



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

PLATAFORMAS DIGITALES QUE FACILITAN TRANSACCIONES DE CONSUMO: DELIMITACIÓN DE RESPONSABILIDADES DE LOS PROVEEDORES FRENTE A LOS USUARIOS FINALES EN EL MARCO DEL DERECHO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

Sharon Vaisman-Araujo

Lima, marzo de 2018

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho

Vaisman, S. (2018). *Plataformas digitales que facilitan transacciones de consumo: delimitación de responsabilidades de los proveedores frente a los usuarios finales en el marco del Derecho de Protección al Consumidor* (Tesis de licenciatura en Derecho). Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho, Lima, Perú.



Esta obra está bajo una licencia

[Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](https://repositorio.institucional.pirhua.edu.pe/)

UNIVERSIDAD DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO



Plataformas digitales que facilitan transacciones de consumo: Delimitación de responsabilidades de los proveedores frente a los usuarios finales en el marco del Derecho de Protección al Consumidor

Tesis que presenta la bachiller
SHARON VAISMAN ARAUJO

Para optar por el Título de
ABOGADA

LIMA – PERÚ
Marzo – 2018

A mis padres y hermana por el cariño y apoyo constante.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I Marco general de Protección al Consumidor	5
I. La protección al Consumidor.....	5
1. Antecedentes.....	5
2. ¿Quiénes son considerados consumidores y quienes proveedores? ..	11
2.1 Noción de Consumidor	11
2.1.1 Noción de consumidor en el Derecho Peruano	11
2.1.1.1 Consumidor como destinatario final	17
2.1.1.2 Consumidor potencial o equiparado	19
2.1.1.3 Consumidor digital.....	21
2.1.1.4 Consumidor razonable o diligencia ordinaria	23
2.2 Noción de Proveedor	26
2.2.1 Noción de Proveedor en el Derecho Peruano	26
2.2.2 La habitualidad en el ejercicio de la actividad del proveedor.....	30
3. Noción de Relación de consumo	32
4. La razón de crear el Derecho al Consumidor: La asimetría informativa y organizativa.....	34
CAPÍTULO II Análisis de funcionamiento de las plataformas digitales de intermediación	39
I. Análisis Funcional.....	39
1. Comercio electrónico.....	39
1.1 Cuestiones preliminares.....	39
1.2 Concepto	40
1.3 Clasificación	43
1.4 M-commerce	46
2. Plataformas digitales de intermediación.....	47
2.1 Concepto de plataformas digitales de intermediación	47
2.2 Sujetos intervinientes.....	50

3. Plataformas digitales de intermediación que dan origen al problema planteado	50
3.1 Uber	51
3.2 Easy Taxi	55
3.3 Beat	58
3.4 Otras plataformas de funcionamiento similar.....	60
3.4.1 Domicilios.com.....	61
3.4.2 Fandango.....	63
3.4.3 Airbnb	66
II. Análisis Jurídico	69
1. Clasificación de plataformas de intermediación estudiadas	69
2. Naturaleza contractual de las plataformas de intermediación	69
2.1 Plataformas digitales de intermediación como verdaderos contratos.....	69
2.1.1 Breve descripción de contratos civiles.....	70
2.1.2 Breve descripción de los contratos mercantiles.....	71
2.1.3 Contratos por adhesión y cláusulas generales de contratación.....	76
2.1.4 Breve descripción de contratos normativos	79
2.1.5 Aplicación al caso en concreto	81
2.2 Contrato entre oferente de la plataforma y los usuarios	84
2.2.1 Introducción	84
2.2.2 Comparación con el contrato de corretaje	86
2.2.3 Comparación con el contrato de agencia	97
2.2.4 Conclusión	103

CAPÍTULO III Delimitación de responsabilidades del proveedor en las plataformas digitales de intermediación **105**

I. Relaciones de los intervinientes en los referidos contratos	105
1. Relación de los usuarios finales con los usuarios que brindan los servicios subyacentes en las plataformas digitales de intermediación.....	105
1.1 ¿Son considerados proveedores los usuarios que brindan los servicios subyacentes en las plataformas digitales de intermediación?.....	105
1.2 ¿Existe relación de consumo entre los usuarios que brindan el servicio subyacente y los usuarios finales?	118
1.3 Conclusión	120
2. Relación de los usuarios finales con el oferente de la aplicación....	121

2.1	¿Son considerados proveedores los oferentes de la aplicación? Y si es así ¿de qué servicio?	121
2.2	¿Existe relación de consumo entre los oferentes de la aplicación y los usuarios finales?	131
3.	Relación existente entre el oferente de la aplicación y los usuarios oferentes del servicio subyacente	133
II.	Problemática en torno a la responsabilidad de los sujetos intervinientes frente al consumidor	138
1.	Planteamiento	138
2.	Desnaturalización de las relaciones descritas	144
III.	¿Existe un vacío legal que amerite proponer regulación?	154
CONCLUSIONES.....		159
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....		163

INTRODUCCIÓN

Hoy en día, con la evolución tecnológica –que sigue desarrollándose de una manera exponencial- tenemos a nuestra disposición una mayor cantidad de “herramientas” que nos brindan la posibilidad de realizar nuestras actividades diarias con mayor eficacia y rapidez. Entre esas “herramientas” están las plataformas digitales que facilitan la contratación entre oferentes y usuarios, a las que podemos denominar plataformas digitales de intermediación (en adelante, PDI). Con mayor precisión, nos referimos a las llamadas “*apps*” o aplicaciones que se descargan en celulares, *tablets* y en cualquier otro dispositivo con capacidad para ello y que ponen en contacto al usuario con los productos o servicios que desea adquirir.

Las PDI han llegado a formar parte esencial de la vida de las personas, al punto de llegar a crearse toda una industria especializada para la gran variedad de aplicaciones existentes.

