre las empresas envasadoras, fundamentalmente por dos motivos: i) la intercambiabilidad de los cilindros, impuesta por el Reglamento, ii) la reposición de los cilindros por el desgaste de estos en el uso y iii) la responsabilidad sobre el relleno de los cilindros.

Desde antes de la vigencia del Reglamento, la aplicación de las Normas Técnicas Peruanas (NTP) es obligatoria. En principio, las NTP son de carácter voluntario, una recomendación, las mismas que son aprobadas por la Comisión de Normalización y de Fiscalización de Barreras Comerciales No Arancelarias del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi). Sin embargo, debido al interés público que importa (seguridad, salud, protección al consumidor y medio ambiente), algunas de estas son de aplicación obligatoria por disposición de los ministerios (organismos competentes), como es el caso de las referidas a los cilindros para GLP³.

Esta es brevemente la secuencia de hechos ocurridos hace veinte años hasta hoy y que serán materia del presente artículo.

En la actualidad la mayor parte de cilindros están rotulados en el cuerpo del cilindro con una marca o un nombre comercial⁴. Sin per-

juicio de ello, un cilindro puede contener elementos adicionales que los diferencian del resto de sus pares. Por ejemplo, las llamadas “válvulas *premium*”. Estos nuevos elementos no son otra cosa que invenciones, susceptibles (según su innovación) de ser protegidas mediante el registro de una patente. En estos casos es competente la Dirección de Invenciones y Nuevas Tecnologías del Indecopi.

Ni la Ley Orgánica de Hidrocarburos, Ley 26221 (en adelante LOH), ni el Reglamento reconocen a la actividad de comercialización de cilindros para GLP como un servicio público. Este último establece en su artículo 6 que la comercialización de GLP puede ser realizada por cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera, dentro de los alcances de la LOH y demás disposiciones legales y reglamentarias, siempre que el producto cumpla con las especificaciones técnicas vigentes sobre calidad. Más aún, el artículo 3 del Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, entiende por libre iniciativa privada el derecho que tiene toda persona natural o jurídica a dedicarse a la actividad económica de su preferencia, que comprende la producción o comercialización de bienes o la prestación de servicios, en concordancia con lo establecido por la Constitución, los tratados internacionales suscritos por el Perú y las leyes. En otras palabras, esencialmente es un mercado no regulado.

Desde que participan más de dos empresas en el mercado es posible que la concurrencia de ellas genere problemas de competencia desleal, libre competencia y protección al consumidor (más aún si la norma estableció determinados mecanismos de intercambiabilidad en cabeza de los consumidores como de las empresas envasadoras).

Como alternativa a los mecanismos de libre competencia, se presenta la regulación del sistema de comercialización. Existen proyectos de ley que son analizados en la Comisión de Energía del Congreso, que, so pretexto de la seguridad, deslizan la imposición de un sistema de responsabilidad comunitario de comercialización.

Por ello, la comprensión y solución de la controversia en torno a los cilindros para GLP involucra la participación de diversas áreas del Derecho, como son: propiedad intelectual, competencia desleal, libre competencia, normalización, Derecho civil, Derecho administrativo, análisis económico e hidrocarburos.

El presente artículo se centra en torno a la titularidad de propiedad, y la eficiencia de la asignación de tal titularidad para todo lo que pretende realizar (aspectos como intercambiabilidad y reposición

de cilindros, facilidad de consumo, promoción de competencia serán abordados en otra oportunidad).

2 ¿De qué clase de bien estamos hablando?

La NTP para “Recipientes Portátiles de 3 kilogramos; 5 kilogramos; 10 kilogramos; 15 kilogramos y 45 kilogramos de Capacidad para Gases Licuados de Petróleo. Parte 1: Requisitos de la fabricación. Segunda edición” (NTP 350.011-1:2004), aprobada por Resolución 0058-2004/INDECOPI-CRT, del 2 de julio de 2004, define al recipiente portátil o balón para GLP (en adelante, cilindro para GLP) como aquel que sirve para contener GLP, cuyo peso y dimensiones facilita la carga, el traslado y la instalación manualmente, según la figura contenida en esta⁵. Esta NTP establece las condiciones de fabricación mínimas, referidas al material, diseño, construcción, marcado y ensayos que deben cumplir los cilindros fabricados en planchas de acero destinados al almacenaje y transporte de gases licuados de petróleo.

Las características en la fabricación son las que definen al cilindro como un bien (esencialmente) homogéneo, inclusive si consideramos la NTP del año 1995, pues existía homogeneidad entre los cilindros de libras (antecedores de los cilindros en kilogramos): “fungibilidad quiere decir sustituibilidad o aptitud de las cosas para ser recíprocamente sustituidas unas por otras. Los bienes fungibles son bienes recíprocamente intercambiables”⁶.

Así, la adquisición y comercialización del bien “GLP” se facilita en la medida que los cilindros que lo contienen son homogéneos, es decir, de la misma naturaleza, especie y calidad (atributos de la fungibilidad)⁷.

Un acuerdo sobre homogeneidad, por lo general, es un acuerdo eficiente. Así tenemos el sistema de reproducción de video en formato DVD (y sus antecesores VHS y Betamax). Si cada empresa impusiera su sistema de reproducción de video, resultaría económicamente más caro, tanto para los consumidores como para la industria. La homogeneidad facilita la operación de intercambio entre cilindros para GLP. Algo similar ocurre con los cargadores de celulares, aspecto sobre el cual se ha producido un acuerdo para el año 2012⁸.

Se va perdiendo tal característica en la medida que se introduzcan nuevos componentes en el diseño o fabricación del cilindro. Es el caso

del cambio de las válvulas reguladoras tradicionales por las *premium*, como también lo puede ser el grosor de las láminas, etcétera. El éxito de estos nuevos elementos depende de las decisiones de consumo. Así, para un consumidor acostumbrado a utilizar cilindros con la válvula *premium*, probablemente no sea homogéneo uno con la válvula tradicional.

Dejar de lado el criterio de homogeneidad resultaría justificado si con ello se logra mayor eficiencia del producto o servicio. Por ejemplo, si se afirma que con las válvulas *premium* se consigue mayor seguridad y ahorro del GLP, ello podría justificar el parque individual de cilindros.

3 Cilindros en libras: propiedad de las envasadoras y consumidores

El Decreto Supremo 020-91-EM-VME, norma que aprobó el Reglamento para la Comercialización y Transporte de Gas Licuado de Petróleo, reconocía la existencia de los cilindros en libras, aunque no precisó la propiedad de los mismos.

Si bien el Decreto Supremo 016-92-EM preveía el ingreso de los nuevos cilindros en kilogramos, consideraba la coexistencia y destrucción de los cilindros de 24 y 100 libras, aun cuando no delimitaba con claridad la propiedad de los cilindros en libras⁹.

Según el Decreto Supremo 033-93-EM¹⁰, norma que había aprobado el sistema de comercialización de cilindros para gas licuado de petróleo (posteriormente derogado por el artículo 3 del Decreto Supremo 01-94-EM), los consumidores eran propietarios de los cilindros que poseían, sin perjuicio que las empresas envasadoras eran responsables de mantener la seguridad de los cilindros de su propiedad y los de propiedad del consumidor.

“Artículo 4.- Las empresas envasadoras son responsables de mantener los cilindros de su propiedad y los que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 8, son de propiedad del consumidor en condiciones permanentes de seguridad para los usuarios, ajustándose a los reglamentos y normas técnicas que regulan esta materia.

Las empresas envasadoras deberán inscribir su signo y color distintivo ante la autoridad competente. La autoridad competente seleccionará y otorgará los colores de manera que no exista posibilidad de

confusión. Las empresas existentes que vienen usando un color determinado tendrán preferencia para que se les asigne el referido color”.

“Artículo 8.- A partir del vencimiento del plazo de noventa (90) días contados desde la fecha de publicación de esta norma, las empresas envasadoras quedan obligadas a rotular en el asa los cilindros sin rotular, con un signo perforado o en alto relieve y en bajo relieve el número de serie y fecha de rotulación; así como pintarlos con su color identificadorio antes de proceder a su llenado.

El cilindro a que se refiere el párrafo anterior seguirá siendo de propiedad del consumidor. Sin embargo, una vez rotulado por una empresa envasadora, esta será en adelante responsable por el estado y la conservación del cilindro, no pudiendo ser este nuevamente rotulado y/o pintado por otra empresa envasadora”.

Aunque el Reglamento no precisa claramente –como lo hacía la norma derogada– el derecho de propiedad que ostentarían los consumidores, se puede concluir que, apoyados en el método de interpretación histórico¹¹, los consumidores mantienen la propiedad de los cilindros en libras que poseían a la entrada de la vigencia de la norma actual.

“Artículo 47.- A partir del 1 de marzo de 1994, antes de proceder al envasado de GLP, las empresas envasadoras rotularán en las asas de los cilindros sin rotular, con su signo perforado o en alto relieve y, en bajo relieve, el número de serie y fecha de rotulación; asimismo, el cuerpo y las asas del envase deberán pintarlos con su color identificadorio.

Para proceder a la rotulación, las empresas envasadoras deberán cumplir previamente con la inspección visual de los cilindros sin rotular, separando los que se encuentran aptos para salir al mercado, de los que requieran ser reparados antes de ser rotulados y de los que, por sus defectos, deben ser destruidos.

Efectuada la rotulación por la empresa envasadora, esta será en adelante responsable por el estado y la conservación del cilindro, no pudiendo ser este nuevamente rotulado y/o pintado por otra empresa envasadora. La rotulación no conlleva a la propiedad del cilindro, limitándose aquella a la responsabilidad del mantenimiento y seguridad del envase y del sistema válvula-regulador [...]”¹².

