



UNIVERSIDAD PERUANA DE CIENCIAS APLICADAS

FACULTAD DE DERECHO

PROGRAMA ACADÉMICO DE DERECHO

N° 11105-2013 - N°0105-2018/CCD

TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL

Para optar el título profesional de Abogada

AUTOR

Azañero Arrieta, Anabel Lucero (0000-0002-7563-0280)

Lima, 01 de Febrero de 2023

DEDICATORIA

A mi familia, quienes siempre me brindan su amor y apoyo incondicional. En especial a mi mamá Haydeé y mi papá Percy, por ser mi mayor soporte ante las adversidades. A mis abuelos Julia y Mauro por impulsar mis sueños. Espero que todos estén orgullosos de mí, les estoy eternamente agradecida.

RESUMEN

En el presente trabajo de suficiencia profesional se analizan dos expedientes; el primer expediente de derecho privado el cual la controversia principal versa sobre quién es el progenitor ideal, capaz y competente para ejercer la tenencia de menor, dado las condiciones que cada uno posee, primando el interés superior del niño. En un primer tramo, el Juzgado declara infundada la demanda posteriormente la Sala declara Nula la primera sentencia tomando en consideración esperar el resultado final de la solicitud de cancelación de partida de la menor y ordena al A-quo emitir una nueva sentencia. En el segundo tramo, el Juzgado de primera instancia nuevamente declara infundada la demanda y la Sala finalmente decide revocar la sentencia emitida por el Juzgado, reformando en fundada la demanda en favor del demandante.

Por otro lado, el segundo expediente de derecho público versa entre La Asociación de Consumidores Indignados Perú en contra de Uber Perú y Uber B.V, la controversia surge por la presunta competencia desleal en el modo de violación de normas que se encuentra asentado en la Ley de Represión de la Competencia Desleal Art. 14°, numeral 2 literal B, dado que estarían prestando el servicio de taxi sin contar con la autorización de la Gerencia de Transporte Urbano, ello establecido en los artículos 11 y 12 de la Ordenanza N°1684-disposición que regula la prestación de servicio de Taxi en Lima Metropolitana. Ambos presentan alegatos en el cual se debe analizar la verdadera naturaleza del Aplicativo Uber, si este es un proveedor o un intermediario del servicio.

Palabras clave: Competencia Desleal; Violación de normas; Plataforma de Servicio de Taxi; Tenencia de Menor; Interés Superior del Niño; Régimen de Visitas.

ABSTRACT

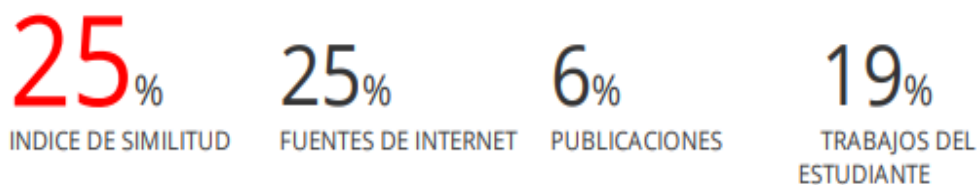
In the present work of professional sufficiency two files are analyzed; the first private law file in which the main controversy is about who is the most suitable parent to be able to exercise custody, given the conditions that each one has, prioritizing the best interests of the child. In a first section, the Court declares the claim unfounded, later the Chamber declares the first sentence null, taking into consideration waiting for the result of the request for cancellation of the minor's departure and orders the A-quo to issue a new sentence. In the second section, the Court of First Instance again declares the claim unfounded, and the Chamber finally decides to revoke the sentence issued by the Court, reforming the claim in favor of the plaintiff.

On the other hand, the second file of public law is between the Association of Indignant Consumers Peru against Uber Peru and Uber B.V. The dispute arises due to the alleged unfair competition in the form of violation of regulations established in literal B numeral 14.2 of the Art. 14 of the Law for the Repression of Unfair Competition, due to the fact that they would be providing the taxi service without having the authorization of the Urban Transport Management, which is established in articles 11 and 12 of Ordinance 1684- Ordinance that regulates the provision of taxi service in Metropolitan Lima. Both present arguments in which the true nature of the Uber Application must be analyzed whether it is a provider or an intermediary of the service.

Keywords: Unfair Competition; Violation of regulations; Taxi Service Platform; Child Custody; Best Interest of the Child; Visiting Schedule.

N°1458_N° 11105-2013 - N°0105-2018/CCD

INFORME DE ORIGINALIDAD



FUENTES PRIMARIAS

1	vsip.info Fuente de Internet	5%
2	tesis.pucp.edu.pe Fuente de Internet	4%
3	repositorio.uladech.edu.pe Fuente de Internet	2%
4	qdoc.tips Fuente de Internet	2%
5	lpderecho.pe Fuente de Internet	2%
6	www.abogacia.pe Fuente de Internet	1%
7	core.ac.uk Fuente de Internet	1%
8	www.slideshare.net Fuente de Internet	1%
9	signosdistintivos.blogspot.pe Fuente de Internet	1%

10	cybertesis.unmsm.edu.pe Fuente de Internet	1 %
11	Submitted to Universidad Católica San Pablo Trabajo del estudiante	1 %
12	Submitted to Universidad Peruana de Las Americas Trabajo del estudiante	1 %
13	Submitted to Universidad Internacional de la Rioja Trabajo del estudiante	1 %
14	www.indecopi.gob.pe Fuente de Internet	1 %
15	pt.scribd.com Fuente de Internet	<1 %
16	revistas.unife.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
17	issuu.com Fuente de Internet	<1 %
18	img.lpderecho.pe Fuente de Internet	<1 %
19	repositorio.uchile.cl Fuente de Internet	<1 %
20	repositorioacademico.upc.edu.pe Fuente de Internet	<1 %

21	spij.minjus.gob.pe Fuente de Internet	<1 %
22	repositorio.usmp.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
23	idoc.pub Fuente de Internet	<1 %
24	repositorio.unsa.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
25	unipanamericana.edu.co Fuente de Internet	<1 %
26	hdl.handle.net Fuente de Internet	<1 %
27	www.scribd.com Fuente de Internet	<1 %

Excluir citas

Apagado

Exclude assignment
template

Activo

Excluir bibliografía

Activo

Excluir coincidencias

< 20 words

TABLA DE CONTENIDOS

EXPEDIENTE PRIVADO N° 11105-2013

1. CAPITULO I: SÍNTESIS DEL EXPEDIENTE
 - 1.1.Demanda
 - 1.1.1. Fundamentos de hecho
 - 1.2.Auto Admisorio
 - 1.3.Contestación de la demanda
 - 1.4.Audiencia Única
 - 1.5. Pronunciamiento del Ministerio Público
 - 1.6. Sentencia de primera instancia
 - 1.7. Recurso de apelación
 - 1.8.Sentencia de la Sala Especializada de Familia
 - 1.9. Nueva sentencia de primera instancia
 - 1.10. Recurso de apelación
 - 1.11 Resolución final por la Sala Superior
2. CAPÍTULO II: JURISPRUDENCIA
 - 2.1. Criterio para tenencia del menor
 - 2.2. Régimen de visitas
 - 2.3. Flexibilización de algunos principios y normas procesales en los procesos de familia
 - 2.4. Principio del Interés Superior del Niño
 - 2.4.1. Aplicación del Principio de Interés Superior del Niño
 - 2.4.2. El interés superior del niño sobre el progenitor con el que estuvo más tiempo
 - 2.4.3. Principio de Congruencia Procesal e Interés Superior del Niño
 - 2.5. Anulación de Acta de nacimiento
 - 2.6. Valoración de pruebas
 - 2.7. Motivación en la decisión
3. CAPÍTULO III: DOCTRINA
 - 3.1. Patria Potestad
 - 3.1.1 Ejercicio de la patria potestad
 - 3.2.Tenencia

- 3.3. Régimen de visitas
- 3.4. Interés Superior del niño
- 3.5. Filiación
- 4. CAPÍTULO IV: OPINIÓN ANALÍTICA DEL CASO
- 5. CAPÍTULO V: REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

EXPEDIENTE PÚBLICO N° 0105-2018/CCD

- 6. CAPÍTULO I: SÍNTESIS DEL EXPEDIENTE
 - 6.1. Denuncia
 - 6.2. Inicio del procedimiento
 - 6.3 Descargos de la denuncia
 - 6.4. Resolución de la Comisión
 - 6.5. Recurso de apelación
 - 6.6. Resolución de la Sala de Defensa de la Competencia
- 7. CAPÍTULO II: OPINIÓN ANALÍTICA DEL CASO
- 8. CAPITULO III: JURISPRUDENCIA
 - 8.1. Competencia Desleal
 - 8.2. Violación de normas
 - 8.3. Primacía de la realidad
 - 8.4. Prestación de Servicio de taxi a través de la intermediación
- 9. CAPITULO IV: JURISPRUDENCIA COMPARADA
 - 9.1. Tribunal de Justicia de la Unión Europea
 - 9.2. Suprema Corte de Reino Unido
 - 9.3. Corte Superior de San Francisco- EEUU
- 10. CAPITULO V: DOCTRINA
 - 10.1 Economía Colaborativa
 - 10.2 Plataforma digital
 - 10.3. Primacía de la realidad
- 11. CAPÍTULO VI: REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

EXPEDIENTE PRIVADO N° 11105-2013

1. CAPÍTULO I: SINTESIS DEL EXPEDIENTE

1.1 Demanda

El presente expediente privado, es un proceso civil de Tenencia; la demanda fue iniciada por J.J.O.M. en contra de C.M.D.A.M.S. El demandante solicita la tenencia de la menor D. R. M.O. A. M. de 2 años de edad al momento de interponer la acción.