De modo general, podríamos definir a este tipo de plataformas digitales como aquellas donde participan tres agentes económicos:

- (i) Los prestadores u oferentes del servicio buscado.
- (ii) Los usuarios de dichos servicios.
- (iii) Los intermediarios que conectan a los distintos tipos de usuarios y facilitan las transacciones entre ellos.

Para tener una idea más precisa de cómo funcionan estas plataformas en el Perú, vale la pena fijarse en las famosas aplicaciones de servicios de taxi, tales como Uber, Easy Taxi, Beat, entre otras.

Las aplicaciones de taxi se han vuelto las más estudiadas en los últimos años; sin embargo, hay otras PDI que también están ganando una gran popularidad en nuestro país. Así, podemos mencionar a Airbnb, Domicilio.com o Fandango.

Ante la gran variedad de estas plataformas, comienzan a plantearse algunas cuestiones jurídicas que deben resolverse. Una de estas cuestiones, que es la que el presente trabajo pretende abordar, es la relacionada con la Protección al Consumidor en el contexto del uso de las plataformas digitales descritas, pues en muchos casos no se sabe con exactitud quién es proveedor o consumidor, o incluso si los hay.

El Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante CPDC), define qué se entiende por consumidor, por proveedor y qué es una relación de consumo¹. Esta última la entiende como aquella relación por la cual “un consumidor adquiere un producto o contrata un servicio con un proveedor a cambio de una contraprestación económica”. A partir de esta definición parece sencillo determinar quién actúa como proveedor, quién como consumidor y cuando nos encontramos ante una relación de consumo amparada por el CPDC.

Sin embargo, en el caso de las plataformas digitales de intermediación mencionadas, la aplicación del CPDC se vuelve más gris. Por eso es crucial determinar si estas transacciones pueden estar o no amparadas por este Código y, quiénes podrían ser considerados proveedores y quiénes consumidores. De este modo será posible determinar por cual vía deben encauzarse estos casos, o incluso de ser necesario, justificar el planteamiento de una nueva regulación.

Pensemos, por ejemplo, en un usuario X, que desea realizar un viaje de un punto A a un punto B, y para ello utiliza su aplicación de Easy Taxi descargada en su dispositivo móvil. Easy Taxi les indica a los taxistas que se encuentran cerca de la zona del usuario X y que cuentan con la aplicación activa la carrera disponible, hasta que uno de ellos la asume.

¹ Las podemos encontrar en el CPDC artículo IV. Así, la denominación de consumidor se encuentra en el IV.1, la de proveedor en el IV.2, y, la de relación de consumo en el IV.5.

Imaginemos ahora que cuando el cliente se sube al taxi, el taxista termina por llevarlo a un destino diferente y le roba sus pertenencias. En ese caso, ¿quién deberá responder por la falta de idoneidad en el servicio prestado? ¿Easy Taxi o el taxista? ¿Se puede afirmar que hay una relación de consumo entre el taxista y el usuario X o entre la Plataforma y el usuario X? ¿Qué relación tienen Easy Taxi y el taxista? Estas y otras interrogantes se plantean a menudo tanto la agencia de competencia como los usuarios, cuando se denuncia el mal servicio brindado al que se llegó por medio de estas PDI. Y lo más grave es que ni el propio INDECOPI tiene una respuesta uniforme para ellas.

En dicho contexto, el presente trabajo tiene como objetivo contribuir con el análisis de estas plataformas en el contexto de la Protección al Consumidor, teniendo en cuenta las distintas posturas que el INDECOPI ha estado tomando con relación a casos llevados ante sus Órganos Resolutivos.

El objeto principal de este trabajo será identificar las relaciones existentes entre los sujetos que participan en este tipo de operaciones, para así poder identificar si se trata o no de una verdadera relación de consumo y frente a quién el usuario final puede exigir la idoneidad del servicio prestado.

En otras palabras, buscará formular un marco teórico que contribuya a un mejor entendimiento de este tipo de mercados, y permita al INDECOPI formular una postura uniforme frente a este tipo de casos, que cada vez serán más numerosos, a medida que más plataformas digitales de intermediación se vayan introduciendo en nuestro país. De este modo, se pretende ayudar a una mejor defensa del consumidor en el Perú.

CAPÍTULO I

Marco general de Protección al Consumidor

I. La protección al Consumidor

1. Antecedentes

Es innegable que la actividad, y por tanto, la condición de consumidor, ha existido desde tiempos muy remotos y anteriores a la consideración jurídica del consumidor como tal².

Podríamos afirmar, sin embargo, que el país precursor del desarrollo y toma de conciencia sobre la necesidad de contar con un ordenamiento jurídico que sea capaz de darles protección a las personas que actúan como consumidores en el mercado, fue Estados Unidos.

Así –menciona Malpartida Castillo³– a fines del siglo XIX se daría en este país la primera normatividad contra aquellas situaciones que configuraran

² Así, por ejemplo, podemos mencionar las Leyes griegas y romanas que prohibían la adulteración del vino con el agua. Asimismo, en la Edad Media surgieron los primeros inspectores alimenticios, llamados el gremio de los inspectores de pimienta que, como su mismo nombre lo indica, se encargaban de cuidar que la calidad de ese producto sea la adecuada para el consumo humano. Otro claro ejemplo, sucedió en Inglaterra, donde fueron promulgadas diversas leyes para la protección al consumidor en lo que se refería a alimentos, como, por ejemplo, la Ley del Pan de 1836. En MALPARTIDA CASTILLO, V., *El Derecho del Consumidor en el Perú y en el Derecho comparado*, Tesis para optar por el grado académico de Doctor en Derecho, Universidad Mayor de San Marcos, Lima, 2003, p. 46.

abuso del poder económico y que, a su vez, representaban la eliminación de la competencia, como es el caso del *Sherman Act*⁴ seguida poco después por la norma denominada *Clayton Act*⁵.