En ese orden de ideas, consideramos que en el caso de cilindros en libras pueden ser propietarios las empresas envasadoras o los consumidores, respecto de los cilindros que posean cada uno de estos agentes. Ello reflejaría lo ocurrido en la realidad: las empresas envasadoras

introdujeron al mercado la mayor cantidad de cilindros para GLP, un porcentaje de estos fue adquirido en propiedad por los consumidores. Por lo tanto, cuando el artículo 47 del Reglamento refiere que “la rotulación no conlleva a la propiedad del cilindro, limitándose aquella a la responsabilidad del mantenimiento y seguridad del envase y del sistema válvula-regulador”, está ratificando que dicha rotulación (asa) no afectó la propiedad que ostentaba el consumidor antes de la vigencia del Reglamento. Por el contrario, la mantuvo.

En ese sentido, a la entrada en vigencia del Reglamento, los cilindros para GLP en libras pertenecían básicamente a dos grupos diferenciados: las empresas envasadoras y los consumidores.

Ante la carencia de una regulación especial, el sistema de transferencia de propiedad se basó en las normas del Código Civil. Por lo tanto, la propiedad se demuestra simplemente por la posesión del cilindro, salvo prueba en contrario.

En un escenario en el que se intercambian cilindros en libras entre los propietarios, es natural que ocurriera una permuta.

“Según la opinión de Sánchez Román, la permuta ‘es un contrato principal, consensual, bilateral, oneroso, conmutativo y traslativo de dominio, por el cual dos personas se obligan a transferirse mutuamente el dominio de una o varias cosas, que al celebrar la permuta pertenecían a cada una de ellas’. Esta definición, por los términos en que ha sido redactada, destaca el rasgo preponderante de la permuta: el cambio de ‘cosa por cosa’ con la finalidad traslativa”¹³.

Así, cuando un consumidor requería nuevamente la compra de GLP a una empresa envasadora, ambas se transferían recíprocamente la propiedad de los cilindros¹⁴.

En conclusión, considerando que el consumidor es propietario del cilindro de libras, este celebra un contrato de permuta (cilindros) y otro de compraventa (GLP).

4 Cilindros en kilogramos

4.1 La propiedad exclusiva de las empresas envasadoras

Respecto a los cilindros en kilogramos, con el Decreto Supremo 016-92-EM se establecieron: i) los estándares son de cuatro tipos: 5, 10, 15 y 45 kilogramos, ii) la rotulación en alto relieve, para identificar a la

planta envasadora y iii) la adquisición solo por comodato, a través de un contrato con el envasador de su preferencia. Así, la propiedad de los cilindros en kilogramos fue determinada en cabeza de las empresas envasadoras¹⁵.

El Decreto Supremo 033-93-EM, norma que había aprobado el sistema de comercialización de cilindros para gas licuado de petróleo, determinó que, en cuanto a la propiedad de los cilindros en kilogramos, las empresas envasadoras y/o distribuidores autorizados entregarán en condición de uso a los usuarios los cilindros rotulados en kilogramos, contra la entrega de una garantía (coexistiendo con un régimen distinto al establecido para los cilindros en libras¹⁶).

Por otro lado, actualmente el artículo 45 del Reglamento reconoce que existen cilindros en kilogramos que son propiedad de las empresas envasadoras. Pero ¿podríamos concluir que son los únicos propietarios?¹⁷.

El artículo 49 del Reglamento excluye a terceras empresas de la posibilidad de envasar GLP en cilindros que no sean de su propiedad¹⁸. Su redacción contiene una presunción: que las empresas envasadoras son propietarias de los cilindros en kilogramos rotulados con su marca.

El artículo 50 del Reglamento considera que la distribuidora no adquiere en ningún momento del proceso de comercialización la propiedad sobre los cilindros. Por el contrario, la empresa envasadora debe facultar al distribuidor para que en su representación participe en el proceso de canjes de cilindros, para que continúe con el proceso de comercialización y distribución de GLP. En efecto, aun cuando el artículo 50 del Reglamento refiere en su primer párrafo que “los distribuidores en cilindros podrán expender directamente al público y en forma conjunta, cilindros pertenecientes a diversas empresas envasadoras” (entendiendo que la venta está referida “al intercambio de cilindros y comercialización del producto”, es decir, el GLP), en ningún momento del proceso de comercialización la empresa distribuidora será propietaria de los cilindros, por lo que tampoco puede otorgar en propiedad los mismos¹⁹.

Finalmente, el artículo 51 del Reglamento define el sentido de los artículos mencionados²⁰: los cilindros solo serán entregados en uso a los consumidores. Así, el Reglamento asignó la propiedad sobre los cilindros en kilogramos a las empresas envasadoras. Ello es posible mediante el contrato de comodato²¹, pues no se transfiere la propiedad

del cilindro, la que siempre permanecerá en cabeza de las empresas envasadoras. Esta afirmación es concordante con el Decreto Supremo 032-2002-EM, que aprobó el “Glosario, siglas y abreviaturas del subsector hidrocarburos”²².

Adicionalmente, el Reglamento establece que la empresa envasadora podrá solicitar al usuario una garantía en dinero por el préstamo del cilindro. El fundamento por el cual la empresa puede solicitar la garantía es porque ha retenido la propiedad y ha entregado solo la posesión del bien, quedando el consumidor obligado a su devolución. Así, a través de esta figura, se respalda el derecho de propiedad de la empresa envasadora, facilitando la comercialización de los cilindros.

En ese orden de ideas, una lectura sistemática²³ de los artículos 45, 49, 50 y 51 del Reglamento permite concluir que, en el caso de los cilindros en kilogramos, la empresa envasadora se obliga a entregar los cilindros a los usuarios en uso; y a estos a recibirlos solo en calidad de comodato. En otras palabras, si no existe transferencia de propiedad, no hay limitación alguna al supuesto derecho de propiedad de los consumidores²⁴.

Esta interpretación cambia la asignación de titularidad establecida en el Decreto Supremo 033-93-EM. No olvidemos que esta última norma consideraba propietario de los cilindros de gas a los consumidores además de las empresas envasadoras, situación sobreentendida en la norma actual, pero exclusivamente para los cilindros en libras.

Desde mi punto de vista, lo que subsiste es una falsa identificación entre rotulado y propiedad, siendo temas distintos.

En conclusión, si el consumidor no es propietario, simplemente celebra un contrato de compraventa (GLP) y opera un hecho jurídico (canje de cilindros)²⁵.

Por el contrario, si el Reglamento no hubiera regulado en absoluto el tema, la solución se hubiera hallado en la contractualización de la misma (propiedad). Esto es, en cada contrato las envasadoras hubieran cuidado de colocar que la propiedad del cilindro es exclusiva de estas (más claro si se coloca en el cuerpo del cilindro). Por supuesto, también cualquier envasador podría alejarse de dicha regla y transferir su propiedad²⁶.

“El derecho contractual, en definitiva, puede promover la eficiencia no solo proporcionando a las partes salvaguardias frente al incumplimiento, sino también diseñando sus normas dispositivas a partir del modelo del contrato perfecto”²⁷.

4.2 Pero ¿los consumidores podrían adquirir la propiedad de un cilindro en kilogramos?

Uno de los principales cuestionamientos que podríamos realizar al Reglamento es la poca difusión de información²⁸ a los consumidores sobre el funcionamiento del sistema de comercialización de GLP.

La información, sostiene Anthony Kronman, es el antídoto para el error; y ese debe ser un objetivo que la ley debe perseguir²⁹ (tal como se pretende con las normas de protección al consumidor).

Al igual como ocurrió en el caso *Rovic versus Elsa* (Expediente 010-2001-CCD), los antiguos propietarios de cilindros en libras han visto reemplazados dichos cilindros por otros de kilogramos sin que quede demostrado que efectivamente fueron informados sobre el cambio de titularidad (ya que un cilindro en kilogramos es propiedad de una empresa envasadora). En efecto, ante la carencia de información, dichos consumidores presumen, justificadamente, que son propietarios de los cilindros en kilogramos. El panorama se complica aún más si consideramos que hasta hoy en día (aunque en menor proporción que antes) recurren a otros establecimientos a comprar cilindros en kilogramos. Es decir, el consumidor asume que la costumbre en el sistema de comercialización en cilindros de GLP se mantiene tan igual como lo era antes de la vigencia del Reglamento.

Ejemplos son los procesos de Licitación Pública 0005-2005-MIMDES-PRONAA “Adquisición de Balones para Gas Licuado de Petróleo y Válvula de Seguridad” y la Menor Cuantía 0016-2005-MIMDES-PRONAA “Adquisición de Gas Licuado de Petróleo en Recipientes Portátiles”. En el primer proceso de selección obtuvo la buena pro la empresa Construcciones Metálicas Unión S. A. (fabricante de cilindros de gas), en el segundo las empresas Real Gas S. A. C. y N & A E. I. R. L. Mediante los referidos procesos el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (Mimdes) convocó a empresas comercializadoras para la “adquisición” de cilindros de GLP para el Programa Nacional de Asistencia Alimentaria (Pronaa). La finalidad de estas adquisiciones era entregar en propiedad a los comedores populares cocinas y cilindros con GLP y válvulas de seguridad.

Ante la falta de información adecuada, las partes celebran contratos que se hubieran hecho en términos diferentes, o simplemente no se hubieran celebrado. Este puede ser el caso de aquellos que por error i) intercambiaron cilindros de libras por los de kilogramos o ii) com-

praron cilindros en kilogramos (aún cuando el Reglamento impedía su venta).

En el procedimiento administrativo Carbonel *versus* Finantur, la Resolución 102-97-TDC, del 25 de abril de 1997, estableció el siguiente precedente de observancia obligatoria en torno al deber de información:

“1. Los proveedores tienen la obligación de poner a disposición de los consumidores toda la información relevante respecto a los términos y condiciones de los productos o servicios ofrecidos, de manera tal que aquella pueda ser conocida o conocible por un consumidor razonable usando su diligencia ordinaria. Para determinar qué prestaciones y características se incorporan a los términos y condiciones de una operación en caso de silencio de las partes o en caso de que no existan otros elementos de prueba que demuestren qué es lo que las partes acordaron realmente, se acudirá a las costumbres y usos comerciales, a las circunstancias que rodean la adquisición y a otros elementos que se consideren relevantes. En lo no previsto, se considerará que las partes acordaron que el bien o servicio resulta idóneo para los fines ordinarios por los cuales estos suelen adquirirse o contratarse según el nivel de expectativa que tendría un consumidor razonable.