1.1.1 Fundamento de hecho

El demandante alega que la demandada tiene un carácter violento, inestable e irascible desde el nacimiento de su menor hija. Menciona que la demandada teniendo una capacitación de fecha 2 de julio de 2013 y ante amenazas de que dejaría sola a la menor en el corral, se vio obligado a regresar su centro de labores y proceder a llevarse a la menor a casa de su progenitora, residiendo en dicho lugar desde entonces. La progenitora llamó a la nueva residencia del accionante en aparente estado de ebriedad en la madrugada del 16 de julio del 2013, amenazando y diciendo palabras soeces, lo cual se procedió a dejar constancia del hecho.

1.2 Auto Admisorio

Con fecha 13 de setiembre de 2013, procede a trámite la demanda interpuesta por J.J.O.M. sobre tenencia contra doña C.M.D.A.M.S; vía proceso único; posteriormente se corre traslado a la demandada.

1.3 Contestación de Demanda

La demandada refiere a que todo lo dicho por el accionante es falso. Menciona que ella no tiene un carácter violento, irascible e inestable, debido a que no está acreditado y que las constancias policiales son declaraciones personales, estas no han sido corroboradas por personal policial o funcionario público competente. La demandada menciona que el demandante es quien tiene un carácter violento, ya que cuenta con una denuncia por maltrato físico de fecha de 15 de noviembre del año 2011, en la Fiscalía Provincial de Familia del Callao, por maltrato en agravio de M.E.S.B.

Señala que, el demandante ha tenido una relación paralela con la señora M.E.S.B. por cuanto presenta un acta de nacimiento del menor R.J.E.O.S. nacido el 19 de julio de 2011, existiendo 2 meses de diferencia entre ambos menores; razón por la cual se separó del accionante.

Así mismo, alega que ella no abandonó a su menor hija y que sí se apersonó para saber cómo se encontraba la menor. La señora C.M.D.A.M.S. hace mención que ella ha venido pagando los requerimientos de su menor hija, puesto que el demandante nunca aportó económicamente en la manutención de la menor. De igual manera, alude que el demandante reconoció a su menor hija casi dos años después del nacimiento de la menor ya que, en la primera partida de fecha 03 de octubre de 2011, sólo figura a la madre como única declarante y que por la Ley N°29032 esta ha sido reemplazada y archivada. Aunado a ello, señala que el demandante reconoció a la menor casi 2 años después de su nacimiento, únicamente para pretender sustraerse de sus obligaciones como padre del otro menor, aduciendo que gana S/.800.00 soles y que mantiene a su menor hija.

Por último, reitera la corta edad de la menor, puesto que es lactante y el demandante al separar rotundamente ha quitado el alimento vital de la menor.

1.4 Audiencia única

Con fecha 6 de marzo de 2014, en presencia del representante del Ministerio Público y del Juez titular, se deja constancia de la concurrencia de la parte demandante y la inconcurrencia de la demandada.

La relación jurídica procesal es válida, en consecuencia, saneado el proceso conforme con el primer inciso del Art. 465° del Código Procesal Civil; se dejó constancia que hubo alguna propuesta o formula conciliatoria por la inasistencia de la parte demandada. Se fijaron los puntos controvertidos: determinar si es procedente otorgar la Tenencia de la menor a favor del accionante. Así mismo, se ordenan que se actúen las pruebas de oficio, evaluación psicológica y visita social para las partes, y evaluación psicosomática para la menor.

1.5 Pronunciamiento del Ministerio Público

La Fiscalía emite el dictamen N°101-2014 de ley, de conformidad por lo preceptuado en el Art. 3° de la Convención de las Naciones unidas sobre los Derechos del Niño y

Adolescente, concordante con los artículos IX y X del Código de los Niños y Adolescentes, que consagra el Principio del Interés Superior del niño, opina que se declare fundada la demanda interpuesta por el accionante con respecto a su menor hija y que se fije un régimen de visitas en favor de la demandada. La menor se encuentra integrada en la familia paterna, resulta razonable que continúe en el mismo ambiente, puesto que la familia paterna es quien asume las atenciones y cuidados inmediatos de la menor. De igual manera se busca evitar atentar contra el equilibrio emocional de la menor. El Fiscal considera la conducta procesal de la madre, dado que no se presentó a la Audiencia única programada en sede judicial, ni tampoco recogió los oficios respectivos para la evaluación psicológica y la visita social, evidenciándose el desinterés de su parte, a pesar de estar debidamente notificada.

1.6 Sentencia de primera instancia

El Cuarto Juzgado alega que la finalidad de los medios probatorios es acreditar los hechos exhibidos por ambos ante el Juez, para que pueda crear certeza en razón a los puntos controvertidos y que la decisión se encuentre bien fundamentada, en tal sentido menciona que existen ocurrencias policiales, este constituye a una declaración unilateral que no han sido corroborados con otros medios de prueba que den certeza sobre la veracidad que invocan.

Que si bien la demandada no cumplió con realizarse las pruebas idóneas como la evaluación psicológica e informe social dispuesto como pruebas de oficio, esto no la descalifica en su rol materno, así mismo considerando la edad de la menor y que en la pericia psicológica del demandante concluye que presenta características egocéntricas, que se inclina a satisfacer sus necesidades y entre otros aspectos que se resaltan y lo descalifica. Es por ello que, se declara infundada la demanda interpuesta por J.J.O.M. en contra de C.A.M.S. sobre tenencia de la menor D.R.M.O.A.M.

1.7 Recurso de Apelación

El demandante en enero del 2015 apela la sentencia en primera instancia, alegando que se pretende separar al padre de su menor hija y del hogar que ha vivido desde siempre, refiriendo que se debe primar el principio del interés superior de niño, puesto que el hogar paterno ha cubierto con todas sus necesidades, tanto económicas como afectivas. Así mismo, recalca que la demandada no se sometió a ningún examen psicológico ni al informe

social respectivo, así como hasta el momento no ha solicitado ver a la menor ni exigido un régimen de visitas mostrando así su desinterés. Menciona que tampoco se ha tomado en cuenta el dictamen fiscal que ha fundamentado sobre los mismos hechos.

Respecto a la cancelación de partida, el demandante menciona que distan de la verdad, toda vez que la demandada menciona que es casada y que por tanto la paternidad le corresponde a su esposo legal; pero que no ha mencionado al Juzgado que ha procreado a otra menor con una persona distinta a su esposo legal, con lo cual se evidencia la mala fe de la demandada.

1.8 Sentencia de la Sala Especializada de Familia

La Primera Sala de Familia con fecha 17 de agosto de 201, menciona que la RENIEC ha solicitado un informe en virtud de la solicitud de cancelación de acta de nacimiento presentado por la madre de la menor. La Sala advierte que se ha resuelto sin considerar quien de los padres es el progenitor más apto y competente para ejercer la tenencia de la menor, sin verificar además el resultado final de la solicitud de cancelación de partida sobre la cual se ha sustentado la demanda. Por tanto, declara nula la sentencia que declaró infundada y ordenaron a la A-quo emitir la resolución correspondiente, así como requiere la evaluación psicológica e informe social de la demandada prescindida anteriormente.

1.9 Nueva sentencia de primera instancia

En junio de 2016 el Cuarto Juzgado de Familia, menciona que con relación al resultado de la pericia psicológica desvirtúa el carácter violento, inestable e irascible que el demandante le atribuía a la demandada. Así mismo, los actuados no se ha llegado a determinar si el demandante se encuentra en condiciones óptimas para ejercer la tenencia y custodia de menor, toda vez que alega que son las tías paternas son quienes se encargan de los cuidados de la menor cuando el padre está ausente del hogar. Aunado a ello, se menciona que fue el demandante quien se llevó a la menor cuando ella aún ni contaba con los dos años de nacida y recalca la relación paralela del demandante quien procreó a otro hijo nacido meses antes que la menor de quien se pretende la tenencia.

Con respecto a la cancelación del Acta de nacimiento de la menor, sobre el reconocimiento posterior de paternidad efectuado por el accionante se desprende de la Resolución N° 239-

2015-GPRC/SGDRC/RENIEC que fue declarado improcedente. El argumento expuesto es sobre la falta de competencia de la autoridad administrativa toda vez que es la autoridad judicial, la única autoridad, que se pronuncie en los casos de cuestionamiento de la filiación.

Por ello, el Cuarto Juzgado de Familia declara infundada la demanda presentada por J.J.O.M, sobre tenencia de la menor D.R.M.O.A.M.