Sobre este punto, es importante mencionar que la preocupación que termina por la creación de estas normas se advierte en un ámbito más general, de policía de la competencia.

Posteriormente y desde la segunda mitad del siglo XX tuvieron lugar una serie de incidentes tales como el aumento de los precios, envenenamientos y muertes producidas por cosméticos y sustancias farmacéuticas, que tuvo como consecuencia movimientos y protestas por parte de los consumidores, y la creación de la Ley Federal de Alimento, Medicamento y cosméticas de 1938⁶.

Es así como, siguiendo con el movimiento pro consumidor que se estaba produciendo en esos años, el presidente John F. Kennedy, impulsó los derechos del consumidor tras su mensaje pronunciado ante el Congreso de los Estados Unidos el 15 de marzo de 1962, mediante el cual buscaba establecer una legislación que sea apta para asegurar cuatro derechos

³ Ibid., p. 49.

⁴ *Sherman Act* o *Sherman Antitrust Act* fue publicada el 2 de julio de 1890 y creada por el senador estadounidense de Ohio John Sherman, siendo la primera medida del gobierno de los Estados Unidos para limitar los monopolios, previniendo de esta manera el incrementar de los precios, repartición de clientes, arreglo de licitaciones y en general los actos que dañaban la libre competencia del mercado.

⁵ La *Clayton Antitrust Law* o *Clayton Act* fue introducida en Estados Unidos por Henry de Lamar Clayton en 1914, y tuvo como objetivo complementar y mejorar las deficiencias y vacíos que tenía la *Sherman Act*.

⁶ Entre los incidentes más conocidos podemos mencionar los fármacos que contenían narcóticos o adictivos tales como la cocaína y opio como *Grandma's Secret* o el elixir sulfanilamida. Éste último se produjo en 1937 cuando S.E. Massengill Company creó una preparación de sulfanilamida con dietilenglicol (DEG) como disolvente. El DEG es venenoso para los humanos y este preparado causó una intoxicación masiva ocasionando la muerte de más de cien personas. ZEGARRA MULÁNOVICH, A., Apuntes de Derecho Mercantil 1, capítulo 3, *El consumidor*, pro manuscrito, Lima, 2013, p. 117.

básicos de los consumidores: seguridad, información, elección y audiencia o representación⁷.

Este movimiento se extendió rápidamente a países de Europa, quienes poco a poco comenzaron a tomar conciencia de la necesidad de una regulación para la protección de los consumidores⁸.

En nuestro país, sin embargo, el proceso para la creación de una norma como es el Código de Protección y Defensa del Consumidor que actualmente conocemos, fue más lento, teniendo en cuenta también el contexto político por el cual atravesábamos durante los inicios de la creación de esta norma.

Es así como, en 1980 se promulgó el Decreto Supremo N° 036-83-JUS, el cual –se puede afirmar– es el precursor del Decreto Legislativo N° 716. Este Decreto Supremo poseía un tono claramente intervencionista por parte del Estado que, como ya hemos mencionado, guardaba relación con el contexto histórico por el cual el Perú estaba atravesando, pues se había creado recientemente la Constitución de 1979 y nuestro país estaba alejándose de las dictaduras militares.

Asimismo, según indica Ordinola Guerra, en relación con la protección al consumidor, antes de 1991 el consumidor tenía muy limitado su derecho a elegir, pues se encontraba supeditada la mayoría de las veces, a la decisión del Estado, que era quien determinaba qué era bueno para todos y no existía una cultura de servicio al consumidor⁹.

Posteriormente, a inicios de la década del noventa, el Estado inició un programa de reformas para sentar las bases de una economía de mercado,

⁷ Ibid., p.118.

⁸ Es el caso de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de España de 1975, las leyes 88-14 y 92-60 de Francia, el Programa Preliminar para una Política de Protección e Información a los Consumidores de la Comunidad Europea en 1975.

⁹ ORDINOLA GUERRA, C., *La historia del Indecopi en la Protección al Consumidor Peruano: Los primeros dieciocho años*, En Ensayos sobre Protección al Consumidor en el Perú, Universidad del Pacífico, Ed. Oscar Súmar, Lima, 2010, p. 96.

revalorándose el mismo e iniciándose un programa de privatización de empresas públicas¹⁰.

Bajo este contexto, se promulgó el Decreto Legislativo N° 716, Ley de Protección al Consumidor, a través del cual se derogó expresamente el Decreto Supremo N° 036-83-JUS, estableciéndose como elementos fundamentales los derechos de los consumidores y las obligaciones de los proveedores. Los derechos reconocidos en el código son los siguientes:

- a. Derecho a una protección eficaz contra los productos y servicios que, en condiciones normales o previsibles, representan riesgo o peligro para la salud o la seguridad física.
- b. Derecho a recibir de los proveedores toda la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la adquisición de productos y servicios, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios;
- c. Derecho a acceder a una variedad de productos y servicios, valorativamente competitivos, que les permitan libremente elegir los que deseen;
- d. Derecho a la protección de sus intereses económicos, mediante el trato equitativo y justo en toda transacción comercial; y a la protección contra métodos comerciales coercitivos o que impliquen desinformación o información equivocada sobre los productos o servicios;
- e. Derecho a la reparación por daños y perjuicios, consecuencia de la adquisición de los bienes o servicios que se ofrecen en el mercado o de su uso o consumo;
- f. Derecho a ser escuchado de manera individual colectiva a fin de defender sus intereses por intermedio de entidades públicas o privadas de defensa del consumidor, empleando los medios que el ordenamiento jurídico permita.

En noviembre del año 1992 se publicó el Decreto Ley N° 25868, el mismo que creó el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).

¹⁰ Sobre este punto, cfr. RUIZ CARO, A., El proceso de privatización en el Perú durante el período 1991 – 2002, descargado del siguiente link: <http://archivo.cepal.org/pdfs/2002/S027489.pdf>.