2. La prueba de la existencia de una condición distinta a la normalmente previsible por un consumidor razonable dadas las circunstancias, corresponderá al beneficiado por dicha condición en la relación contractual. De esta manera, en caso que el consumidor alegue que el bien o servicio debe tener características superiores a las normalmente previsibles dadas las circunstancias, la carga de la prueba de dicha característica recaerá sobre aquel –es decir, corresponderá al consumidor probar que se le ofreció una promoción adicional o que se le ofrecieron características adicionales o extraordinarias a las normalmente previsibles–. Por el contrario, en caso que sea el proveedor el que alegase que el bien o servicio tiene características menores a las previsibles dadas las circunstancias, la carga de probar que tales fueron las condiciones del contrato recaerá en él –es decir, corresponderá al proveedor probar que ofreció condiciones menos beneficiosas a las que normalmente se podían esperar–”.

Este precedente establece que un proveedor puede cumplir su obligación de brindar información a los consumidores si la pone a disposición de los mismos, de manera que pueda ser “conocida o conocible por un consumidor razonable usando su diligencia ordinaria”. Obviamente

nada garantiza que el consumidor lea la información que le suministra un proveedor. No obstante, según ha considerado la Comisión de Protección al Consumidor³⁰, ello no exonera al proveedor de su obligación de poner la información a disposición del consumidor.

Así, existe cierta información mínima que, por su “relevancia” en las decisiones de consumo, debe ser puesta en conocimiento del consumidor³¹. Para determinar la relevancia de una información, es necesario atender a la posibilidad de que la omisión o revelación de dicha información hubiera podido cambiar la decisión del consumidor de adquirir o no el servicio o producto deseado. Dicha “información mínima” debe ser puesta en conocimiento del consumidor por mecanismos directos de comunicación³².

En ese orden de ideas, en un contexto en el que no se informa la limitación del Reglamento, bajo el ámbito de las normas de protección al consumidor, el comercializador o empresa envasadora debe acreditar si informó que la tradición efectuada se realizó en posesión. Esto resulta de suma importancia, porque de lo contrario la regla aplicable sería el artículo 912 del Código Civil³³.

En efecto, un consumidor puede alegar error o buena fe³⁴ o la aplicación de la doctrina de actos propios³⁵ al “adquirir” la propiedad del cilindro, sea de una empresa envasadora o local de venta. Como sostiene Puig Brutau, el fundamento de esta regla (nadie puede ir lícitamente contra sus propios actos) está muy estrechamente relacionado con la doctrina que exige dar protección jurídica a la buena fe manifestada en la confianza depositada en la apariencia³⁶.

“Quien ha dado lugar a la situación engañosa, aunque haya sido sin el deliberado propósito de inducir a error, no puede hacer que su derecho prevalezca por encima del derecho de quien ha depositado su confianza en aquella apariencia”³⁷.

Tanto la aplicación del error como del principio de buena fe suele ubicarse en una abstracción que resulta complicada de determinar para el juzgador. Por ello, resulta más sencillo colocar en cabeza del proveedor la carga de la prueba. Este último deberá acreditar que informó si la tradición efectuada se realizó en posesión.

Llegado a este nivel de análisis, podremos apreciar que subsiste un problema de aplicación de normas. Por un lado, tenemos las normas de hidrocarburos, cuyo nuevo régimen limitaba la transferencia en propiedad de los cilindros en kilogramos. En otras palabras, ningún consumidor podía ser propietario de los cilindros en kilogramos. Por

otro, tenemos las normas de protección al consumidor y el Código Civil (que, bajo esta última, podría adquirir la propiedad de estos).

Consideramos que la norma de protección al consumidor no es una norma que sirva para asignar la titularidad de una propiedad (y este es el problema de fondo), como sí lo hace el Código Civil y el Reglamento, pero tipifica las infracciones (de un proveedor) que son sujetas de sanción³⁸. A la larga, ni las medidas correctivas podrían asignar una titularidad que precisamente el Reglamento (una norma especial) se reservó.

En efecto, la norma de hidrocarburos prevalece sobre la de protección al consumidor e, inclusive, sobre el Código Civil. Si, como tenemos dicho, las normas de protección al consumidor no asignan titularidades, sino que determinan infracciones; el Código Civil las podría determinar (la titularidad de propiedad) si no existiera una norma especial que señalara lo contrario. En ese orden de ideas, los consumidores jamás recibirían en propiedad los cilindros en kilogramos.

Siendo así, a la pregunta ¿qué sucede con los ex propietarios de cilindros en libras cuyos cilindros fueron reemplazados por cilindros en kilogramos sin ser informados adecuadamente? He aquí dos posibles intentos de solución. El primero, al momento del canje entre un cilindro en libras por otro de kilogramos operó una permuta, por lo que simplemente aquel usuario es propietario del cilindro en kilogramos. El segundo, la nueva relación contractual (la que introdujo cilindros en kilogramos) hizo perder la propiedad sobre aquel cilindro en libras³⁹. Nosotros nos inclinamos por la segunda posibilidad.

Pero ¿qué sucede con los consumidores que compraron cilindros en kilogramos (aun cuando el Reglamento prohibía su venta)? Pues nunca adquirieron la propiedad porque la norma de hidrocarburos lo prohibía. Por tanto, aquellos contratos que lo posibilitaron eran nulos.

Más aún, sostener que los consumidores adquieren la propiedad de estos cilindros nos puede llevar al absurdo, pues si consideramos que los consumidores adquirieron en propiedad un cilindro de kilogramos de la empresa envasadora “X” y que luego son permutados a la empresa envasadora “Z”. Como consecuencia de la comercialización, las empresas envasadoras que ahora son “propietarias” de un cilindro que no lleva su rotulado (marca o nombre comercial) podrían cometer infracción a las normas de competencia desleal y de signos distintivos, lo que a la larga significa que no puedan envasar ni comercializar GLP. En efecto, esta situación generaría una afectación a la reputación mar-

caria y problemas de competencia desleal, salvo –claro está– que se impidiera ello (rellenar cilindros de terceros), pero nos preguntamos ¿qué clase de propiedad sería esta, de la que no puedo disponer?

Sin embargo, dicha afectación no sucedería por dos razones: i) el Reglamento establece la obligatoriedad de la intercambialidad entre empresas envasadoras (situación cuestionable si se considera que se adquirió en propiedad) y ii) las normas de propiedad industrial y competencia desleal lo impedirían.

Aún si una empresa envasadora recibiera en propiedad el cilindro de una tercera marca, el relleno del mismo estaría prohibido a la luz de las normas de signos distintivos y de competencia desleal, pues ello genera una afectación a la reputación empresarial. Por lo tanto, el Reglamento no agrega nada nuevo que la Ley de Propiedad Industrial y la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal no tienen regulado, en este caso prohibido (rellenar cilindros de terceros).

Sin embargo, no podemos perder de vista que ambas situaciones (adquisición originaria o sucesiva de cilindros en kilogramos) implican el análisis del error sustancial (dado que no se informó de un aspecto sustancial de la relación contractual) y de un imposible jurídico (dado que según el Reglamento solo es posible transferir en comodato un cilindro en kilogramos). En efecto, el primero es causal de anulación, y el segundo, de nulidad absoluta del contrato de compraventa.

Aunque, este tipo de controversias es de competencia de la Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi e inclusive del Poder Judicial (lo que meritariamente una “acción de clase”), nosotros nos inclinamos por considerar que dichos contratos (de transferencia en propiedad de los cilindros en kilogramos) son jurídicamente imposibles.

5 La propiedad y las barreras de acceso al mercado

En el caso *Aseeg versus* Ministerio de Energía y Minas (Expediente 0041-2005/CAM), la Comisión de Acceso al Mercado del Indecopi concluyó que “las disposiciones contenidas en los artículos 47, 48, 49, 51, 52 y 53 del Decreto Supremo 01-94-EM constituyen la imposición de barreras burocráticas ilegales, toda vez que limitan la disposición de la propiedad de las empresas envasadoras de GLP y los consumidores, sin que exista habilitación legal para tal efecto, lo cual implica una transgresión a las disposiciones legales que la Comisión tiene enco-

mandado tutelar y, particularmente, a los artículos 8 y 9 del Decreto Legislativo 757”.

Uno de los principales argumentos de la Asociación de Empresas Envasadoras de Gas (Aseeg) consistió en afirmar que el Reglamento atribuyó titularidades para los cilindros de GLP⁴⁰, restringiendo el derecho a la libertad de contratación de las empresas envasadoras y de los usuarios⁴¹. Considera que el Ministerio de Energía y Minas carece de la habilitación legal respectiva para realizar tal limitación. En otras palabras, la norma obligaba a mantener la propiedad de los cilindros de kilogramos en cabeza de las empresas envasadoras, impidiendo su transferencia.

El problema de las limitaciones al derecho de propiedad se resume en las siguientes consideraciones de la Comisión de Acceso al Mercado del Indecopi en el caso *Aseeg versus* Ministerio de Energía y Minas (Expediente 0041-2005/CAM):

“Respecto de dichas limitaciones, cabe indicar que al no haber sido establecidas por normas con rango de ley ni existir norma legal que habilite al ministerio para establecerlas vía reglamento, constituyen la imposición de barreras burocráticas ilegales que afectan el desarrollo de las actividades económicas de las empresas envasadoras y de los consumidores en el mercado en la medida que implican limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad que se tienen respecto de los cilindros.

En efecto, en el caso de los cilindros rotulados en kilogramos, al imponérsele a las empresas envasadoras que entreguen en uso los referidos cilindros a los consumidores impidiendo que sobre la base del derecho de propiedad y libertad de contratación contemplados en el Decreto Legislativo 757, estos puedan acordar si la entrega que se hace de los mismos es en uso o en propiedad, independientemente de la responsabilidad que pueda atribuir el ministerio por el mantenimiento y conservación del cilindro.