1.10 Apelación de sentencia

El demandante apela la sentencia en junio de 2016 mencionando que debe priorizarse el Interés Superior del niño, recalcando que es él junto con la familia paterna quien se encargan de su menor hija, tiene un ambiente familiar propicio para ella, cumpliendo todas sus necesidades para su buen desarrollo tanto físico como psicológico. Menciona que, si bien en el primer parte policial se llevó a la menor de manera inconsulta, fue la demandada quien entregó a la menor voluntariamente en una segunda oportunidad, puesto que según ella no era capaz de cuidarla.

1.11 Sentencia Final de la Sala Superior

La Sala Especializada de Familia con fecha 20 de Febrero de 2017 decide que en este caso, materia de Litis, que resultaría más beneficioso para la menor permanecer con su progenitor paterno. Debido a que, por el informe psicológico del padre muestra preocupación y afecto por la niña, así como en el informe social se advierte de su aparente buen estado de salud y aspecto personal. Por otro lado, menciona que la demandada no ha ejercido ninguna acción a fin obtener la tenencia de la menor, pese a su tierna edad. Se advierte de su informe psicológico que es insegura, poca reflexión ante situaciones cotidianas, angustia y poco equilibrio, sobre el informe social se advierte que está conviviendo con su actual pareja con quien ha procreado a una menor quien tiene año y medio, se observó falta de limpieza y desorden.

Sobre el cuestionamiento de la paternidad del demandante sobre la menor en cuestión, gira en torno a que la demandada sigue casada con el padre de su primera hija, por ello le correspondería la paternidad a su aún esposo. Pero, RENIEC determina que dicho conflicto le corresponde al órgano jurisdiccional resolver dicha controversia.

Por tanto, la Sala revoca la resolución N°34 que declara infundada la demanda sobre tenencia y reformando a fundada, concediendo la tenencia de la menor al demandante y estableciendo un régimen de visitas a favor de la madre sin externamiento, dentro del hogar paterno los jueves de 3:00 pm a 06:00 pm, así como los días domingos de 09:00 am a 12:00 pm, debiendo el padre proporcionar un ambiente adecuado a fin de llevar a cabo las visitas.

2 CAPÍTULO II: JURISPRUDENCIA

2.1 Criterio para tenencia del menor

“Respecto al examen del cumplimiento de la norma atinente antes mencionada debe indicarse, que la instancia de mérito ha aplicado como premisa normativa el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, (...) la cual ha tenido sustento con la premisa fáctica que se indicó de los medios de prueba ofrecidos por las partes, como de los informes multidisciplinarios acopiados, al igual que las declaraciones recibidas, siendo de relevante interés para el caso los informes psicológicos acompañados; así, de las pericias psicológicas realizadas a la ahora adolescente, que junto con todo ello, se debe tener en cuenta la opinión de la hoy adolescente hija de las partes, quien se encuentra identificada plenamente con su progenitora; y como correlato a esas premisas, la instancia de mérito llega a la conclusión que la menor debe quedarse con su madre.” (Corte Suprema de Justicia de la República, 2018, Casación Civil N° 3023-2017, p.6-7)

2.2 Régimen de visitas

“(...) de ello se desprende que la figura jurídica del régimen de visitas permite la continuidad de las relaciones personales entre el padre o la madre que no ejerza la patria potestad y sus hijos, de manera que deba ser adecuado al interés superior del niño y del adolescente, correspondiendo su variación de acuerdo a las circunstancias en resguardo de su bienestar, propendiendo, en todo caso, a no quebrantar el vínculo paterno o materno filial necesarios para su formación.” (Corte Suprema de Justicia de la República, 2014, Casación Civil N°5008-2013, p. 11)

2.3 Flexibilización de algunos principios y normas procesales en los procesos de familia

“En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar, entre otros, el juez tiene facultades tuitivas, y en consecuencia, se debe flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, en atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar, derivados de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 43 de la Constitución Política del Estado, que reconoce, respectivamente, la protección especial a: el niño, la madre, el anciano, la familia y el matrimonio, así como la fórmula política del Estado democrático y social de derecho.” (Corte Suprema de Justicia de la República, 2011, Casación Civil N° 4664-2012, p.83)

2.4 Principio del Interés superior del niño

2.4.1 Aplicación del Principio de Interés Superior del Niño

“En ese sentido, se observa que el interés superior del niño constituye el punto de referencia para la dilucidación del presente caso, por lo que este Supremo Tribunal considera que dicho principio implica que el desarrollo del menor y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la aplicación de las normas en lo relativo a la vida del niño; más aún si el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño señala que este requiere de cuidados especiales, debiendo matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos que se le sigan, en la determinación de sus derechos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior.” (Corte Suprema de Justicia de la República, 2016, Casación Civil N° 2309-2015, p.7)

2.4.2 El interés superior del niño sobre el progenitor con el que estuvo más tiempo

“(…) Que, establecidos los parámetros legales antes señalados, se observa que, con respecto a la permanencia de los menores con el progenitor que los tuvo más tiempo, debe señalarse que, en efecto, el artículo 84.1 menciona que ello es así, pero dicho dispositivo culmina con la siguiente frase: “*siempre que le sea favorable*”. No se trata, por tanto, de una norma fatal, imperativa, que no admite modificaciones; por el contrario, precisamente porque es necesario preservar el “interés superior del niño”, se trata de una regla jurídica flexible, que se adecúa a lo que le favorece y que, por lo tanto, antes que privilegiar los factores tiempo, edad, sexo o permanencia protege ese “interés superior”, considerando al menor como sujeto de derecho y rechazando que se le tenga como objeto dependiente de sus padres o subordinado a la arbitrariedad de la autoridad. Así expuestas las cosas, aunque la permanencia del niño con uno de sus progenitores es un elemento a considerar, tal hecho cede cuando tal evento no sea favorable a él.” (Corte Suprema de Justicia de la República, 2013, Casación Civil N° 1961-2012, p.13-14)

2.4.3 Principio de Congruencia Procesal e Interés Superior del Niño

“(…) el órgano jurisdiccional tiene el deber de salvaguardar el derecho de los niños involucrados en este tipo de procesos, más aún, si existe una norma imperativa internacional, que ha sido reconocida en sede nacional que obliga al Juez a establecer un régimen de visitas a favor del padre o la madre que no obtenga la tenencia de sus hijos conforme los dispone el artículo 84 inciso c) del CNyA. Asimismo, la disposición 88 en el último párrafo del CNyA, prescribe que: “El Juez, respetando en lo posible el acuerdo de los padres, dispondrá un régimen de visitas adecuado al Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y podrá variarlo de acuerdo a las circunstancias, en resguardo de su bienestar. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2016, Casación Civil N° 4311-2015, p.9)

2.5 Anulación de Acta de nacimiento

“(…) cuando se objeta la identidad de una persona se tiene que valorar tanto el cariz estático como el dinámico del referido derecho fundamental; es decir,

cuando se impugna la paternidad de una persona, ella no puede justificarse sólo en el dato genético, pues ello implicaría olvidar que el ser humano se hace así mismo en el proyecto continuo que es su vida.” (Corte Suprema de Justicia de la República, 2013, Casación Civil N°3797-2012, p.11)

2.6 Valoración de las pruebas

“Las pruebas deben ser valoradas en su integridad, de manera conjunta y razonada, acorde a la naturaleza del proceso judicial y sujetas a lo expuesto o pretendido por las partes, lo contrario constituye una afectación al debido proceso, lo cual significa que en el proceso de tenencia cobra e importancia determinar cuál de los padres o progenitores reúne las mejores condiciones emocionales, afectivas, sociales y personales para garantizar el pleno desarrollo del menor, en función al Interés Superior del Niño.” (Corte Suprema de Justicia de la República, 2017, Casación Civil N° 1303-2016, p.10)

2.7 Motivación en la decisión

“La motivación de la decisión judicial es una exigencia constitucional (Art. 139 inc. 3° y 5°); por consiguiente, el Juzgador para motivar la decisión que toma debe justificarla, interna y externamente, expresando una argumentación clara, precisa y convincente para mostrar que aquella decisión es objetiva y materialmente justa y, por tanto, deseable, social y moralmente.” (Corte Suprema de Justicia de la República, 2008, Casación Civil N° 1465-2007, p.87-88)

3 CAPÍTULO III: DOCTRINA

3.1.Patria Potestad

“La patria potestad es una institución del derecho de familia, que comprende un cúmulo de derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos, tendientes a lograr el desarrollo integral de estos y la realización de aquellos. Este concepto pretende

abarcando no solo los derecho-deberes de los padres e hijos, sino también el fin que persigue la institución, el que debe verse en sus dos dimensiones, la de los padres que encuentran su realización a través del desarrollo de sus hijos, y por cierto también la de los hijos que, al recibir apoyo, amparo, sustento, educación, protección y ejemplos de vida, posibilita un desarrollo integral y su incorporación al seno de la sociedad en condiciones óptimas. (Aguilar, 2014, p. 16)