Del mismo modo, y para concretar el reconocimiento de los derechos del consumidor, la Constitución de 1993 ratificó y desarrolló con mayor detalle lo indicado en la Constitución anterior¹¹. De esta manera, nuestra Constitución actual reconoce la defensa del interés de los consumidores como una obligación del Estado, indicando en su artículo 65 lo siguiente:

“Constitución Política del Perú de 1993

Artículo 65.- El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto, garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo, vela, en particular, por la salud y la seguridad de su población”.

De esta manera, hemos pasado por una serie de modificaciones e incorporaciones en las cuales el INDECOPI ha tenido un rol y una participación para la formación de la protección al consumidor en nuestro país. Para citar algunos ejemplos, podemos mencionar la Ley N° 26506, que adicionó el artículo 7A al Decreto Legislativo N° 716, mediante el cual se establecía la obligación por parte de los proveedores de informar a los consumidores, ya sea en su lista de precios, rótulos o letreros el precio total (incluido IGV) del bien o servicio ofrecido.

De otro lado, podemos mencionar la Ley N° 27049 que adicionó el artículo 7B a la ley de Protección al Consumidor y prohibió la discriminación en la relación de consumo, ya sea por motivos de raza, sexo, creencia religiosa o de cualquier otra índole.

Una incorporación muy importante se realizó mediante la Ley N° 27251 que modificó el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 716, estableciendo que la

¹¹ Se puede observar que la Constitución del 79 adoptó la institución de la economía social de mercado, donde el Estado se comprometía a promover entre otros aspectos, la tutela del consumidor. En tal sentido, en el artículo 110 se señaló lo siguiente: “El régimen económico de la República se fundamenta en principios de justicia social orientados a la dignificación del trabajo como fuente principal de riqueza y como medio de realización de la persona humana. El Estado promueve el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción y de la productividad, la racional utilización de los recursos, el pleno empleo y la distribución equitativa del ingreso. Con igual finalidad, fomenta los diversos sectores de la producción y defiende el interés de los consumidores”.

Protección al Consumidor se desarrolla en una economía social de mercado y consagró el principio por el cual, todas las normas de defensa del consumidor deben ser interpretadas en el sentido que sean más favorables para éste, (lo que se conoce actualmente como el Principio Pro Consumidor).

Siguiendo este orden de ideas, se debe mencionar también al Decreto Legislativo N° 1045¹², “Ley Complementaria del Sistema de Protección al Consumidor”. Este Decreto Legislativo fue creado con la finalidad de que nuestra normativa referente a la Protección al Consumidor esté en concordancia con la implementación que iba a realizarse del Acuerdo de Promoción Comercial, entre el Perú y los Estados Unidos.

De este modo, el Decreto Legislativo N° 1045 modificó varios artículos del entonces vigente Decreto Legislativo N° 716 como, por ejemplo, el artículo 8, incluyendo como párrafo final que el proveedor quedaba exonerado de responsabilidad en los casos en que acreditara que existió una causa objetiva que calificara como caso fortuito, fuerza mayor, hecho de tercero o negligencia del propio consumidor.

En setiembre de 2010 fue publicada la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, norma que hasta la fecha se encuentra vigente y es la que recoge la mayor parte de la regulación sobre protección al consumidor en el Perú. Del mismo modo, es la que instituye como principio rector de la política social y económica del Estado, la protección de los derechos de los consumidores, dentro del marco establecido en el artículo 65 de la Constitución.

Sin embargo, esta ley, también ha tenido varias modificaciones e incorporaciones. Uno de los cambios más significativos que ha tenido esta ley es el incorporado en el Decreto Legislativo N° 1308 publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 30 de diciembre de 2016. Dicho Decreto Legislativo tiene como finalidad dotar de mayor dinamismo las relaciones entre proveedores y consumidores y busca que haya una mayor participación y actitud por parte de los proveedores para dar solución a los conflictos surgidos con los consumidores.

¹² Publicado en El Peruano el 26 de junio de 2008.

De esta manera, con la incorporación de este Decreto Legislativo se pretende lograr que justamente sean las partes intervinientes en la relación de consumo, las que puedan solucionar los conflictos ocurridos en dicha relación, actuando el Estado únicamente cuando no puedan llegar a un acuerdo que vea satisfechas las expectativas del consumidor.

Así, entre sus modificaciones más significativas podemos recalcar que se incorpora el artículo 107-A, el cual señala que se pueden concluir de forma anticipada los procedimientos administrativos “cuando el denunciante formule desistimiento del procedimiento o la pretensión antes de la notificación de la resolución que agota la vía administrativa” y “cuando las partes lleguen a un acuerdo mediante conciliación, mediación, transacción o cualquier otro acuerdo que, de forma indubitable, deje constancia que se ha solucionado la controversia materia de denuncia antes de la notificación de la resolución que pone fin a la misma”.

Del mismo modo, se ha agregado al artículo 108 del Código unos supuestos que llevarían a que el INDECOPI declare improcedente la denuncia, siendo uno de ellos el indicado en el literal f), el cual establece que, si el proveedor subsana o corrige la conducta constitutiva de infracción administrativa con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos, esta deberá ser declarada improcedente, lo cual antes solo atenuaba la sanción.

De esta forma, se puede observar que, pese a que todavía nos queda mucho camino por recorrer, hemos podido formar una cultura de consumo, y, corresponde tanto al INDECOPI, como institución del Estado, como a los propios participantes del mercado (proveedores y consumidores) seguir trabajando para aumentar el bienestar de los peruanos que diariamente actúan como consumidores de los bienes y servicios.

2. ¿Quiénes son considerados consumidores y quienes proveedores?