En el caso de los cilindros rotulados en libras, al impedir que las empresas envasadoras utilicen dichos cilindros cuando no se encuentren rotulados o pintados por ellas, pese a haber adquirido la propiedad de los mismos de los consumidores o usuarios o de otras empresas envasadoras⁴².

En el caso de los cilindros en libras, el Reglamento dispone el envase exclusivo de las empresas envasadoras que los hayan rotulado y pintado, no obstante que dichos cilindros permutan entre usuarios y

empresas envasadoras. Dado que en esta clase de cilindros la homogeneidad es más evidente, existe cierta limitación en torno a la disposición del bien. En efecto, para la Comisión de Acceso al Mercado del Indecopi, concluida la permuta, la empresa envasadora que recibió el cilindro en libras debiera considerarse propietaria del mismo⁴³. Situación similar ocurre en el caso de los cilindros en kilogramos. Considerando que solo la empresa envasadora sería propietaria, se evidenciaría una limitación a la posibilidad de venta de cilindros⁴⁴.

Sin embargo, la Comisión de Acceso al Mercado del Indecopi pierde de vista que en realidad dicha titularidad se encuentra limitada a partir de una regla de responsabilidad, al impedir envasar un cilindro rotulado por otra empresa envasadora⁴⁵.

A continuación se desarrollan dos líneas de interpretación en cuanto a las limitaciones al derecho de propiedad, pero debemos advertir desde ya que lo que importa es determinar son las razones por las que se concede una titularidad de inalienabilidad (lo que para la Comisión de Acceso al Mercado del Indecopi sería el análisis de la racionalidad de la medida impuesta).

5.1 Limitación al derecho de propiedad: la falta de habilitación legal expresa

Según nuestra Constitución, el derecho de propiedad es inviolable, debiéndose ejercer en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio⁴⁶.

La afirmación de la Comisión de Acceso al Mercado en el caso *Aseeg versus* Ministerio de Energía y Minas (Expediente 0041-2005/CAM) se apoya en el principio de que la propiedad es un derecho fundamental de segunda generación, y las limitaciones a las facultades que este contenga deben realizarse a partir de una ley en sentido formal.

Abundando en ello, la Aseeg consideró que “antes del Decreto Supremo 01-94-EM, cualquiera en el mercado podía disponer de dicho bien genérico, envasando y comercializando el GLP, en armonía con los estándares de calidad y seguridad vigentes. Ahora se ha creado una exclusividad a favor de los que primero rotularon los cilindros de GLP, sin que siquiera se haya controlado si realmente marcaron solo

la cantidad asignada por el ministerio, creando una barrera ilegal respecto de los envasadores concurrentes actuales y potenciales”.

Al parecer, la Comisión de Acceso al Mercado considera que la redacción contenida en el artículo 76 de la Ley Orgánica es una habilitación en blanco, ya que no referiría claramente a ningún tema relacionado con la propiedad de cilindros, cuando para este último tema se precisaba al menos una reserva de ley en caso de limitación, lo cual evidencia una alteración al objeto de reserva de ley⁴⁷.

“De ahí deriva la relevancia de estas cláusulas de remisión y su posibilidad de enjuiciamiento por el Tribunal Constitucional, pues las remisiones serán inconstitucionales cuando con ellas se venga a alterar la reserva confiriendo una habilitación en blanco o permitiendo cualquier regulación que por imperativo constitucional esté excluida de la potestad reglamentaria. A ello se refiere el Tribunal Constitucional cuando dice que la remisión es lícita, pero no puede hacer posible ‘una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley’ (Sentencia del Tribunal Constitucional 83/84, del 24 de julio). De ser así se estará permitiendo al reglamento lo que la Constitución no le permite, esto es, una regulación libre”⁴⁸.

Así, para la Comisión de Acceso al Mercado, lo dispuesto en el artículo 76 de la LOH no resulta suficiente⁴⁹.

5.2 Segunda línea de interpretación: no se requiere reserva de ley en sentido formal

Si bien es cierto que la Constitución refiere expresamente al derecho de propiedad y que su limitación solo puede realizarse por ley, nada establece respecto a las limitaciones a una de las facultades del derecho de propiedad. Por lo tanto, las interpretaciones en cuanto a la limitación de alguna facultad del derecho de propiedad pueden referir que se realice desde una ley en sentido material hasta de una en sentido formal⁵⁰. Al menos así parece entenderlo Jorge Avendaño, cuando señala que los límites de la propiedad son dos: el bien común y la ley (entendida en sentido amplio)⁵¹.

Esta posición parte por considerar que en doctrina administrativa la incidencia en el derecho de propiedad mantiene la siguiente clasificación: i) límites⁵², ii) limitaciones y iii) expropiación. Esta diferenciación tiene relación con la regulación de la propiedad en el plano constitucional. La interpretación sistemática de los artículos 70 y 72 de

la Constitución, que refieren a la afectación al derecho de propiedad, nos ayuda a comprender la finalidad de esta diferenciación.

En efecto, el artículo 70 de la Constitución regula dos temas distintos: i) la función social del derecho de propiedad (bien común), derecho que debe ejercerse dentro de los límites de ley, y ii) la expropiación.

“78. Cuando nuestra Constitución garantiza la inviolabilidad de la propiedad privada y señala que debe ser ejercida en armonía con el bien común y dentro de los límites legales, no hace más que referirse a la función social que el propio derecho de propiedad contiene en su contenido esencial.

79. Esta función social explica la doble dimensión del derecho de propiedad y determina que, además del compromiso del Estado de proteger la propiedad privada y las actuaciones legítimas que de ella se deriven, pueda exigir también un conjunto de deberes y obligaciones concernientes a su ejercicio, en atención a los intereses colectivos de la Nación”⁵³.

“Lo que denota la constitucionalización de la función social es que el interés individual no se encuentra protegido de una manera absoluta e incondicionada como acontecía en el orden liberal. Este se garantiza hasta un determinado punto: hasta el punto en que se haga incompatible con la realización del interés social y, por lo tanto, se convierta en un obstáculo a su efectiva consecución.

Por estas razones, entendemos que la recepción a nivel constitucional del principio de la función social no conlleva una disminución de la tutela ni pone en peligro la protección jurídica del interés individual del propietario. Pese a su profunda inspiración social, en la vigente Constitución el interés personal del titular de un derecho de propiedad se halla garantizado con mayor intensidad que en textos constitucionales precedentes”⁵⁴.

Por otro lado, el artículo 72 de la Constitución regula la restricción temporal sobre la mayor parte de facultades del derecho de propiedad por razones de seguridad nacional⁵⁵.

En ese orden de ideas, tanto la expropiación (artículo 70 de la Constitución) como la restricción (artículo 72 de la Constitución) vacían de contenido y de interés al derecho de propiedad, reduciendo aquel en sentido estricto. El primero porque lo anula completamente y el segundo porque lo hace (restringe) temporalmente. De allí que sea necesario una ley en sentido formal.

Sin embargo, para el caso de límites dentro del marco de “la función social del derecho de propiedad” se relativiza la reserva de ley, bastando una en sentido material.

“La concreta articulación jurídico-técnica de la función social es cuestión, por tanto, entregada al legislador. La función social puede materializarse en simples limitaciones negativas del contenido de un derecho, del que se extraen facultades –que, en consecuencia, no se atribuyen al propietario–, como, por ejemplo, la prohibición de construir edificaciones destinadas a residencia o de instalar carteles de publicidad en la zona de la servidumbre de protección de la ribera del mar [artículo 25 de la Ley de Costas; STC 149/1991, del 4 de julio, FJ 8 a)], la prohibición para el propietario de extinguir el contrato de arrendamiento de un inmueble destinado a vivienda llegado el día del vencimiento pactado (STC 89/1994, del 17 de abril, en especial, FJ 5), o la de destinar una finca a cualquier aprovechamiento incompatible con una rigurosa protección medioambiental (STC 170/1989, del 19 de octubre, FJ 8)”.

El argumento aquí desarrollado tiene en cuenta el significado del contenido esencial del derecho de propiedad, no tanto como una suma, sino como una síntesis de facultades.

“Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación que son necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así”⁵⁶.

Cuando se rebasa o desconoce el contenido esencial, el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección. Si la limitación al derecho de propiedad va tan lejos que los particulares no puedan de ninguna manera lograr la realización práctica de sus intereses jurídicamente protegidos por el Derecho, sin duda se habrá vulnerado el contenido esencial de la propiedad privada, incurriendo, por tanto, en inconstitucionalidad. No es concebible que respecto de una cosa que es mía me sea negada la posibilidad de emplearla de modo útil. Y justamente, la utilidad del cilindro es contener el GLP, transportarlo y brindarlo al consumidor.

“Las limitaciones y restricciones establecidas en interés público existen necesariamente por el solo hecho de la coexistencia de propiedades en una comunidad, pues la seguridad y el bienestar de esta

no pueden ser disminuidos por el uso que se haga de esas propiedades. Si las limitaciones no se consideran sacrificios de derecho de propiedad sino ‘condiciones’ de su ejercicio, lógicamente es así porque esta categoría de limitaciones existen con independencia de toda ley o convención que lo disponga, si bien de acuerdo con una regulación administrativa⁵⁷.

Por otro lado, fíjese que en nuestro caso el objetivo no es precisamente regular la propiedad de un modo directo, sino que a causa de razones de seguridad y de eficiencia económica, estas se reflejan en el ámbito de la propiedad. En realidad, se trata de una ley (decreto supremo) que, además de tal, justifica su intervención en una función social del derecho de propiedad. Fíjese que la propiedad del cilindro de GLP se convierte en un problema secundario frente a un interés (general) más esencial: el suministro de energía. En efecto, al envasador no se le niega la transferencia de propiedad de los cilindros para GLP. De hecho, si alguna vez se transfiere la empresa, el nuevo propietario de esta también lo será de los cilindros, también podrá transferirlos a una tercera empresa [...] lo que está prohibido es que transfiera la propiedad a un consumidor. Así, lo que eventualmente debió cuestionar la Comisión no era precisamente la reserva de ley, sino si existía o no ese interés general.