3.1.1. Ejercicio de Patria Potestad

“En Doctrina se hace el distingo entre titularidad y ejercicio de la patria potestad, correspondiendo la primera a quien goza legítimamente de un derecho declarado o reconocido, esta titularidad requiere la concurrencia de dos elementos, uno de origen natural dada por la procreación y el otro con esencia jurídica; en cuanto al ejercicio vendría a ser la posibilidad de obrar un derecho. El Código Civil y el Código de los Niños y Adolescentes no se detienen en esta distinción, y usan el término ejercicio para significar tanto la titularidad como el ejercicio, sin embargo somos de opinión que las diferencias existen, y estas aparecen a propósito del cese temporal de la patria potestad, en que se mantiene la titularidad pero no el ejercicio, lo que no ocurre en el caso de la extinción o pérdida de la patria potestad, pues en este caso desaparece definitivamente la titularidad, y con él, el ejercicio.” (Aguilar, 2014, p. 19)

3.2. Tenencia

“La tenencia es la situación por la cual un menor se encuentra en poder de uno de sus padres (...) es uno de los derechos que tienen los padres de tener a sus hijos en su compañía.” (Chunga, 2001, p. 350)

3.3. Régimen de visitas

“El régimen de visitas forma parte del derecho de relación. Es el derecho que permite el contacto y comunicación permanente entre padres e hijos, permitiendo el desarrollo afectivo, emocional y físico, así como la consolidación de la relación

paterno filial. Jurídicamente, visitar implica estar, supervisar, compartir, responsabilizarse; por tanto, resulta más conveniente referirnos, de manera integral, al régimen de comunicación y de visita.” (Varsi, 2004, p. 261)

3.4. Interés Superior del niño

“El interés superior del niño constituye un principio que obliga a diversas autoridades e, incluso, a instituciones privadas a estimar tal interés como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, ya que en la medida que los niños tienen derechos que deben ser respetados, los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen.” (Cillero, p. 8)

3.5. Filiación

“Filiación es en sentido estricto el vínculo jurídico que une al padre y a la madre con sus hijos, generando derechos y deberes recíprocos; dicho vínculo desde la perspectiva de los derechos del hijo se denomina filiación, en tanto que desde los derechos del padre o de la madre se conoce como paternidad o maternidad.” (Sokolich, 2012, p. 61)

4 CAPÍTULO IV: OPINIÓN ANALÍTICA DEL CASO

En el caso presentado para análisis, J.J.O.M demanda en contra de C.M.D.A.M.S. El demandante solicita ante el órgano competente la tenencia y custodia de la menor D.R.M.O.A.M. de 2 años de edad al momento de interponer la acción.

El demandante alega que la demandada tiene un carácter violento, inestable e irascible, desde el nacimiento de su hija. Con fecha 02 de julio de 2013, el demandante menciona que, ante amenazas de la madre con dejar sola a la menor, procedió a llevarse a la menor a casa de su progenitora, abuela de la menor y madre del demandante. Siendo desde esa fecha la nueva residencia de ambos.

La demandada refiere que lo dicho por el demandante es falso, puesto que niega tener un carácter violento, irascible e inestable; por el contrario, es el accionante quien tiene un carácter violento ya que cuenta con una denuncia por maltrato físico. Con respecto al supuesto abandono hacía su menor hija, menciona que se apersono para saber cómo se encontraba la menor, pero no tuvo respuesta. Aunado a lo anterior menciona que el accionante no priorizo a su menor hija puesto que la separó rotundamente de su alimento vital, puesto que al momento de los hechos la menor era lactante.

Respecto al reconocimiento de su menor hija por parte del demandante casi dos años después de su nacimiento es únicamente para sustraerse de su obligación como padre de otro menor. En el acta de nacimiento de fecha 03 de octubre de 2011 perteneciente a la menor D.R.M.O.A.M. sólo figuraba la madre como única declarante y que por la Ley N° 29032 esta fue reemplazada y archivada. Con ello, en el acta de nacimiento más reciente sí figura el demandante como declarante del vínculo filial.

Según el Art. 83° del Código de los Niños y adolescentes se menciona que para realizar la petición de tenencia se debe adjuntar fundamentalmente el Acta de nacimiento y todas pruebas que el progenitor considere pertinente para el proceso. Por tanto, estando verificado que efectivamente existe el vínculo filial entre el demandante y la menor.

Se debe tomar en cuenta que la demandada, durante el proceso alega que hay un error en el acta de nacimiento de la menor. Menciona que existe una anulación del Acta de Nacimiento en curso ante RENIEC por reconocimiento de la menor.

Alega que dicho reconocimiento de paternidad le corresponde a su aún esposo, padre de su primera hija, presunción iuris tantum contenida en el artículo 361° del Código Civil, tomando en cuenta que el demandante fue su segundo compromiso, quien ha procedido con el reconocimiento de la menor posterior a su nacimiento y antes de iniciado el proceso.

Se desprende la Resolución N° 239-2015-GPRC/SGDRC/RENIEC en el que es declarado improcedente. El argumento expuesto es sobre la falta de competencia de

la autoridad administrativa, toda vez que es la autoridad judicial, la única autoridad, que se pronuncie en los casos de cuestionamiento de la filiación. Y con ello se tomará las medidas correspondientes para tener la certeza de quien es el padre biológico, tal como la prueba de ADN con lo cual no cabría duda, es por ello que eso se deberá ver ante el Juez competente en otro caso judicial.

Cabe recalcar que la filiación tiene 3 tipos. El reconocimiento implica un acto voluntario; el segundo es la declaración de paternidad que implica una sentencia judicial, esto es determinado por un Juez en la vía judicial competente. Por último, se encuentra la filiación legal, implica una norma jurídica y por ende la presunción de la maternidad o paternidad. Existe una distinción entre Padre Biológico quien es el que contribuye con la mitad de la carga genética. Mientras que, el Padre Legal aquel que para efectos de la ley es reconocido padre o madre del hijo o hija. Cabe añadir que en la gran mayoría el padre biológico es el padre legal, sin embargo, existen casos en las que dicha figura no coinciden.

De igual manera en el Art. 361° del código Civil se menciona la presunción de ser hijo, a todo nacido en el periodo en el que esté vigente el matrimonio o en su defecto ubicado en los 300 días calendario después de la disolución del vínculo matrimonial. Siendo que desde el año 2018, se priorizó el derecho del hijo/a nacido/a, permitiendo a su progenitora declarar que su legítimo esposo realmente no es el padre y en consecuencia rompiendo la presunción (Cruz, Baldeon, Exchieo y Villegas, 2020).

En el presente caso, la señora C.M.D.A.M.S. señala que no se debería seguir con la demanda de tenencia debido a que al demandante no le correspondería ser el padre legal de la menor. Siguiendo el hilo de ideas, al momento de contestar la demanda, la demandada no menciona que el accionante no sea el padre biológico, por el contrario, quiere utilizar el ordenamiento jurídico para desvirtuar un reconocimiento legal tardío pero que cumple con todas las características que es: voluntario, personalísimo, irrevocable, incondicional e imprescriptible. De igual manera no existe objeción del esposo legal de la demandada. Puesto que, si bien es cierto seguían legalmente casados, estaban separados de hecho, esto se demuestra por la convivencia que venía ejerciendo con el demandante y que en alegatos al equipo multidisciplinario hace

mención que su primera hija es de su esposo legal y que él se está quedando con la menor por vacaciones, estableciendo que tienen un régimen de visitas o un acuerdo entre las partes respecto de la tenencia de la hija mayor.

El siguiente punto que se debe analizar es si se incumplió la normativa. Cabe mencionar que el análisis planteado en este trabajo está basado en los artículos anteriores a la modificatoria de la ley N°31590, los cuales específicamente prioriza la tenencia compartida.

Según el artículo 84° del Código del Niño y Adolescente menciona en su inciso b) que el menor de tres años permanecerá con la madre. La menor tenía menos de dos años de edad, cuando fue retirada del hogar por su progenitor y al momento de interponer de la demanda, la menor ya contaba con 2 años.

Así mismo, en el artículo 340° del Código Civil en la que se habla sobre los efectos de la separación convencional respecto de los hijos en su segundo párrafo que el hijo menor de siete años quedaría bajo el recaudo de su progenitora, salvo decisión distinta del Juez.

Por lo tanto, en un primer momento se creería que la tenencia de la menor sería en favor de su madre. Pero, tiene que sopesar y evaluar si realmente se está velando por su bienestar, debido a que la Sala Especializada declara nula la sentencia de primera instancia, menciona que no se ha determinado quien de los padres sería la figura más apta y capaz para obtener la tenencia de la menor. Según así lo dispone el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.

Esto quiere decir que, las decisiones respecto a un menor de edad deben estar orientadas en su bienestar y pleno ejercicio de derechos. Se debe hacer una comparación para evaluar cuál de los progenitores es el más competente e ideal para obtener la tenencia de la menor.