2.1 Noción de Consumidor

2.1.1 Noción de consumidor en el Derecho Peruano

La Protección al Consumidor, es un derecho que nos concierne a todos, pero para poder exigirlo, es necesario no solo que conozcamos nuestros

derechos como consumidores, sino, si en efecto y en relaciones concretas, podemos ser considerados como tales.

La necesidad e importancia de saber si actuamos o no como consumidores, radica en que esto nos permitirá conocer si accedemos a la tutela prevista en el Código de Protección al Consumidor (Ley N° 29571) o en todo caso, cuáles son las obligaciones exigidas para tal fin.

La caracterización jurídica del consumidor es compleja y puede tener múltiples acepciones. Así, desde el punto de vista sociológico podemos afirmar que todos somos consumidores, en la medida que todas las personas tienen la necesidad de adquirir bienes o servicios para satisfacer necesidades¹³.

Desde un punto de vista económico, consumidor será aquel sujeto que participa en el mercado adquiriendo bienes o servicios para necesidades familiares o personales, de manera que la verdadera pretensión del consumidor es hacerse con el valor del uso de lo adquirido, pues no pretende recuperar o incrementar la inversión realizada, participando en el mercado con esa adquisición¹⁴.

Si bien, establecer conceptos económicos y sociológicos de consumidor nos ayuda a delimitar la definición, no se puede equiparar a un concepto jurídico, pues es éste el que nos permite identificar quienes están protegidos por el Código de Consumo y, por tanto, cuáles son las obligaciones exigibles de su contraparte; es decir, el proveedor. Es por esto que la ley y la jurisprudencia deben realizar esta labor.

¹³ Fue justamente este concepto de consumidor el que acogió Kennedy en su discurso del 15 de marzo de 1962 ante el Congreso de los Estados Unidos, en el cual destacó la universalidad del concepto de consumidor y comenzó su discurso indicando que: *“Consumers, by definition, include us all. They are the largest economic group in the economy, affecting and affected by almost every public and private economic decision. Two-thirds of all spending in the economy is by consumers. But they are the only important group in the economy who are not effectively organized, whose views are often not heard...”*

¹⁴ ALCÁNTARA FRANCIA, O., *Derecho del Consumidor, doctrina, legislación y jurisprudencia*, Vol. XVII, Normas Editora Legales, 2002, p. 8.

Como señala Andrade Ramírez, “Del consumidor, sin embargo, puede haber distintas expresiones según la posición jurídica que éste asuma en relación con el producto o servicio que en particular adquiera o disfruta. En una etapa temprana del Derecho del Consumo, la noción del consumidor se identificaba con el comprador de bienes propios de la vida cotidiana. Hoy en día dicha noción considera, entre otros, al tarjetahabiente de las tarjetas de crédito, al asegurado y al beneficiario de determinados contratos de seguro, al pasajero de vuelos comerciales, e incluso al paciente de atención médica, no siendo posible descartar que en el futuro se extienda el concepto, sin necesidad *per se* de nuevos desarrollos normativos, a otros ámbitos de contratación y otro tipo de relaciones jurídicas que tengan ocasión en el mercado”¹⁵ (sic).

Así, nuestra definición de consumidor ha ido variando de acuerdo con las modificaciones que ha tenido nuestra normativa de Protección al Consumidor y de acuerdo con los cambios de criterio por parte del INDECOPI, según los distintos precedentes de observancia obligatoria creados.

En una primera aproximación entonces, podemos mencionar al Decreto Legislativo N° 716 que definía al consumidor como “Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios”¹⁶.

Si bien esta definición parece clara, posteriormente se crearía un precedente de observancia obligatoria que ayudaría a delimitar con mayor precisión el concepto de consumidor. Así, mediante Resolución N° 101-96-TC del 18 de diciembre de 1996, se estableció que el fundamento para la protección al consumidor era la asimetría informativa y que dicha asimetría se daba en los consumidores finales, ya sean personas naturales o jurídicas, que adquieran el bien o servicio para “fines personales, familiares o de su entorno social inmediato”. Por tanto,

¹⁵ ANDRADE RAMÍREZ, V., *Derecho de Consumo. Un breve relato sobre sus fundamentos teóricos, desarrollados y nuevas tendencias*, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, 2015, p. 6.

¹⁶ Artículo 3 inciso a del Decreto Legislativo N° 716.

no se consideraban consumidores a los proveedores cuando adquirirían el bien o servicio para fines propios de su actividad como tales¹⁷.

Sin embargo, dicho precedente fue sustituido por otro aprobado mediante Resolución N° 0422-2004/TDC-INDECOPI de fecha 3 de octubre de 2010. En el cual se agregaba al concepto de consumidor al pequeño empresario, debido a que éste “al sufrir los efectos de la desigualdad en la relación de consumo, califica, en ciertos casos específicos, como consumidor para efectos de la aplicación de la Ley de Protección al Consumidor”¹⁸. Dichos casos se daban cuando la adquisición del bien o servicio requería de un grado de especialización que hiciera que el pequeño empresario sea equiparable a cualquier particular, debido a que no iba a poder superar la asimetría informativa existente.

Posteriormente y tras la publicación del Decreto Legislativo N° 1045 “Decreto Legislativo que aprueba la ley complementaria del sistema de Protección al Consumidor” se modificó el artículo 3 literal a) de la Ley de Protección al Consumidor y se consideró consumidor a “Las personas naturales que, en la adquisición, uso o disfrute de un bien o contratación de un servicio, actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional y, excepcionalmente, a los microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios no relacionados con el giro propio del negocio (...)”.

De este modo, quedaban fuera del ámbito de aplicación de la Ley de Protección al Consumidor las personas jurídicas, salvo como claramente establecía la norma, los microempresarios que evidenciaran una asimetría informativa. El razonamiento que utilizó el legislador para realizar la exclusión de las personas jurídicas (excepto las MYPES en algunos casos) se basaba en el supuesto hecho de que este tipo personas tendrían la capacidad de superar alguna desigualdad en la información que

¹⁷ Para más información cfr. BACA ONETO V., *Protección al Consumidor*, Indecopi, Lima, 2013.