“[...] pero cuando la regulación de ese ejercicio constituya una delimitación del contenido del derecho dominical por razón de las exigencias sociales, el artículo 33.2 CE abre las puertas a la normativa de rango infralegal para que esta pueda disciplinar aspectos puntuales en la concreción del principio constitucional de la función social, de acuerdo con los parámetros previamente fijados en las leyes. La consecuencia sería que las normas de rango inferior a la ley no tendrían cabida cuando se regulase el ejercicio del derecho de propiedad mediante la imposición de límites cuya meta sea la realización de intereses privados o de intereses públicos no necesariamente identificables con el interés social⁵⁸.”

Consideramos que aquellas limitaciones que vacían de contenido el derecho de propiedad son las que requieren de una ley en sentido formal. Aquellas relacionadas al bien común o bienestar social no requerirán de ley en sentido formal o reserva de ley.

En conclusión, una limitación como la establecida en el Reglamento no vacía de contenido o interés al derecho de propiedad, pues este seguirá respondiendo al mismo interés comercial para el que es

fabricado el cilindro: contener y transportar el GLP, identificar al envasador, proveer energía.

Por ello, cuando el artículo 923 del Código Civil refiere que la propiedad debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley (un decreto supremo), implícitamente comprende a la ley en sentido material (y no solamente en sentido formal).

El Reglamento frente a la Constitución y el LOH no es sino un instrumento colaborador. Una disposición como la contenida en la Constitución no requiere de una norma habilitadora (porque la Constitución ya lo es).

Esto es lo que justamente ocurrió con la emisión del Reglamento, pues no se limitó a ejecutar un mandato, sino que, como todo Reglamento, colabora con el parlamento en la tarea de “legislar” (o, mejor, establecer el marco normativo). Tal colaboración viene especialmente predeterminada en algunos supuestos en los que la pormenorización del texto legal es mayor, mientras que en otros casos bastará una simple habilitación, e incluso no será precisa la habilitación (esto en el caso de los llamados reglamentos independientes). Así lo podemos apreciar en el TUO de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, Decreto Supremo 042-2005-EM:

“Transporte, distribución y comercialización de productos

Artículo 76.- El transporte, la distribución mayorista y minorista y la comercialización de los productos derivados de los hidrocarburos se regirán por las normas que apruebe el Ministerio de Energía y Minas; dichas normas deberán contener mecanismos que satisfagan el abastecimiento del mercado interno”.

En conclusión, la Administración Pública no tiene un derecho subjetivo en cuya virtud limita o restringe la propiedad, sino que es el derecho de propiedad el que ya admite de antemano la restricción; y, por eso, ya sea la restricción una limitación impuesta por razón del ejercicio del poder de policía, ya sea por la gestión del interés social, la obligación del propietario consiste en admitir tal limitación.

5.3 El cilindro para GLP: un bien inalienable

Todo lo desarrollado hasta aquí no responde aún las razones por las que se declara inalienable un cilindro para GLP, que de pronto puede hallarse en el análisis económico del derecho.

“Desde la óptica del principio de eficiencia, una regla de inalienabilidad puede justificarse como el mecanismo más eficiente, bajo ciertas condiciones, para evitar transacciones ineficientes, bien en relación con las partes, bien en relación con terceros (Rose-Ackerman, 1985: 938-940, 969; Epstein, 1985). Una transacción sería ineficiente entre las partes cuando al menos una de ellas no haya estado en condiciones de reconocer y hacer valer sus auténticas preferencias –ya sea por deficiencias cognitivas, ya porque su voluntad se ha visto constreñida–, de manera que haya prestado su consentimiento a un intercambio respecto del cual no es cierto (ni tan siquiera *ex ante*) que mejore la situación de al menos una de las partes y no empeore la de ninguna de ellas. Una transacción sería ineficiente en relación con terceros cuando, aun siendo eficiente entre las partes, produzca externalidades negativas (de modo que no sea cierto que la transacción no empeora la situación de nadie)”⁵⁹.

La pregunta que subsiste es ¿en cabeza de quién se desgasta el cilindro? Si es en cabeza del consumidor, la conclusión es que llegará el año X en que el consumidor ya no ejerce propiedad sobre ningún cilindro. Y precisamente ese será el momento en que, al menos teóricamente, solo existirán cilindros para GLP en kilogramos. En efecto, un bien no puede perdurar para siempre, tiene un límite de vida. Por tanto, si el consumidor es propietario de un cilindro, a la larga la propiedad se perderá en cabeza de este. Pero si este cilindro entra al circuito de la intercambiabilidad, sucederá que nunca perderá la propiedad, algo absolutamente absurdo.

Más aún, si se transfiriera la propiedad del cilindro, y el consumidor lo intercambiara con cualquiera de otra marca (en cuyo caso ocurriría una permuta), la envasadora que recibe el cilindro asume el riesgo de la calidad del mismo.

La otra razón es el cuidado de la reputación de la marca. En efecto, si la envasadora no transfiere la propiedad, solo esta podrá explotar dicho bien (tal como sucedió en el caso *Rovic versus Elsa*).

Finalmente, recordemos que la inalienabilidad está referida frente a una relación con el consumidor.

6 Las limitaciones a la libertad contractual

Relacionado con el punto anterior, aparece el tema de la limitación a la libertad contractual, ya que –según la Aseeg– se impuso a las empresas

envasadoras la figura del comodato para que opere el sistema de comercialización de cilindros para GLP. En realidad, esta forma contractual no es sino consecuencia de la declaración de un bien como inalienable (limitación a la transferencia de propiedad), pues ¿de qué otro modo se podría transferir la posesión sin perder la propiedad del cilindro en kilogramos?

La autonomía privada contractual se expresa a través de dos libertades: la libertad de contratar y la libertad contractual. La primera referida a la capacidad de elegir con quién se contrata. Como señalamos, el único con quien no puede celebrar un contrato de compraventa es con el consumidor. La última sometida a la tipificación contractual prevista por el legislador y regulada por las normas jurídicas imperativas que se deben tomar en cuenta al momento de llevarse a cabo el acto jurídico. Así, el cilindro para GLP sería un bien fuera del comercio de los hombres⁶⁰.

Nuestro Código Civil considera que la autonomía de la voluntad es un poder conferido por el ordenamiento jurídico y, por lo tanto, limitable por parte de un acto de decisión del Estado. En efecto, los artículos V del Título Preliminar 1354, 1355 y 1356 prueban que la autonomía de la voluntad es un poder limitado⁶¹, normas que interesan al orden público y a las buenas costumbres.

Así, en el presente caso solamente encontramos limitada la libertad contractual, mas no a la libertad de contratar. La limitación es al contenido de los contratos, los cuales pueden ser establecidos de manera libre por las partes, siempre que no rebasen determinados límites, como las normas de carácter imperativo⁶².

“Aprecia acertadamente De la Puente y Lavalle que el contrato ha dejado de ser obra exclusiva de los particulares para convertirse en el producto de la acción conjunta de ellos y del Estado, con miras a obtener la satisfacción de necesidades comunes. La vida moderna pone cada vez más de manifiesto que es indispensable la colaboración de unos y otros para conjugar sus respectivos intereses, pues si bien corresponde a los particulares establecer entre sí relaciones jurídicas, corresponde también al Estado velar por que tales relaciones se encuentren dentro del marco del orden social, desde que el contrato es actualmente un fenómeno social y no exclusivamente individual”⁶³.

En ese orden de ideas, la forma contractual adoptada está en función de los objetivos de la función social del derecho de propiedad sobre los cilindros para GLP. Esta última modula el contenido de la

libertad contractual, en función al interés social. En otras palabras, es su correlato.

NOTAS

- 1 Decreto Supremo 020-91-EM-VME, que aprobó el Reglamento para la Comercialización y Transporte de Gas Licuado de Petróleo.-
 “Artículo 30.- El peso neto de GLP contenido en los cilindros tipos ‘A’ y ‘B’ será el establecido por la Norma Itintec correspondiente; a la fecha de promulgación del presente Reglamento este peso está señalado en 10.886 gramos (24 libras) y 45.359 gramos (100 libras), respectivamente”.

- 2 Parte de esta distribución fue así:

Cía. Peruana de Gas	38,71%	1.161.300 cilindros
Lima Gas S. A.	17,37%	521.100 cilindros
Flama Gas S. A.	4,36%	130.800 cilindros
Llama Gas S. A.	3,69%	110.700 cilindros

- 3 En efecto, mediante Resolución Ministerial 084-91-ICTI-IND, del 18 de marzo de 1991, el Ministerio de Industria, Comercio Interior, Turismo e Integración aprobó la lista de Normas Técnicas Nacionales Obligatorias, aplicables a la producción nacional o a las mercaderías importadas.

Por otro lado, mediante Resolución Directoral 179-96-EM-DGH, se declaró de carácter obligatorio el cumplimiento de las Normas Técnicas Peruanas NTP 350.074-1:1995, NTP350.074-4:1995, NTP350.074-3:1995, NTP350.074-4:1995, NTP350.074-5:1995, NTP360.009-1:1995, NTP360.009-2:1995, NTP360.009-1:1995, NTP360.009-3:1995, NTP360.009-4:1995 y NTP360.009-5:1995, para todas las empresas envasadoras y comercializadoras de gas licuado de petróleo (GLP), de conformidad con lo establecido en el Reglamento para la Comercialización de Gas Licuado de Petróleo, aprobado por Decreto Supremo 01-94-EM, la Resolución 024-95-INDECOPI/CNM. Además, existen otras versiones de las NTP aplicables a la comercialización de cilindros para GLP: NTP 350.011-1:2004, NTP 350.011-2:1995.

Por lo tanto, antes de la vigencia del Reglamento, la aplicación de las referidas NTP era obligatoria.

- 4 Existe también la categoría de marcas tridimensionales, como sería el caso del registro de una botella o un cilindro para GLP, pero –para que ello ocurra– dicho elemento debe ser original. El cilindro que todos conocemos es un envase genérico, por lo que es remota su inscripción como marca. En todos estos casos es competente la Dirección de Signos Distintivos del Indecopi.