Según la pericia psicológica practicada al demandante se llega a la conclusión que presenta características egocéntricas, que se inclina a satisfacer sus propios intereses

y necesidades, en cuanto a su rol paterno, muestra preocupación y afecto por la niña que vive con él y por quien quiere la tenencia. Mientras que, la demandada muestra rasgos de timidez, credulidad, y poco acierto para manejar los acercamientos de algunas personas, es dependiente del sexo opuesto, sobre todo afectivamente. Emocionalmente, tiene rasgos de inseguridad y falta de confianza en sí misma, la inmadurez y la imprecisa percepción, así como la poca reflexión de las situaciones cotidianas, la llevan a manejar sus dificultades de manera torpe y con poca precaución.

Con ello se concluye que la demandada no tiene un carácter violento ni irascible pero sí inestable, no habiendo denuncias de violencia, ni ningún informe que establezca un carácter violento o algo que suponga un peligro para la menor. En contra posición del demandante quien sí presenta denuncias y un caso por violencia familiar que, si bien no fue en el momento de existencia de la menor, fue a la madre del segundo hijo del demandante, por lo que resalta en él un carácter violento. En ambos sentidos no desmeritan sus roles de padres, ya que no se tiene evidencia de que alguno haya afectado de algún nivel a la menor.

Sobre el informe social se advierte que son los familiares del demandante quien están al cuidado de la menor ya que el demandante se va a su centro de trabajo, agregado a ello, la menor no cuenta con una habitación adecuada, dado que duermen en la misma habitación, se entiende que para su pleno desarrollo debe tener su propio espacio. Pero, es el demandante quien se encarga del pago del nido al cual la menor asiste, mediante pericia denota que la menor se encuentra bien de salud, aseada y estable.

Por otro lado, la demandada vive en un lugar alquilado, con su nuevo conviviente y sus dos menores hijas de 11 años y 1 año. La demandada duerme en la parte inferior de un camarote junto con su pareja y su última hija, mientras que la parte superior no tiene colchón y menciona que su hija mayor se encuentra con su padre por vacaciones. Agrega que, de quedarse con el menor D.R.M.O.A.M. le habilitaría una cama en la parte de la sala para que comparta con su segunda hija. Ambos cuentan con servicios básicos.

Por lo tanto, si se contrasta lo que ambos padres tienen para ofrecer a la niña, tomando en cuenta el principio invocado, es el demandante quien tiene un hogar con mejores condiciones en comparación de la demandada, aunado a ello es el demandante quien durante todo el proceso le ha brindado una estabilidad emocional y económica a la menor. Brindándole todo lo que necesita para su desarrollo, como es salud, educación, etc.

En el presente caso, la decisión debió ser un régimen de visitas más amplio para que ningún lado paterno-materno filial se rompa y así contribuir con el pleno desarrollo del menor.

Mediante el Acuerdo Plenario del Pleno Jurisdiccional Civil de Familia del 2021, se establece que una Sala Superior debe integrar de oficio el régimen de visitas al progenitor que no posee dicha tenencia. Por tanto, dado en la resolución final emitida por la Sala que hace mención del régimen de visitas en favor de la madre, dándole únicamente jueves en el horario de 3 pm a 6 pm (3 horas) y domingos de 9am a 12 pm (3 horas), pero este será sin externamiento de la menor; lo cual es un tiempo muy limitado tomando en cuenta la edad actual de la menor, no existiendo ninguna razón por la cual este sea tan limitado y restrictivo.

El régimen de visitas otorgado debe ajustarse bajo el principio invocado, y no bajo las circunstancias y desavenencias entre los progenitores. El interés superior de la menor se ve afectado dado que no se están tomando en cuenta todos los factores y cómo este afectará su desarrollo dado que no mantiene un contacto con la madre por un tiempo considerable y prolongado; no hay una concordancia ni justificación en el régimen de visitas otorgado.

La disposición de la Sala, si bien lo que quiere es resolver este conflicto humano, desde mi perspectiva, no lo hace completamente, si bien la tenencia se le otorga al progenitor paterno, el cual es lo mejor para la menor porque se respeta el Principio del Interés superior del Niño, se olvida que la madre posee el mismo derecho, que es el obtener un régimen de visitas adecuado. En otra instancia, hubiesen atendido la sugerencia por parte del Ministerio público en el Dictamen fiscal N° 101-2014 en el cual propone un régimen de visita amplio y con externamiento en favor de la menor

para que el lazo materno filial perdure, y que no exista un peligro sobre la alienación parental, puesto que se debe priorizar el Interés Superior del menor.

Viéndose limitada las horas de visitas, ya que únicamente serían 6 horas semanales y sin externamiento, realmente hay un impacto en dicha relación tanto para la madre como para la hija en el desarrollo de sus vidas. De igual manera, esto restringiría la comunicación con su familia materna, ya que al no tener el externamiento del hogar paterno, esta no puede interactuar con sus hermanas ni con los demás miembros de la familia materna.

Por tanto, sí se respeta y prioriza el interés de la menor, pero la Sala no evalúa mejor todos los factores determinantes, para que ambos padres contribuyan en la crianza de la menor y en su pleno desarrollo personal, para que los lazos familiares tampoco se vean quebrados ni afectados. De igual manera, es sabido que luego la demandada podrá interponer un Régimen de Visitas y con ello ampliarlo, también en favor de la menor.

Cabe agregar que con la nueva Ley N°31590, la cual regula la tenencia compartida y que realiza modificatoria a los artículos 81° al 84° del Código de los Niños y Adolescentes, esta problemática humana se resolvería de la mejor manera en favor del menor, priorizando en Interés superior del niño, permitiendo a ambos progenitores participar en el pleno desarrollo de este, con la tenencia compartida como regla general y excepcionalmente se aplicaría la tenencia exclusiva.

Igualmente, el padre que no se quede con dicha tenencia se le otorgará un régimen para que puede visitarlo, ello debería ser evaluando la situación particular, en el cual considero que se tendría que ser más prudente evaluando todos los elementos presentados, ya que en el presente expediente, la madre no tiene una conducta que la desmerite como madre pero limitarla a sólo 6 horas semanales es absurdo, sin considerar que la menor desde que se dio inicio al proceso ha tenido dos años, los cuales no ha podido compartir con su familia materna, lo cual claramente a futuro daría inicio a una alineación parental, puesto que el tiempo de convivencia con la madre es restrictiva. De igual manera depende mucho de la voluntad de los

progenitores para ponerse de acuerdo, pero cabe recalcar que se debe dejar de lado los intereses particulares de los padres para priorizar el mayor beneficio del menor.

5. CAPITULO V: REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguilar, B. (2014). *Patria Potestad, Tenencia y Alimentos*. Gaceta Jurídica S.A.
- Belfor, J. (2014). *Patria Potestad, Tenencia y Alimentos*. Gaceta Jurídica S.A.
- Chunga, F. (2001). *Derecho de Menores*. GrijLey.
- Cillero, M. (1999). *El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. Organización de Estados Americanos. <http://www.iin.oea.org>.
- Consejo Ejecutivo del Poder Judicial. Acuerdos Plenarios Del Peno Jurisdiccional Nacional Civil De Familia (2021). Magistrados Ponentes Benjamín Julio Aguilar Llanos y Olga María Pérez Castro Treviño.
- Cruz, P; Baldeon, R; Torres, G; Exchieo, A. y Villegas, M.(2020).*Hablemos sobre Derecho de Familia en tiempos de Covid-19*. Clinica Jurídica De Derecho De Familia De La Pontificia Universidad Católica Del Perú.
- Diniz, M. (2004). Curso de Derecho civil brasilero. Citado por: Varsi, E. (2004). *Divorcio, filiación y patria potestad*. GrijLey.
- Sokolich, M. (2012). Reflexiones sobre el tratamiento de la filiación en el Perú. *Revista Persona y Familia*, 1-10.
<https://revistas.unife.edu.pe/index.php/personayfamilia/article/view/421>
- Varsi, E. (2004). *Divorcio, filiación y patria potestad*. GrijLey

Fuentes legales:

- Código Civil Peruano [CCP]. Decreto Legislativo N° 295 de 1984.
- Texto único Ordenado del Código Procesal Civil [CPC]. Resolución Ministerial N°010-93-JUS de 1993.
- Código de los Niños y Adolescentes [CNyA]. Ley N°27337 de 2000.
- Congreso de la República del Perú. (2022). *Ley N° 31590 de 2022. Regula la Tenencia Compartida y modifica los artículos 81°, 82°, 83° y 84° del Código de los Niños y Adolescentes*.

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Civil Transitoria de Lima (2018). *Casación Civil N° 3023-2017*. Magistrada ponente Carmen Julia Cabello Matamala.

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Civil Transitoria de Lima (2014). *Casación Civil N°5008-2013*. Magistrado ponente Víctor Lucas Ticona Postigo.

Corte Suprema de Justicia de la República. Salas Civiles permanente y transitoria (2011). *Casación Civil N° 4664-2012*. Magistrado ponente Victor Lucas Ticona Postigo.

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Civil Permanente de Lima Sur (2016). *Casación Civil N° 2309-2015*. Magistrada ponente Janet Tello Gilardi.

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Civil Permanente de Lima (2013). *Casación Civil N° 1961-2012*. Magistrado ponente Jorge Bayardo Calderon Castillo.

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Civil Permanente de Lima (2016). *Casación Civil N° 4311-2015*. Magistrada ponente Janet Tello Gilardi.