¹⁸ Resolución N° 0422-2004/TDC-INDECOPI, de fecha 03 de octubre de 2003, p. 8.

pudiera existir, cosa que, según este orden de ideas, no siempre iban a poder realizar las microempresas ni los particulares¹⁹.

Ahora bien, en un principio, podríamos pensar que este criterio ha cambiado por la publicación del Código de Protección y Defensa del Consumidor, en la medida que en su artículo IV establece que serán consumidores “Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. No se considera consumidor para efectos de este Código a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor. Los microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios que no formen parte del giro propio del negocio (...)”. (Subrayado agregado).

La actual definición del CPDC, hace suponer que se ha vuelto a introducir en el concepto de consumidor a la persona jurídica (no solo a las MYPES) teniendo como único requisito para su inclusión el de actuar en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional²⁰.

Con esta incorporación, por un lado, nuevamente adquieren importancia los casos de los usos mixtos, en los que un sujeto utiliza el bien o servicio tanto para fines profesionales como para los personales. Estos supuestos tienen que verse caso por caso; sin embargo, el INDECOPI ya se ha pronunciado al respecto, indicando que siempre que se pueda evidenciar asimetría informativa va a poder ser considerado consumidor, adicionalmente, señala que mucho dependerá de las características del bien o servicio; y, por último, indica que en estos casos se debe tener en cuenta el Principio de Primacía de la Realidad y sobre todo el de Pro Consumidor²¹.

¹⁹ Véase la Resolución N° 1598-2010-CPC de fecha 02 de julio de 2010, p. 5.

²⁰ BACA ONETO, V., *Protección al Consumidor*, Indecopi, Lima, 2013, pp. 28-33.

²¹ Lineamientos de Protección al Consumidor del Indecopi, 2016.

De otro lado y con el fin de entender toda la problemática que gira en torno al concepto de persona jurídica y consumidor, primero es necesario entender que la palabra “persona jurídica” no es sinónimo de empresa como muchos lo conciben. En efecto, existen muchas personas jurídicas que pese a estar constituidas como tales, no tienen una “misión empresarial” ni una organización económica profesional²².

De esta manera, y pese a la supuesta incorporación de personas jurídicas dentro del concepto de consumidor; se debe tener en cuenta que la verdadera función de la Protección al Consumidor es la de poder superar, o en todo caso, proteger al consumidor frente a la asimetría informativa en la que se encuentra con relación al proveedor.

Siendo esto así, consideramos que la única interpretación que va acorde con la función indicada es que cuando la norma hable de personas jurídicas, se refiera a aquellas que no tengan una función empresarial propia y que estén actuando justamente dentro de un ámbito familiar o social, pues son solo éstas las que tendría sentido llamar consumidoras, en la medida que, en determinados casos, no van a contar con herramientas suficientes para superar la asimetría informativa.

Ahora bien, en cuanto a la discusión acerca de incluir a las medianas y grandes empresas como consumidores, parece haberse aclarado un poco mejor con la publicación de la Directiva N° 006-2017/DIR-COD-INDECOPI “Directiva que regula los procedimientos en materia de protección al consumidor previstos en el Código de Protección y Defensa del Consumidor”²³.

En la referida Directiva menciona que estas personas jurídicas pueden acceder al INDECOPI como consumidores²⁴, señalando inclusive en su

²² Así, como señala el Dr. Zegarra, algunos ejemplos de estas personas jurídicas pueden ser las cofradías religiosas, clubes de un hobby o dedicados a la organización de actividades de tiempo libre, etc. En ZEGARRA MULANOVICH, A., Ob. Cit. p. 127.

²³ Publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el día 2 de mayo de 2017.

²⁴ En este punto, hay que reconocer que, si bien los microempresarios no son consumidores según la definición de esta, la ley hace una excepción y a pesar de no ser consumidores, en determinados casos van a ser protegidos como tales.

artículo 4.2.3 los documentos que debe adjuntar cuando quiera realizar una denuncia.

Entonces, consumidores serán todas aquellas personas naturales, las microempresas y personas jurídicas que no cuenten con la capacidad organizacional ni económica para superar la asimetría informativa a la que se vean expuestas, cuando realizan una transacción para adquirir un bien o servicio determinado, siempre y cuando, actúen como destinatarios finales (definición que se verá más adelante) y las MYPES en determinados casos.

Lo antes indicado se basa justamente en que las medianas y grandes empresas, como ya se ha mencionado, si bien puede parecer que sufren de esta supuesta asimetría en la información, lo cierto es que, a diferencia de los consumidores, tienen mayor capacidad para asumir los costos de la reducción de dicha asimetría. En efecto, en virtud de su organización, podrían generar mecanismos que hagan posible superarla, en consecuencia, no tiene una razón fundamentada que haga viable equipararlas a un consumidor.

2.1.1.1 Consumidor como destinatario final

Hay que mencionar también que el CPDC es muy claro cuando indica quién es el sujeto protegido en toda relación de consumo, al mencionar que serán considerados consumidores “Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios (...)” (El subrayado es agregado).

Esto quiere decir que es fundamental para determinar cuándo un sujeto va a poder ser tratado como consumidor dentro de los parámetros del CPDC, fijarnos en ciertas circunstancias que recaen sobre él, teniendo en cuenta que no constituye una condición permanente, sino que depende de las circunstancias concretas.

Ahora bien, se debe tener en cuenta, como explicaremos más adelante, que al hablar de consumidor final estamos haciendo referencia tanto a las personas que contrataron directamente con el proveedor y adquieren el bien o servicio como también a los que tienen una relación indirecta con el proveedor. Es decir, que, si bien no fueron ellos los que realizaron la

transacción para adquirir el bien o producto, son los que finalmente los “utilizan” o “disfrutan”.