- 5 Decreto Supremo 032-2002-EM, que aprobó el Glosario, Siglas y Abreviaturas del Subsector Hidrocarburos.-

“Cilindro para GLP.- Envase portátil especial de acero, fabricado para contener el GLP y que, por su forma, peso y medidas, facilita su manipuleo, transporte e instalación. También se le denomina balón.

Cilindro (balón) rotulado.- Envase portátil de acero con rotulado de identificación de la empresa envasadora del cilindro, usado en la comercialización de GLP.

Cilindro (balón) rotulado en kilogramos.- Aquel de cinco (5), diez (10), quince (15) y cuarenta y cinco (45) kilogramos de capacidad, rotulado en alto relieve en el cuerpo y fabricado según norma técnica vigente, que se usa en la comercialización de GLP y que es de propiedad de una empresa envasadora.

Cilindro (balón) rotulado en libras.- Aquel de 24 y 100 libras de capacidad, existente en el mercado para la comercialización de GLP.

Cilindros sin rotular.- Envases portátiles GLP, de acero, de 24 y 100 libras de capacidad existentes en el mercado, y sin rotulado en alto relieve que permita su identificación”.

- 6 Luis Diez Picaso, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, segunda edición, Madrid, Tecnos, 1986.

- 7 “La fungibilidad es, pues, una relación de equivalencia entre dos cosas, en virtud de la cual una de ellas puede llenar la misma función liberatoria que la otra”.

Rafael Rojina Villegas, *Derecho Civil Mexicano*, México D. F.: Porrúa, 1985, p. 271.

- 8 “En 2012, un único cargador para los celulares. Sábado 4 de abril de 2009.

Barcelona (AP).- La asociación de la industria del celular, GSMA, anunció un acuerdo entre 17 operadores de telefonía e importantes fabricantes de móviles para que, en el 2012, la mayoría de los equipos cuenten con un cargador de batería universal.

De esa manera, sin que importe el tipo de marca de teléfono celular que se adquiera, los cargadores de batería serán intercambiables. El estándar adoptado utilizará la interfaz USB y consumirán alrededor de un 50 por ciento menos de energía.

Estiman que la fabricación y transporte de reemplazos de cargadores de batería representa un volumen anual de entre 13,6 y 21,8 millones de toneladas, con su consiguiente impacto en el medio ambiente. Asimismo, cuando caen en desuso genera en la actualidad 51 mil toneladas de basura al año.

Rob Conway, director general de GSMA, informó que el programa ‘es un paso importante que puede conducir a grandes ahorros en los recursos, sin mencionar la conveniencia a los consumidores’.

‘La industria del teléfono celular tiene un papel muy importante para lidiar con temas del medio ambiente’, dijo.

El grupo inicial de empresas que se han unido a la iniciativa de GSMA incluye a AT&T, KTF, LG, Mobilkom de Austria, Motorola, Nokia, Orange, Qualcomm, Samsung, Sony Ericsson, Telecom Italia, Telefonica, Telenor, Telstra, T-Mobile y Vodafone. Apple, creadora del iPhone, evito sumarse al proyecto, por el momento”.

(En www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1100709).

- 9 Decreto Supremo 016-92-EM, que aprobó que la comercialización de los cilindros para gas licuado de petróleo será exclusivamente a través de las empresas envasadoras y/o distribuidores autorizados, a partir del 1 de marzo de 1993°.-

“Artículo 6.- En el departamento de Lima y en la Provincia Constitucional del Callao, la Dirección General de Defensa al Consumidor del Ministerio de Industria, Comercio Interior, Turismo e Integración y en el resto de la República, los gobiernos regionales serán los encargados de hacer cumplir la destrucción de los cilindros de 24 y 100 libras, contando para ello con el apoyo del Ministerio Público y de la Policía Nacional.

Artículo 7.- Las plantas envasadoras, bajo ninguna circunstancia, podrán envasar sus productos en cilindros que no sean de su propiedad o en aquellos rotulados por otro envasador”.

° Derogado por la Primera Disposición Final del Decreto Supremo 033-93-EM, publicado el 11 de agosto de 1993.

- 10 Aprueban el Sistema de Comercialización de Cilindros para Gas Licuado de Petróleo, publicado el 11 de agosto de 1993 en el Diario Oficial *El Peruano*.

- 11 “El estudio y el análisis de los documentos y, en su caso, de los testimonios relativos a los trabajos de preparación y las exposiciones de motivos pueden proporcionar para ello datos de inestimable valor. Del mismo modo, los antecedentes –los textos anteriores, las leyes anteriores– podrán esclarecer la voluntad que ha guiado la ley posterior, calibrando en qué medida el legislador se mantuvo fiel a tales precedentes o trató de desviarse de ellos o de modificarlos”.

Luis Diez Picazo, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Madrid: Barcelona, 1982, pp. 248-249.

- 12 Decreto Supremo 01-94-EM, publicado el 11 de enero de 1994 en el Diario Oficial *El Peruano*.

- 13 Ernesto Clemente Wayar, *Compraventa y permuta*, Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1984, p. 61.

- 14 El problema derivado del reemplazo de cilindros en libras por cilindros en kilogramos será tratado más adelante.

15 Decreto Supremo 016-92-EM*.-

“Artículo 2.- [...]

Los estándares de los envases se establecen en cuatro tipos: 5, 10, 15 y 45 kilogramos, conforme a los estándares internacionales y adecuarlos al sistema métrico decimal. Necesariamente los envases deberán ser rotulados en alto relieve que permita identificar a la planta envasadora.

Artículo 4.- A partir del 1 de marzo de 1993, los usuarios de gas licuado de petróleo solo podrán adquirir los envases correspondientes en condición de comodato, a través de un contrato con el envasador de su preferencia.

Artículo 7.- Las plantas envasadoras, bajo ninguna circunstancia, podrán envasar sus productos en cilindros que no sean de su propiedad o en aquellos rotulados por otro envasador.

El incumplimiento de esta disposición será sancionado con una multa equivalente al valor de diez (10) unidades impositivas tributarias (UIT) y la reincidencia será sancionada con el cierre de la planta”.

* Derogado por la Primera Disposición Final del Decreto Supremo 033-93-EM, publicado el 11 de agosto de 1993.

16 Decreto Supremo 033-93-EM, Aprueban el Sistema de Comercialización de Cilindros para Gas Licuado de Petróleo.-

“Artículo 15.- Las empresas envasadoras y/o distribuidores autorizados entregarán en condición de uso a los usuarios los cilindros rotulados en kilos. Para este efecto, la empresa podrá exigir una garantía en dinero de acuerdo con el costo de reposición del cilindro o cilindros de que se trate, otorgando un certificado que acredite la garantía recibida la fecha y otras condiciones que estime conveniente. La garantía en mención es intransferible.

En cualquier caso, el usuario podrá solicitar de la empresa envasadora y/o distribuidor autorizado, la devolución de la garantía, contra entrega del cilindro y del certificado correspondiente”.

17 Decreto Supremo 01-94-EM.-

“Artículo 45.- Las empresas envasadoras son responsables de mantener los cilindros de su propiedad y los cilindros rotulados con su signo, de conformidad con los dispuesto por el artículo 47 del presente Reglamento, en condiciones permanentes de seguridad para los usuarios, ajustándose a los reglamentos de seguridad y normas técnicas que regulan esta materia”.

18 Decreto Supremo 01-94-EM.-

“Artículo 49.- Las empresas envasadoras no podrán envasar GLP en cilindros rotulados en kilogramos que no sean de su propiedad, o en cilindros rotulados en libras que tengan la marca o signo distintivo y color identificatorio de otra empresa envasadora, a menos que exista un acuerdo contractual de corres-

pensabilidad entre las envasadoras y sea puesto previamente en conocimiento de la DGH”.

- 19 Decreto Supremo 01-94-EM.-

“Artículo 50.- [...]”

En relación con los cilindros de su propiedad, cada empresa envasadora deberá autorizar a los distribuidores en cilindros, para ejecutar, en su representación y con poder suficiente, los actos y gestiones referidos al intercambio de cilindros y comercialización del producto”.

- 20 Decreto Supremo 01-94-EM.-

“Artículo 51.- [...]”

Las empresas envasadoras entregarán en condición de uso a los usuarios, los cilindros rotulados en kilogramos. Para este efecto, la empresa podrá solicitar una garantía en dinero no superior al costo de reposición del cilindro o cilindros de que se trate, otorgando un certificado que acredite la garantía recibida, la fecha y otras condiciones que estime conveniente. [...]”.

- 21 Código Civil.-

“Artículo 1728.- Por el comodato, el comodante se obliga a entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible, para que lo use por cierto tiempo o para cierto fin y luego lo devuelva”.

- 22 Decreto Supremo 032-2002-EM.- Glosario, Siglas y Abreviaturas del Subsector Hidrocarburos.-

“Cilindro (balón) rotulado en kilogramos.- Aquel de cinco (5), diez (10), quince (15) y cuarenta y cinco (45) kilogramos de capacidad, rotulado en alto relieve en el cuerpo y fabricado según norma técnica vigente, que se usa en la comercialización de GLP y que es de propiedad de una empresa envasadora”.

- 23 Este método toma un artículo bajo interpretación y lo compara con otro que aclara su significado. Podemos decir que el método sistemático por comparación con otras normas consiste en extender a la norma bajo interpretación los principios o conceptos que fluyen claramente del contenido de otras normas, y que, en la interpretada, no son ostensibles.

Marcial Rubio Correa, *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, pp. 267 y ss.

- 24 Este criterio encuentra respaldo en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el caso *Rovic versus Indecopi* (Expediente 3315-2004-AA-TC, del 17 de enero de 2005).-

“Para arribar a dicha conclusión, este colegiado asume que son los consumidores de un producto quienes, tras haberlos adquirido libremente en el tráfico comercial, se convierten en propietarios absolutos del envase o recipiente que lo contenía y, por lo tanto, son los únicos que pueden decidir acerca de la utilidad

que le otorgan o el destino que le imponen dentro o fuera del mismo tráfico comercial en el que lo adquieran, resultando inadmisibles en dicho contexto que, por intereses comerciales que no son de su incumbencia, se pretenda privarlos de una libertad tan elemental como es la libre disposición de su propiedad”.