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Civil Permanente de Arequipa (2013). *Casación Civil N°3797-2012*. Magistrada ponente Evangelina Huamani Llamas.

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Civil Transitoria de Cajamarca (2017). *Casación Civil N° 1303-2016*. Magistrado ponente José Felipe De La Barra Barrera.

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Civil Permanente de Cajamarca (2008). *Casación Civil N° 1465-2007*. Magistrado ponente Víctor Lucas Ticona Postigo.

EXPEDIENTE PÚBLICO N° 0105-2018/CCD

6. CAPÍTULO I: SÍNTESIS DEL EXPEDIENTE

6.1. Denuncia:

La Asociación de Consumidores Indignados Perú con fecha 09 de julio de 2018, interpone una denuncia contra Uber Perú y Uber B.V. por la supuesta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, previsto en la Ley de Represión de la Competencia Desleal, en su artículo 14°, mediante el cual aducen que prestan el servicio de taxi mediante el aplicativo “Uber” de la misma denominación.

La Asociación sostiene que la finalidad de la actividad que realizó dicho aplicativo tiene es el transporte de personas, conectando en una red tanto a conductores de taxi con usuarios pasajeros; aunado a ello, dichas entidades no poseen las autorizaciones, licencias habilitantes para prestar el servicio antes mencionado, así como faltan a las normas laborales, fiscales y protección al consumidor del país, ni los costos asignados. Por tanto, no asumen los costos que implican pertenecer a dicho rubro.

6.2. Inicio del procedimiento

La Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (2018) mediante resolución, admite a trámite la denuncia presentada por la Asociación en contra de Uber Perú y a Uber B.V. la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas. Dado que, estarían en el mercado prestando el servicio de taxi sin contar con las autorizaciones de la Gerencia de Transporte Urbano (GTU) de la Municipalidad Lima.

Con respecto al punto sobre el libro de reclamaciones, se debe determinar la competencia de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, por lo cual mediante Resolución N°1 se declina la competencia.

6.3. Descargos de la denuncia

Uber Perú en setiembre de 2018 presenta un escrito de descargo e indica que una empresa peruana, que mantiene un contrato de prestación de servicios, mediante el que exclusivamente brindan servicios de logística, mercadeo y publicidad, dentro del país en beneficio de Uber B.V. Esta última, se halla en el extranjero, titular y la administración del aplicativo móvil de la misma denominación. Agrega que, no presta ningún tipo de servicio alguno mediante el referido aplicativo, varios órganos

resolutivos del Indecopi anteriormente han mencionado que la empresa no es responsable del servicio.

Así mismo, recalca que las plataformas digitales (aplicativos) para intermediarios que ofrecen el servicio de taxi privado no se encuentran regulados en nuestra legislación y por tanto no está dentro del alcance de la Ordenanza en mención.

6.4. Resolución de la Comisión

En primera instancia mediante resolución 043-2019/CCD-INDECOPI de abril de 2019, la Comisión declara improcedente la denuncia presentada en contra Uber Perú y Uber B.V.

Denota que Uber Perú no es titular, ni gestor, ni ocupa la administración del aplicativo del mismo nombre “Uber”; solo brinda los servicios de marketing y logística para la compañía Uber B.V. La comisión explica que el modelo de negocio empleado por el aplicativo Uber es la economía colaborativa. La principal característica es favorecer el intercambio de bienes y servicios entre individuos utilizando los medios digitales, conectando oferta y demanda de las personas por tanto es un intermediador del servicio. En la actualidad la figura anteriormente mencionada no se encuentra regulada sino sólo la prestación directa del servicio.

Concluye que Uber B.V no presta directamente el servicio de taxi, agregado a ello señala que su actividad económica otorgada mediante una plataforma virtual no es catalogada como un servicio de transporte, por tanto a la empresa no le corresponde acreditar dicho documento habilitante que otorga la GTU.

6.5. Apelación

La Asociación en mayo de 2019 interpone el recurso de apelación en contra la Resolución emitida por la Comisión, observando algunos puntos que consideran no se tomaron en cuenta. El primero es que, la Comisión debió analizar y evaluar el caso bajo el principio de primacía de la realidad. Se debe tomar en consideración, la Resolución 1251-2018/CC2- INDECOPI. En dicha resolución, la Comisión de Protección al Consumidor N°2 declara fundada una denuncia contra Uber Perú, puesto que en el aplicativo “Uber” no se contaba con libro de reclamaciones virtual.

Alude que no hay un vacío legal en cuanto se debe interpretar el concepto de servicio de taxi y su finalidad, puesto que este cumpliría con el mismo fin. Además, indican que los informes emitidos por el MTC no serían vinculantes para Indecopi.

Uber Perú con fecha 12 de setiembre de 2019, presentó un escrito reiterando todos los argumentos expuestos en su descargo y sumó a ello que ambas empresas, tanto Uber Perú y Uber B.V, mantienen un contrato de prestación de servicios. En el contrato mencionan que Uber Perú no posee injerencia alguna ni en la administración como en propiedad del aplicativo, únicamente se encarga de la logística, publicidad y marketing.

Posteriormente, Uber Perú sostuvo que ya informó en varias oportunidades al SAC que no hay existencia de una relación con los reclamantes, razón por la cual ellos no brindan soluciones, tal como consta en las audiencias de conciliación presentadas.

6.6. Resolución de la Sala de defensa de la competencia

La Sala declara la confidencialidad de la información contenida en los reclamos, correos electrónicos, la información personal de los reclamantes, presentados contra Uber Perú S.A, adicionalmente la confidencialidad del contrato existente entre ambos, teniendo por fecha el 1 de enero de 2018.

Con ello la Sala confirma Resolución 043-2019/CCD-INDECOPI del 30 de abril de 2019.

7. CAPÍTULO II: OPINIÓN ANALÍTICA DEL CASO

La Asociación de Consumidores Indignados Perú en julio de 2018, interpone una denuncia contra Uber Perú S.A.C y Uber B.V. por la presunta comisión de actos de competencia desleal en el modo de violación de normas; el procedimiento tiene por objeto determinar si ello ocurre.

Por lo tanto, en primer lugar se debe determinar si la extensión de Uber B.V es Uber Perú, para posteriormente determinar la supuesta comisión infractora, analizando el comportamiento de la empresa Uber B.V y Uber Perú en el mercado peruano; toda vez que, se debe analizar si realmente se trata de un proveedor o un intermediario del servicio y si en consecuencia se tiene una ventaja derivada de la infracción de la norma, que es no contar con la autorización exigible por la ATU para circular en Lima metropolitana.

Respecto con la extensión de Uber Perú de la empresa Uber B.V, la Sala menciona que Uber Perú no son propietarios ni administradores de la aplicación de “Uber”, dado que es una compañía encargada de manera exclusiva de brindar servicios de mercadeo, publicidad y servicios logísticos en territorio peruano en favor de un tercero operador de la aplicación, tal como está en su partida registral N°13151234. Mientras que Uber B.V es una empresa de tecnología la cual, mediante su aplicación, los usuarios que necesitan transporte consiguen de manera rápida y sencilla socios conductores que ofrecen este servicio.

Uber B.V en sus términos y condiciones no figura nada con respecto a Uber Perú, se aprecia que los únicos responsables son Uber B.V. y Uber Technologies Inc, que se encargan de la recaudación de los datos personales de los usuarios para el aplicativo. Por tanto, buscan deslindarse de cualquier responsabilidad aclarando que ellos no ofrecen el servicio directamente y que únicamente son los intermediarios.

Así mismo, con respecto a la denuncia contra Uber Perú por omitir el libro de reclamaciones virtual dentro del aplicativo, la Sala menciona que mediante el Decreto Legislativo N°1033 (Decreto que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Indecopi) en su art. 12°, lo resuelto por la CC2 no es determinante para resolver controversias, por cuanto tiene autonomía.

Aunado a lo anterior, el Vigésimo Cuarto Juzgado Contencioso Administrativo con Sub-Especialidad en Temas de Mercadeo, ordenó con una medida cautelar, se suspenda los efectos de la resolución 1251-2018/CC2-INDECOPI; debido a que, consideró que no se había acreditado que Uber Perú fuese el propietario o

administrador del aplicativo, por lo que considera que carece legitimidad pasiva para obrar, esto en cuanto al tema del libro de reclamaciones en el aplicativo Uber.

Bajo el principio de Causalidad, no correspondería castigar o imputar a una persona jurídica como es el caso de Uber Perú, por realizar una actividad en la que no tiene participación directa; puesto que ya se estableció que ellos se encargan de la publicidad, marketing y logística en territorio nacional.

La Sala menciona que si bien ambos tienen la palabra “Uber” en su denominación ello no implica que se dediquen a lo mismo, no existen medios probatorios que acrediten la titularidad, sí existe una relación empresarial, este hecho no implica que brinden el mismo servicio. Al momento de revisar el contrato entre ambos denota que la primera es contratada para otorgar el servicio de publicidad, marketing y logística a favor y en beneficio de este último.

Con respecto a si Uber B.V puede ser catalogado como proveedor del servicio de taxi o un intermediario del servicio de taxi, hay que analizar ambas posturas.