Lo antes mencionado, da a entender que no basta o incluso no hace falta haber adquirido un bien o servicio para ser considerado consumidor en términos del CPDC, sino que es necesario tener la condición de consumidor final²⁵.

Ahora bien, la ley ha introducido este concepto de manera genérica sin tener una definición clara y destacada, debido a que solo indica que serán consumidores finales, los que adquieran, utilicen o disfruten los bienes o servicios en beneficio propio o de su grupo familiar o social, excluyendo de esta manera a los que adquieran bienes o servicios para destinarlos a sus actividades como proveedores.

Debido a esta falta de desarrollo con relación a este concepto, varios autores han intentado definir qué se entiende por consumidor final. En tal sentido, Botana sostiene que “(...) A partir de un concepto amplio de consumidor, como sujeto del tráfico económico frente a la empresa organizada, se comenzó a perfilar la idea del consumidor final de bienes y servicios para uso privado, tanto como adquirente de bienes de consumo cuanto como usuario de servicios públicos y privados. Para que una persona tenga la cualidad de consumidor final es preciso, por un lado, que adquiera, posea o utilice un bien o servicio; y, por otro lado, que ese bien o servicio sea destinado a ‘fines privados’ o ‘fines ajenos a su actividad profesional’”²⁶.

Asimismo, Fernández manifiesta que “(...) no tendrán la consideración de consumidores y usuarios las personas físicas o jurídicas que no se constituyen en destinatarios finales. En concreto, quedan excluidas del

²⁵ Ahora bien, debemos tener en cuenta que en realidad el carácter de consumidor va a depender del proveedor, pues es este último el que realiza una actividad en la relación de consumo, ya que es él el que destina el bien o servicio y lo único que tiene que hacer el consumidor es ser el último eslabón de la cadena, es decir, quedarse como destinatario final; así que en realidad podemos decir que es un no hacer, pues ellos solo deberán recibir el producto o servicio.

²⁶ BOTANA, G., *Los Contratos Realizados Fuera de los Establecimientos Mercantiles y la Protección de los Consumidores*, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 59-60.

ámbito de esta ley, aquellas que adquieran, almacenen, utilicen o disfruten bienes o servicios con el fin de integrarlos en la organización o ejercicio de una actividad empresarial, profesional o de prestación de servicios (...)»²⁷.

Del mismo modo Guido Alpa indica que “La definición de ‘consumidores y usuarios’ es el resultado de las definiciones que en las directivas comunitarias y en sus reglas de actuación se ha dado al consumidor: es tal quien adquiere un bien o un servicio para propósitos no referidos a la actividad empresarial o profesional desarrollada”²⁸.

Teniendo en cuenta estas delimitaciones, podríamos definir en principio, al consumidor final como aquél sujeto que adquiere, utiliza o disfruta un bien o servicio sin tener como finalidad el volver a introducirlo en el mercado, o utilizarlo para participar en él, es decir, que efectivamente sea el último eslabón de la cadena productiva.

Ahora bien, claramente las personas jurídicas dificultan la determinación precisa de consumidor final, debido a que no es sencillo determinar si es que éstas son efectivamente el último eslabón de la cadena. Sin embargo, como ya se ha mencionado, algunas personas jurídicas van a poder ser consideradas consumidores en determinados casos, como, por ejemplo, aquellas personas jurídicas que no tengan una actividad empresarial efectiva o la extensión excepcional que realiza la ley a las MYPES (según la actual interpretación del CPDC), siempre y cuando actúen en un ámbito distinto a la de sus actividades económicas y se pueda evidenciar la asimetría informativa.

2.1.1.2 Consumidor potencial o equiparado

Por último, cuando hablamos de consumidores que deben estar protegidos por las normas establecidas en el CPDC, debemos mencionar a los consumidores que se encuentran en una etapa previa a una relación de consumo.

²⁷ FERNÁNDEZ, José P., *Derecho de Consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 89

²⁸ ALPA, G., *Derecho del Consumidor*, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 86.

Este concepto de consumidor constituye en la doctrina lo que se denomina consumidor equiparado o potencial, concepto que sirve para encauzar toda la protección precontratual del consumidor²⁹.

En ese sentido, Espinoza Espinoza señala que “El consumidor equiparado no es más que aquel que se encuentra expuesto a una relación de consumo, independientemente que ésta se concrete o no (...) No debemos olvidar que el consumidor no deja de ser una persona que interactúa en el mercado y, en atención al artículo 3 de la Constitución, merece una amplia protección y tutela, que no debe ser limitada a la concreción de una relación de consumo”³⁰.

Asimismo, algunos autores diferencian a los consumidores potenciales con los expuestos. Estos últimos no se encuentran ni siquiera en una etapa preliminar con el proveedor, sino que se encuentra directa o indirectamente expuesto a una relación de consumo. En palabras del Dr. Zegarra, se puede definir consumidor, considerando también a estos últimos, de la siguiente manera: “todo aquel que, independientemente de que se concrete (o no) una relación de consumo, se encuentra directa o indirectamente expuesto a ella, como destinatario final”³¹.

De todos modos, hay que hacer la salvedad de que, si bien el concepto básico de consumidor puede suponer a cualquier sujeto expuesto a una relación de consumo como destinatario final, debe tomarse en cuenta siempre las circunstancias del caso en concreto. Además, el órgano competente deberá actuar dentro de un límite razonable que permita proteger adecuadamente a los usuarios sin pasar al extremo de ser tan proteccionistas que pueda causar un perjuicio o falsear el mercado mismo³².

²⁹ ZEGARRA MULANOVICH, A. Loc. Cit.

³⁰ ESPINOZA ESPINOZA, J., *Primeras reflexiones a propósito del Código de Protección y Defensa del Consumidor*, Revista Ius et veritas N° 41, 2011, Lima, pp. 164-165.