- 25 En efecto, en sentido estricto, la finalidad de la tradición es la transferencia de propiedad, en sentido lato significa una mera transferencia de posesión. Por ello, si quien realiza la tradición no es propietario, “no hay más que transmisión en posesión”.

Clemente de Diego, *Instituciones del Derecho Civil español*, Madrid: Librería de Victoriano Suárez, 1941, p. 358.

- 26 En el caso *Rovic versus Elsa* (Expediente 010-2001-CCD), Rovic sostuvo que Elsa indujo a error al consumidor al omitir advertirle que al hacer entrega del envase con la inscripción de su propiedad recibiría a cambio uno en préstamo, y al no informar adecuadamente a los consumidores acerca de la existencia de restricciones en el uso que podían dar a los envases. En el cuerpo del envase constaba el siguiente rotulado:

“Envase exclusivamente para almacenar agua San Antonio, no introducir otro líquido. Este bidón es de propiedad y diseño de Embotelladora Latinoamericana S. A. (Elsa)”.

En el mismo sentido, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi consideró que las empresas tienen el derecho a imponer restricciones al uso que se puede dar a sus productos, con el objeto de proteger sus inversiones y evitar que se pueda dar un uso inadecuado a los mismos. Ello siempre que dichas restricciones sean informadas adecuadamente a los consumidores. Preciso que la decisión de Elsa de someter el uso de sus productos a restricciones a ser cumplidas por los adquirentes no constituye un acto de competencia desleal.

- 27 Juan Carlos Bayón, “Eficiencia e inalienabilidad Doxa”, en *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nros. 15-16, 1994, p. 976.

- 28 Podemos definir a la información como un bien, en cuanto tiene un valor económico determinado por las circunstancias y por la utilidad que tiene para los particulares. La información no consiste solo en datos sobre los productos o servicios que se comercializan en el mercado, sino que es un bien, que, como cualquier otro, va a generar costos y beneficios a quienes se quieran servir de ella.

Alfredo Bullard González, “La asimetría de información en la contratación a propósito del dolo omisivo”, en *Contratación contemporánea: teoría general y principios*, 2000, pp. 287-324.

- 29 Anthony T. Error Kronman, “Deber de revelar información y Derecho de Contratos”, en *Themis*, nro. 49, p. 114.

30 Caso Sebastián Sánchez Sánchez *versus* Banco Continental. Resolución Final 017-2001-CPC, Expediente 528-2000/CPC.

31 Así también parece entenderlo el Tribunal Constitucional.-

“31. De acuerdo con lo establecido por el artículo 65 de la Constitución, el Estado mantiene con los consumidores o usuarios dos obligaciones genéricas; a saber:

a) Garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que estén a su disposición en el mercado. Ello implica la consignación de datos veraces, suficientes, apropiados y fácilmente accesibles.

b) Vela por la salud y la seguridad de las personas su condición de consumidoras o usuarias”.

Acción de inconstitucionalidad interpuesta por Roberto Nesta Brero, en representación de 5.728 ciudadanos, contra el artículo 4 del Decreto de Urgencia 140-2001, Expediente 0008-2003-AI-TC.

32 En el caso *Rovic versus Elsa* (Expediente 010-2001- CCD) la Sala de Competencia del Tribunal del Indecopi consideró que si bien Elsa incluyó una indicación respecto a la referida restricción en los bidones de agua San Antonio, sin embargo, dicha información fue consignada en la base de los bidones, en letras inscritas en alto relieve en el mismo envase, que eran del mismo color y material que el recipiente. Así, teniendo en cuenta que el envase se encuentra lleno de agua antes de ser entregado al consumidor, resultaba difícil que el consumidor pudiera leer dicha indicación antes de adquirir el bidón, debido a la dificultad para manipular un recipiente con 20 litros de agua y que la inscripción no fue destacada debidamente, pese a tratarse de una restricción al uso que un consumidor razonable esperaría poder dar al bidón. En ese orden de ideas, la Sala consideró que Elsa no puso la información referida al alcance de los consumidores, los que difícilmente podrían tomar conocimiento de ella antes de adquirir los nuevos bidones de agua San Antonio, por lo que resultaba responsable por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, en la medida que no informó adecuadamente a los consumidores acerca de la existencia de restricciones en el uso que podían dar a los bidones de agua que comercializa, práctica que puede inducir a error a los consumidores al adquirir dicho producto.

33 Código Civil.-

“Artículo 912.- Presunción de propiedad.- El poseedor es reputado propietario, mientras no se pruebe lo contrario. Esta presunción no puede oponerla el poseedor inmediato al poseedor mediato. Tampoco puede oponerse al propietario con derecho inscrito”.

- 34 “Cuando la conducta de una persona descansa en la valoración racional de los actos ajenos, la buena fe exige que estos sean considerados como una base firme de la conducta de quien depositó en ellos su confianza. Las consecuencias de la conducta que sirve de base a la confianza no pueden alterarse al arbitrio de quien sea el autor de los actos constitutivos de aquella conducta”.

José Puig Brutau, *Estudios de Derecho Comparado. La doctrina de los actos propios*, Barcelona: Ediciones Ariel, 1951, p. 115.

En nuestro medio está reconocido legalmente en el Código Civil, más aún en el artículo 1362.

- 35 “En un sentido técnico, con el nombre de *estoppel* se conoce aquella doctrina según la cual, dentro de un proceso, una persona está impedida para hacer una alegación –aunque sea cierta– que esté en contradicción con el sentido objetivo de su anterior declaración o de su anterior conducta.

El *estoppel* forma parte de las llamadas *rules of evidence*: una persona que ha establecido de alguna manera la verdad sobre algo está vinculada, consciente o inconscientemente, a seguir en el proceso unas determinadas reglas de prueba (*rules of evidence*). El *estoppel* es una de estas reglas e impide que una persona, en el curso de un proceso, alegue y pruebe la falsedad de algo que ella misma ha representado, con sus palabras o con su conducta, como verdadero. [...] una persona no puede serle permitido negar un estado de hecho que ella ha establecido como verdadero, expresamente por medio de palabras o implícitamente a través de su conducta, en algún momento anterior”.

Luis Díez Picazo, *La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1963, pp. 62-63.

- 36 “Los supuestos típicos de aplicabilidad de la doctrina de los propios actos pueden ser clasificados en los siguientes grupos:

[...]

2. Pretensiones dirigidas a obtener la ineficacia (nulidad, rescisión, etcétera) de actos o negocios jurídicos, previamente respetados a pesar de su irregularidad (convalidados, confirmados, ratificados)”.

Luis Díez Picazo, ob. cit., p. 123.

- 37 José Puig Brutau, ob. cit., pp. 102-103.

- 38 Más aún si es un sector del mercado desregulado, resultan aplicables a los actos de comercialización las normas contenidas en el Código Civil y en la Ley de Protección al Consumidor. En efecto, el Código Civil es la norma general que regula el sistema de propiedad de los bienes muebles e inmuebles. Por su lado, la Ley de Protección al Consumidor es la norma general que regula las relaciones de consumo, entre un consumidor final y todas las personas, naturales o

jurídicas, de derecho público o privado, que se dediquen en establecimientos abiertos al público, o en forma habitual, a la producción o comercialización de bienes o la prestación de servicios en el territorio nacional. Así, dentro del ámbito de aplicación del Código Civil se aplican las siguientes consecuencias jurídicas, entre otras establecidas al régimen de la propiedad mueble:

- El poseedor es reputado propietario, mientras no se pruebe lo contrario (artículo 912 del Código Civil).
- La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley (artículo 923 del Código Civil).
- Las restricciones legales de la propiedad establecidas por causa de necesidad y utilidad públicas o de interés social no pueden modificarse ni suprimirse por acto jurídico (artículo 925 del Código Civil).
- La transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente (artículo 947 del Código Civil).
- Quien de buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de una cosa mueble, adquiere el dominio, aunque el enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo. Se exceptúan de esta regla los bienes perdidos y los adquiridos con infracción de la ley penal (artículo 948 del Código Civil). Según el Decreto Legislativo 716, Ley de Protección al Consumidor, se aplican los siguientes criterios:
 - El proveedor está obligado a consignar en forma veraz, suficiente, apropiada, muy fácilmente accesible al consumidor o usuario, la información sobre los productos y servicios ofertados. Tratándose de productos destinados a la alimentación y la salud de las personas, esta obligación se extiende a informar sobre sus ingredientes y componentes.
 - Está prohibida toda información o presentación que induzca al consumidor a error respecto a la naturaleza, origen, modo de fabricación, componentes, usos, volumen, peso, medidas, precios, forma de empleo, características, propiedades, idoneidad, cantidad, calidad o cualquier otro dato de los productos o servicios ofrecidos (artículo 15).
 - Los proveedores están obligados a cumplir con las normas de seguridad, calidad y rotulado del producto o servicio, en lo que corresponda (artículo 7).
 - Los proveedores son responsables, además, por la idoneidad y calidad de los productos y servicios; por la autenticidad de las marcas y leyendas que exhiben los productos; por la veracidad de la propaganda comercial de los productos; y por el contenido y la vida útil del producto indicados en el envase, en lo que corresponde (artículo 8).

- 39 Aquí podría operar un criterio de equidad: al ex propietario debiera compensársele por su pérdida. La idea de causalidad probabilística podría aportar a esta perspectiva. Ello implica cambiar la idea de nexo causal y la idea de daño. El daño no sería la producción del accidente sino el incremento probabilístico de que se presente un daño cierto por efecto del desarrollo de una determinada actividad. La compensación estaría en función de la participación en el mercado.
- 40 La Aseeg sostuvo que “vía decreto supremo (Decreto Supremo 01-94-EM) se ha atribuido ‘titularidades’ (derecho de propiedad) respecto a los cilindros de GLP comercializados en el mercado de diversos envasadores (entre estos, nuestros asociados), sin que haya mediado para ello ninguna disposición constitucional a través de la cual se haya conferido al Ministerio de Energía y Minas (en adelante, MEM) dicha potestad, vulnerándose los derechos de propiedad de las empresas envasadoras y de los propios consumidores (barrera burocrática ilegal)”.