Uber B.V. posee una economía colaborativa, en sus propios términos y condiciones mencionan que es un intermediario del servicio. Morachimo, M. (2014) menciona que mediante la economía colaborativa se facilita el intercambio de bienes y servicios entre particulares a través del uso de las nuevas tecnologías, relacionando la oferta y demanda del mercado.

En el presente caso es el aplicativo “Uber” quien funcionaría de intermediario mediante el cual organiza y solicita la contratación del servicio, tomando en cuenta la interacción del mercado, la demanda de personas que quieren adquirir un servicio y la oferta de este.

En el numeral 02 de los términos y condiciones de Uber B.V colocan específicamente que el usuario reconoce que la empresa no presta dicho servicio de transporte.

Es por ello, que se tiene que analizar el concepto del “Servicio de taxi”. Bajo la Ordenanza Municipal N°1684 en su artículo 5° inciso 25, se encuentra regulada y definida como los vehículos que tengan categoría M1 y que por fin tiene la movilización de personas desde un punto originario hasta otro destino indicado por el usuario que lo contrata, de una manera individual y en la capacidad total que tenga dicho vehículo.

Adicionalmente a ello, el reglamento Nacional de Administración de transporte en su artículo 3° 36.6 menciona que el objeto del servicio de taxi es trasladar personas desde un determinado punto hasta algún otro destino indicado por el usuario contratante del servicio; respecto al cobro menciona que se pueden determinar a través de distintos modos, los cuales pueden ser los taxímetros, los precios ya establecidos por el libre mercado o cualquier otro que sea permitido por la ley vigente.

Tomando en cuenta la descripción anterior en contraste con el servicio que implica la plataforma digital. Mientras que el objetivo del servicio de taxi el de movilizar personas de un punto a otro; el fin del servicio de plataforma digital es intermediar dos demandas y gestionar sus interacciones. Si se analiza a un grosso modo ambas posturas. Pero, igual se deben de tomar en cuenta que Uber B.V es quien establece un listado de requisitos y aplica filtros para evaluar a los potenciales proveedores del servicio, así como una serie de sanciones al incumplimiento siendo parte de la Gobernanza de la compañía, buscando mejorar la calidad y experiencia del servicio que estos realizarán.

Respecto al Principio de Primacía de la Realidad, que está regulado la Ley de Represión de la Competencia Desleal señalando que la autoridad administrativa es quien determina la naturaleza real de las conductas mostradas en la investigación que se establezcan en la realidad (Presidencia de la República, 2008, Decreto Legislativo 1044, Artículo 5).

Lo que menciona la Asociación es que se está tratando de encubrir la verdadera naturaleza de Uber B.V, que es la de ofrecer el servicio de taxis mediante una

plataforma digital. Porque de manera directa o indirecta el fin de ambas es trasladar personas de un punto a otro.

La Sala de Protección al Consumidor, otra área de Indecopi considera mediante Resolución N° 1202-2016/SPC, que no se debe desnaturalizar el fin de la contratación, que es la de brindar el servicio de taxi, así sea este contratado mediante las plataformas virtuales.

La Sala Especializada del Consumidor es clara, aplicando la verdad material. Al mencionar que “Easy Taxi” presta el servicio de taxi, por extensión, las demás plataformas con la misma naturaleza como Uber también lo serían. Ya que, en dicho caso también es la usuaria que lo reconoce como una empresa que brinda el servicio de taxi y no como un intermediario.

Con ello encontramos dos áreas de Indecopi, tanto el área de Protección al Consumidor como el área de Competencia Desleal, que sostienen una posición contraria, debemos encontrar un equilibrio en nuestra legislación y si este trajese consigo beneficios o por el contrario sería perjudicial para dicho mercado, en el sentido que se volvería más restrictivo y limitado.

No hay competencia exclusiva del MTC para realizar interpretación así lo establece el Art. 15 de la Ley General de Transporte y Tránsito que menciona el orden de las distintas entidades que tienen injerencia sobre el tema incluyendo Indecopi.

Por tanto, Indecopi puede realizar la interpretación necesaria estableciendo los parámetros pertinentes para el adecuado equilibrio de nuestra legislación.

Pero, el MTC mediante el artículo 16 de la Ley 27181- Ley General de Transporte y tránsito terrestre, menciona que se encuentra dentro de sus competencias el de interpretar ello para el correcto cumplimiento a nivel territorial. Es por ello, que mediante dos informes emitidos por el MTC 542-2017/MTC/15.01 y 3017-MTC/08, se indicó en primer lugar que la regulación actual no tiene un marco legal que sea compatible con las ejecuciones que realizan las empresas que utilizan plataformas digitales, la cual es la de intermediación del servicio. En segundo lugar,

menciona que dichas empresas que operan en plataformas digitales, que son intermediarias de los servicios de taxi, deben ser consideradas como empresas que ofrecen el servicio complementario de transporte.

Por lo cual, se hace mención que el hecho infractor de un ordenamiento normativo específico, toda vez que actualmente no existe una regulación del mismo. Por tanto, es deber del MTC pronunciarse respecto de ello o en su defecto Indecopi pronunciarse sobre ello, en el sentido que establezca que sí se ofrece el servicio de taxi, pero de manera complementaria ya que son intermediarios, pero cumplen la misma función del rubro.

Con respecto a la legislación comparada, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2017) consideró que sí es un servicio de taxi. Respecto a dicha sentencia, menciona que Uber B.V. clasifica como un “servicio en el ámbito de los transportes”, ello incluye las actividades realizadas por los aplicativos de intermediación, las cuales están reguladas en Europa; mientras que, en Perú no está regulado dicho término.

Cabe mencionar que se estaría dando un aprovechamiento del vacío legal, dado que la naturaleza del mercado es dinámica (cambio constante) mientras que, en comparación, nuestra legislación es fija (la ley no cambia repentinamente). Por lo tanto, por el momento no existe una ley u ordenanza ni alguna disposición que regule el nuevo mecanismo de intermediación del servicio de taxi, tal como es el caso.

Actualmente, existe una línea muy frágil entre proveedor e intermediador, formal e informal, debido a los vacíos legales sobre estos casos “modernos” mediante las plataformas digitales. Hay pros y contras, me explico, para muchas personas que no tienen accesos económicos, la utilidad del aplicativo les es beneficioso, puesto que para ser parte de las personas que ofrecen el servicio se pide una serie de requisitos simples y desde su aprobación ya estás habilitado, reduciendo considerablemente el tiempo de dicho trámite ante un órgano municipal.

El tema del ahorro en el costo que hay en la búsqueda por ambos lados, usuarios y socios conductores, puesto que en el punto se puede solicitar y esperar en tiempo

real al socio conductor, se acorta el tiempo de la negociación ya que el socio conductor sólo debe aceptar o no dicha solicitud. La seguridad de identificar a la persona que brinda el servicio, otorgando toda la información necesaria del socio conductor. De igual manera, mediante la plataforma se sigue la ruta del viaje que toma en tiempo real, respecto al cobro se dan diversas opciones, que es la de agregar tarjetas de débito o crédito, facilitando así el pago y minimizando el costo del tiempo ya que el cobro es automático.

Mientras que, por otro lado, se llegaría al punto de que la gran mayoría de personas no tenga los permisos necesarios establecidos por la ATU, la irregularidad del acto, poniendo en desventaja a los taxistas tradicionales. Los costos asumidos entre el taxista tradicional y el de aplicativo son distintos ya que, al socio conductor de aplicativo se le cobra una comisión de entre el 20% al 30% del monto final que cobra el aplicativo, por lo cual su ganancia es menor. De otro lado, el costo tanto de dinero como de tiempo que asume el taxista urbano para el trámite de la autorización requerida por el ATU. Así como el costo en la búsqueda de pasajeros que acepten las tarifas, alargando el tiempo de negociación entre ambos.

En conclusión, Uber Perú y Uber B.V aprovecha el vacío legal que existe en nuestra legislación para sacar provecho de ello, puesto que se evidencia la línea tan delgada entre ambos. De igual manera la ambigüedad entre la verdadera naturaleza los servicios ofrecidos mediante aplicativos. Así como muchas otras nuevas aplicaciones actuales que funcionan mediante la economía de pares, que son intermediarios del servicio que ofrecen.

Pero, por el momento, considero que la nueva figura de “Intermediación de servicio” debe ser colocada y regulada debidamente en el sector que corresponda o al que finalmente va dirigido, como un complementario al servicio tradicional o regular, que puedan cumplir con un estándar que garantice el servicio; no para restringirlo puesto que con ello da apertura a nuevas tecnologías innovadoras, sino con el fin de que brinden al consumidor una mejor calidad de servicio y una competencia leal entre dicho sector, el punto de dicha regulación no es para limitar la innovación, sino para tener la figura más clara y uniforme.