Al respecto, el MEM sostuvo que, “mediante el referido Reglamento, no se han atribuido titularidades o derechos de propiedad, sino que se ha designado la responsabilidad que tendrían las empresas envasadoras respecto del mantenimiento, seguridad, conservación, reparación, destrucción e intercambio de los cilindros de GLP, lo cual se desprende del artículo 47 del Reglamento, que señala que la rotulación no conlleva a la propiedad del cilindro, limitándose aquella a la responsabilidad del mantenimiento y seguridad del envase y del sistema válvula-regulador.

[...]

En consecuencia, la referida reglamentación cumple con los requisitos formales establecidos en la ley para su entrada en vigencia y su exigibilidad, habiendo sido expedido el Decreto Supremo 001-94-EM, dentro de los límites y competencias asignadas por ley”.

- 41 Además, la Aseeg denunció que, “vía decreto supremo (Decreto Supremo 01-94-EM), se pretende imponer en las relaciones comerciales entre los envasadores y los consumidores, una modalidad de contratación (contratos de comodato sobre los cilindros de GLP), desconociendo flagrantemente el derecho constitucional a la libre contratación (barrera burocrática ilegal)”.
- 42 Informe 075-2005/INDECOPI-CAM, del 14 de setiembre de 2005, aprobado por la Comisión de Acceso al Mercado mediante Resolución 0156-2005/CAM-IDENCOPI, del 15 de setiembre de 2005, p. 18.
- 43 El MEM afirma que “el referido Reglamento no limitaría la libertad de contratar de las empresas envasadoras, sino que, más bien, garantizaría el adecuado mantenimiento y la seguridad de los cilindros de GLP, minimizando los posibles riesgos para la población en atención a un interés público”.

- 44 Así, la Asociación Gas LP Perú sostuvo que “cuando las empresas envasadoras propietarias comercializan GLP solo vende el combustible, mas no el cilindro. La propiedad de los cilindros en kilos la mantienen estas empresas, entregándolos al consumidor en uso.

[...]

Por lo tanto, es falso que el Decreto Supremo 01-94-EM haya despojado a los consumidores del derecho de propiedad sobre los cilindros de GLP en kilos. Los consumidores nunca adquirieron la titularidad sobre estos bienes [...] las propietarias de estos cilindros son las empresas envasadoras que ordenaron su fabricación para utilizarlos en sus actividades comerciales”.

- 45 En este caso, el MEM sostuvo: “En este sentido, el Ministerio de Energía y Minas cuenta con facultades normativas para emitir disposiciones sectoriales de alcance nacional relacionados con el sistema de rotulado de los cilindros de GLP y la asignación de responsabilidades de las empresas envasadoras por su mantenimiento, seguridad, conservación, reparación, destrucción e intercambio; a fin de garantizar la seguridad de los cilindros, el abastecimiento interno y su normal desenvolvimiento comercial”.

- 46 Constitución Política del Perú.-

“Artículo 70.- Inviolabilidad del derecho de propiedad.- El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio”.

- 47 Según Ignacio de Ignacio de Otto y Pardo, la reserva de ley tiene determinados objetivos:

“La reserva de ley impide que eso ocurra en las materias que son su objeto, y al obligar a que se las someta a la discusión pública parlamentaria presta a la normativa resultante un plus de legitimidad y garantiza para ella el pluralismo democrático, al dar a la oposición la posibilidad de exponer sus puntos de vista y movilizar a la opinión pública en un procedimiento legislativo que se asienta sobre la publicidad, la contradicción y el debate. Por el contrario, la elaboración de normas por el Gobierno carece de esta publicidad y debate, tiene lugar exclusivamente en el interior de la Administración sin un procedimiento encauzado al debate público y a la contraposición de opiniones políticas, sin más requisito que la audiencia a los ciudadanos afectados.

[...]

La distinción de dos clases de leyes dentro de las que dicta el legislador –dentro de los actos con forma de ley– responde a una división horizontal entre dos poderes normadores, uno para cada clase de asuntos: pero la idea de ley solo en sentido material alude a una potestad normadora, la de la Administración en materia de ‘reglas jurídicas’, que está subordinada verticalmente a la ley y que, en consecuencia, no puede producir nada que pueda llamarse ley en ningún sentido. El llamando reglamento solo en sentido formal, aquel que contiene una regla jurídica, solo puede dictarse en virtud de una habilitación legal, de una ley, y por tanto no puede denominarse a su vez ley”.

Ignacio de Otto y Pardo, *Derecho Constitucional: sistema de fuentes*, Barcelona: Editorial Ariel, 1988, pp. 236-237.

48 *Ibidem*, pp. 236-237.

49 TUO de la Ley Orgánica de Hidrocarburos aprobado por Decreto Supremo 042-2005-EM.-

“Transporte, distribución y comercialización de productos.-

Artículo 76.- El transporte, la distribución mayorista y minorista y la comercialización de los productos derivados de los hidrocarburos se regirán por las normas que apruebe el Ministerio de Energía y Minas; dichas normas deberán contener mecanismos que satisfagan el abastecimiento del mercado interno”.

50 Así lo considera Rafael Bielsa al referirse al artículo 14 de la anterior Constitución Argentina: “Este derecho, según un precepto genérico de la Constitución, el artículo 14, está sujeto, como todo otro, a las leyes que reglamentan su ejercicio. Una observación se impone inmediatamente y es la siguiente: ¿Qué debe entenderse a este respecto por ley? Sin duda, la norma jurídica que emana del legislador; esta es la noción general. Pero ¿significa esto que toda reglamentación debe ser legal, en el sentido formal, o sea que debe necesariamente emanar del legislador? Nada induce, en presencia del texto constitucional, a contestar afirmativamente. En efecto, como ya lo explicamos, las leyes son: a) formales; b) substanciales”. Rafael Bielsa, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires: La Ley, 1964-1966, p. 384.

51 “El otro límite es la ley, debiendo entenderse en sentido amplio, comprendiendo no solo las leyes emanadas del Congreso, sino también las que dictan el Gobierno Central (decretos) y los gobiernos locales (ordenanzas). Ejemplo de esto último es la zonificación que declaran los municipios para las ciudades del país”. Jorge Avendaño, “La propiedad, ¿está protegida?”, en *Ius et Veritas*, (Lima, julio de 2005).

52 Sobre el tema, se puede consultar a Luis de la Morena y de la Morena, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid: Gráficas Le Coq, 1992, y Rafael Bielsa, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires: La Ley, 1964-1966.

- 53 Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 0048-2004-PI/TC: José Miguel Morales Dasso, en representación de cinco mil ciudadanos (demandante), contra el Congreso de la República (demandado).
- 54 Rafael Colina Garea, *La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978*, Barcelona: Bosch, 1997, p. 183.
- 55 Constitución Política del Perú.-
“Artículo 72.- Restricciones por seguridad nacional.-
La ley puede, solo por razón de seguridad nacional, establecer temporalmente restricciones y prohibiciones específicas para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes”.
- 56 Rafael Colina Garea, ob. cit., p. 364.
- 57 Rafael Bielsa, ob. cit., p. 372.
- 58 *Ibídem*, p. 281.
- 59 Juan Carlos Bayón, ob. cit., p. 981.
- 60 “Debe tenerse en cuenta que, en el sentido en que empleo aquí la noción de ‘reglas de inalienabilidad’, estas no son solo las que establecen que determinados derechos –los ‘derechos inalienables’– son intransferibles en cualesquiera circunstancias, sino también las que establecen, respecto a algunos o incluso respecto a cualesquiera derechos, su intransferibilidad en determinadas circunstancias.

[...]

Algunas definiciones conocidas de la idea de inalienabilidad son más amplias o más estrechas que esta. Son más amplias, por ejemplo, todas aquellas que incluyen en la idea de inalienabilidad de un derecho la inmunidad frente a terceros, es decir, la ausencia de potestad por parte de cualquiera para privar del derecho a su titular (cfr. Meyers, 1985: 9. Y Thomson, 1990: 283; en contra de esa extensión del concepto, cfr. McCounell, 1984: 29; y Martínez Pujalte, 1992: 90). O las que entienden que un derecho inalienable es aquel del que su titular no se puede desprender, no solo en el sentido de que no puede cambiar su propia posición normativa mediante la activación de una potestad, sino también en el sentido de que no puede perderlo mediante la comisión de un ilícito (Meyers, 1985: 9; Thomson, 1990: 284; en contra, Feinberg, 1978: 111-112; McCounell, 1984: 28; Barnett, 1986: 186).

Es más estrecha, sin embargo, la que proponen Calabresi y Melamed (1983: 44-45) al afirmar que un derecho está protegido por una regla de inalienabilidad cuando su venta está prohibida bajo algunas o bajo cualesquiera circunstancias. Pero naturalmente hay otras formas de transferir derechos distintas de su transmisión a título oneroso; y a veces lo que se le niega al titular es la potestad de transferir un derecho a título oneroso). Como ha señalado Susan

Rose-Ackerman (1985: 933-937), no se ha de perder de vista que, respecto de un derecho determinado, muchas reglas de inalienabilidad pueden ser parciales, esto es, pueden excluir solo ciertos modos de transferibilidad, o solo en relación con cierta clase de sujetos o solo en determinadas circunstancias”.

Juan Carlos Bayón, *ob. cit.*, pp. 980-981.

61 Código Civil.-

“Artículo 1354.- Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

Artículo 1355.- La ley, por consideraciones de interés social, público o ético, puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos.

Artículo 1356.- Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas”.

62 Constitución Política del Perú.-

“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

[...]

14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

[...]”.

63 Carlos Cárdenas Quiros, *Contrato & mercado*, Lima: Gaceta Jurídica, 2000, pp. 69-70.