8. CAPITULO III: JURISPRUDENCIA

8.1. Competencia Desleal

“Es así que el sistema de competencia desleal peruano acoge el denominado modelo social de represión de la competencia desleal, el cual se concentra en la protección del proceso competitivo. De esta manera, la tutela frente a esta clase de prácticas se encuentra dirigida a la protección al mercado, como orden público económico, así como a los consumidores, bajo el entendido de que cualquier afectación al orden concurrencial también genera perjuicios a estos.” (INDECOPI, 2015, Resolución N° 0143-2015/SDC-INDECOPI, p.7)

8.2. Violación de normas

“En la norma precisa claramente que la determinación de la infracción a una norma imperativa se sustenta en la existencia de un pronunciamiento previo y firme de la autoridad sectorial que declare la responsabilidad por incumplimiento del marco legal dentro del cual se inserta la actividad económica. Como la infracción es respecto de marcos normativos específicos en los cuales existe una autoridad encargada de su supervisión y sanción, el Indecopi no podría arrogarse la competencia para investigar los hechos y declarar la infracción en estos casos.

Luego de ello, es pertinente que la Comisión (o en segunda instancia, la Sala) verifique que el agente económico haya obtenido una ventaja derivada de la contravención a las disposiciones aplicables a su actividad. Dicha situación permitirá que el agente infractor se beneficie de un ahorro de costos que, a su vez, le brinde una ventaja y de esta manera, pueda alterar las condiciones de competencia, mejorando su posición en el mercado por la infracción a una norma imperativa, y no a su eficiencia o mayor competitividad (precios menores o mejor calidad).” (INDECOPI, 2017, Resolución N° 0196-2017/SDC-INDECOPI, p. 9)

8.3. Primacía de la realidad

“A mayor abundamiento, el artículo V del Código reconoce el Principio de Primacía de la Realidad, según el cual, en la determinación de la verdadera naturaleza de las conductas, se consideran las situaciones y relaciones económicas que efectivamente se realicen, persigan o establezcan, por sobre las formas jurídicas que se adopten.” (INDECOPI, 2016, Resolución N° 0122-2016/SPC-INDECOPI, p.6)

8.4. Prestación de Servicio de taxi a través de la intermediación

“(…) a través de su servicio de intermediación, ofrecía atributos que mejoraban la experiencia en la prestación de servicios de transporte, lo que resultaba beneficioso para los pasajeros, en comparación con los servicios de transporte tradicionales, pues se reducían: (a) los costos de transacción para contratar servicios de transporte, y (b) los problemas de coordinación entre conductores y pasajeros.” (INDECOPI, 2019, Resolución N° 3229-2019/SPC-INDECOPI, p.10)

9. CAPITULO IV: JURISPRUDENCIA COMPARADA

9.1 Tribunal de Justicia de la Unión Europea

“(…) un servicio de intermediación, como el del litigio principal, que tiene por objeto conectar, mediante una aplicación para teléfonos inteligentes, a cambio de una remuneración, a conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo con personas que desean efectuar un desplazamiento, está indisociablemente vinculado a un servicio de transporte y, por lo tanto, ha de calificarse de servicio en el ámbito de los transportes (…).” (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2017, Asunto C-434/15. 20, p.8)

9.2 Suprema Corte del Reino Unido

“La realidad era que los conductores se habían incorporado al negocio de la empresa Uber de prestar servicios de transporte, sujeto a disposiciones y controles que los llevaban lejos de una actividad comercial por cuenta propia en

una relación contractual directa con el pasajero cada vez que aceptaban un viaje.” (The Supreme Court of United Kingdom, 2021, UKSC 5/ On appeal from: EWCA Civ 2748, p. 43)

9.3 Corte Superior de San Francisco- E.E.U.U.

“El argumento de Uber es un ejemplo clásico de razonamiento circular: debido a que se considera a sí misma como una empresa de tecnología y solo considera a los «tech workers» como sus «empleados», cualquier otra persona está fuera del curso normal de su negocio y, por lo tanto, no es un empleado.” (Superior Court of the State of California Country of San Francisco ,2020, Case N° CGC-20-584402, p.23)

10. CAPITULO V: DOCTRINA

10.1. Economía Colaborativa

“La EC es un término general con una serie de significados, a menudo utilizados para describir la actividad económica y social que implica, en la mayoría de los casos, transacciones en línea. Originalmente nacido de la comunidad de código abierto para referirse a la compartición entre pares de acceso a bienes y servicios, el término se utiliza a veces en un sentido más amplio para describir cualquier transacción de venta que se realiza a través del mercado en línea, incluso las que son del negocio al consumidor (B2C, por sus siglas en inglés, business-to-customer) en lugar de P2P (peer to peer/ entre pares”.

(Buenadicha; Cañigüeral y De León, 2017, p.03)

10.2. Plataforma digital

“Con el término plataforma nos referimos, a un soporte o programa que permite que funcionen las mismas. El tipo de estructura, la complejidad o los estándares de calidad son factores, entre otros, que moldean la clase de soportes que tienen las plataformas y que se encargan de conectar a los usuarios. Para que sean exitosas, los usuarios deben confiar en los soportes

que van a utilizar y su utilización debe ser provechosa para los pares. A mayor nivel de utilización, los usuarios tendrán más confianza.”

(Torralba & Fernández, 2017, p. 162 y 163)

10.3. Primacía de la realidad

“El principio de primacía de la realidad consagrado en nuestra legislación, tanto el Código de Protección y Defensa del Consumidor como en la Ley de Represión de la Competencia Desleal que regula la publicidad comercial, consiste en que para evitar que las empresas se escuden en “apariencias legales artificiosas”, lo que debe primar para la autoridad que tiene que resolver un caso como este son los hechos reales, es decir la “Realidad”, no las apariencias o los formalismos con los cuales se pretende negar lo evidente.”

(Delgado, 2020, p.1)

11. CAPITULO VI: REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BUENADICHA, CAÑIGUERAL Y DE LEÓN (2017). *Retos Y Posibilidades De La Economía Colaborativa En América Latina Y El Caribe*. Banco Interamericano De Desarrollo. Consultado: 17 de Julio de 2022.

DELGADO, Jaime (2020) ¿Qué es el principio de primacía de la realidad en la protección del consumidor? Lp Pasión por el Derecho. <https://lpderecho.pe/que-principio-primacia-realidad-proteccion-consumidor-jaime-delgado-zegarra/>

DURÁN, Manuel Lucas (2017), *Problemática Jurídica De La Economía Colaborativa: Especial Referencia a la Fiscalidad De Las Plataformas*. Universidad de Alcalá, España. chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/32725/problemativa_lucas_AFDUA_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Fecha de consulta: 15 de agosto de 2022.

Morachimo, M. (2014, 6 de octubre). *Economía de pares e informalidad*. Blawyer. Recuperado el 18 de julio de 2022, de <https://goo.gl/g6RS1U>.

Morachimo, M. (2014, 30 de septiembre). *La economía de pares versus el Estado*. Blawyer. Recuperado el 18 de julio de 2022, de <http://goo.gl/bUUGa8>.

Fuentes Legales:

Congreso Constituyente Democrático. (1993). *Constitución Política del Perú de 1993*.

Concejo Metropolitano de Lima (2013). *Ordenanza Municipal 1684 de 2013. Por el cual se expide la Ordenanza que Regula la Prestación del Servicio de Taxi en Lima Metropolitana*.

Congreso de la República (1999). Ley 27181 de 1999. Por lo cual se expide la Ley General De Transporte y Transito.

Presidencia de la República (2008). *Decreto Legislativo 1044 de 2008. Por lo cual se expide la Ley de Represión de la Competencia Desleal*.

Presidencia de la República (2009). *Decreto Supremo 017 de 2009. Por lo cual se expide el Reglamento Nacional de Administración de transporte*.

INDECOPI (2018). Resolución 01 del 21 de agosto de 2018. Por lo cual admite a trámite la denuncia presentada.

INDECOPI. Sala Especializada en Defensa de la Competencia (2015). *Resolución N° 0143-2015/SDC-INDECOPI*. Magistrado ponente Luis Ricardo Quesada Oré.

INDECOPI (2017). Sala Especializada en Defensa de la Competencia.

Resolución N° 0196-2017/SDC-INDECOPI. Magistrado ponente Sergio Alejandro León Martínez.

INDECOPI (2016). Sala Especializada en Protección al Consumidor. *Resolución N° 0122-2016/SPC-INDECOPI*. Magistrado ponente Julio Baltazar Durand Carrión.

INDECOPI (2019). Sala Especializada en Protección al Consumidor. *Resolución N° 3229-2019/SPC-INDECOPI*. Magistrado ponente Javier Eduardo Raymundo Villa García Vargas.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Gran Sala (2017). *Asunto C-434/15*. 20. Magistrado ponente Koen Lenaerts. <http://bcn.cl/274l4>.

The Supreme Court of United Kingdom. The Court of Appeal (2021). *UKSC 5/ On appeal from: EWCA Civ 2748*. Magistrado ponente Lord Reed. <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://www.gacetajuridica.com.pe/docs/uksc-2019-0029-judgment.pdf>.

Superior Court of the State of California Country of San Francisco (2020). *Case N° CGC-20-584402*. Magistrado ponente Ethan P. Schulman. <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/08/Sentencia-uber-y-lift-trabajadores-california-LP.pdf>.