³¹ ZEGARRA MULANOVICH, A. Ob. Cit. pp. 127 - 28.

³² Un claro ejemplo del actuar dentro de estos límites razonables se da al excluir del ámbito de protección a los denominados *bystanders*, es decir, a aquellos sujetos que son espectadores eventuales y que pueden sufrir algún daño solo por el hecho meramente accidental de haber estado cerca del acto de consumo. Por esta razón, es adecuado

2.1.1.3 Consumidor digital

Hemos visto a lo largo de este primer capítulo, cómo es una relación de consumo y qué se necesita para ser considerado consumidor, de manera que a estos sujetos les sean aplicables las normas de protección al consumidor de nuestro CPDC.

Sin embargo, podemos afirmar que hoy en día hemos pasado de las relaciones de consumo tradicionales, donde existe un proveedor que tiene contacto directo con el consumidor, y éste a su vez con el bien o servicio ofertado, para pasar a un comercio que se realiza a través de redes informáticas donde la oferta y pedido del bien o servicio se realizan a través de la Internet, en formatos o sitios virtuales acondicionados y creados para ello³³.

Como señala Guido Alpa, a inicios del nuevo milenio, se han registrado fenómenos que se incluyen en dos expresiones: globalización y revolución digital (es decir, la revolución del Internet). La combinación de estos dos fenómenos ha llevado a crear la *new economy*; es decir, a otro modo de producir, de consumir, de trabajar y vivir dentro y fuera del mercado. En este caso, se le ofrece materia al jurista para:

- (i) reformular los esquemas tradicionales del derecho privado;
- (ii) reorganizar la propia actividad; y
- (iii) promover los valores de la persona³⁴.

Es en este contexto donde comienza a tener relevancia la noción de consumidor digital y donde el legislador se esfuerza para hacer notar las características que definen a este nuevo “tipo” de consumidor, que se está haciendo más común en las nuevas relaciones de consumo existentes.

De este modo, para este tipo de relaciones se necesita un nivel de confianza mayor por parte de los sujetos participantes y más

proteger al grupo social y familiar del consumidor primario (por llamarlo de alguna forma) pero sin extenderlo a cualquier persona que tuvo la mala suerte de encontrarse cerca cuando se produjo el daño.

³³ Resolución N° 245-2017/CC2 de fecha 17 de febrero de 2017, p. 10.

³⁴ ALPA, G. Ob. Cit. pp. 47- 48.

precisamente por parte de los consumidores; pero también, se habla de un consumidor más interesado para obtener toda la información relevante ya que adquiere el producto o servicio sin tener contacto directo con estos.

Así lo reconoce la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), cuando indica que “(...) el comercio electrónico puede ofrecer nuevos y substanciales beneficios a los consumidores, incluyendo la convivencia y el acceso a un amplio rango de bienes o servicios, y la capacidad para recopilar y comparar información sobre dichos bienes y servicios”. Asimismo señala que “Reconociendo que ciertas características específicas del comercio electrónico; tales como la facilidad y velocidad en la comunicación entre empresarios y consumidores respecto a la venta de bienes o servicios, así como para realizar operaciones transfronterizas, pueden crear situaciones comerciales desconocidas para los consumidores, que pueden poner en riesgo sus intereses, y que cada vez es más importante que los consumidores y empresarios estén informados y conscientes de sus derechos y obligaciones en el mercado electrónico”³⁵.

De otro lado, Matute, Cuervo, Salazar y Santos señalan que en el comercio electrónico “el cliente compra el producto y el vendedor se encarga de que le llegue lo antes posible, en perfectas condiciones y con el mínimo costo; lo que obliga a que las empresas dedicadas al comercio B2C y B2B diseñen procedimientos eficientes de entrega de pedidos, para lo cual deben disponer de departamentos de logística o contratar la logística de entrega a un proveedor externo (...) Para que el sistema funcione es necesario que el cliente confíe en que el producto le llegará. Por eso, la logística es una actividad compleja que requiere de la coordinación de varios elementos como inventario, almacenamiento y entrega”³⁶.

³⁵ Documento de trabajo preparado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), *Recomendación del Consejo de la OCDE relativa a los lineamientos para la Protección al Consumidor en el contexto del Comercio Electrónico* de fecha 9 de diciembre de 1999.

³⁶ MATUTE, Genaro; CUERVO, Sergio; SALAZAR, Sandra y SANTOS, Blanca; *Del consumidor convencional al consumidor digital. El caso de las tiendas por departamento*, Esan Ediciones, Lima, 2012, p. 30.

En ese sentido, las nuevas formas de comercio electrónico hacen que los consumidores tengan una participación más activa en las transacciones a realizarse. En este contexto cobra importancia el concepto de diligencia ordinaria, puesto que, si bien la propia naturaleza de estas transacciones se basa en la buena fe, también hacen que el consumidor tenga mayores y mejores herramientas para informarse adecuadamente y realizar las transacciones de la mejor manera posible para ambas partes.

De igual modo, el Estado tiene un rol fundamental en este nuevo comercio, puesto que tiene que estar atento cuando, pese a la buena fe y a la diligencia del consumidor, el producto o servicio no resulta idóneo para cubrir sus expectativas por la cual se contrató.

2.1.1.4 Consumidor razonable o diligencia ordinaria

Finalmente, y a pesar de que no forma parte propiamente del concepto de consumidor, debemos mencionar el actuar diligente que debe tener este interviniente en las relaciones de consumo a las que está expuesto, pues este actuar constituye un límite de responsabilidad del proveedor o, mejor dicho, de la imputación de los cargos, según pasaremos a explicar a continuación.

La jurisprudencia del INDECOPI desarrolló un estándar que era conocido como “consumidor razonable”. Así, en el caso de Humberto Tori Fernandez vs Kouros E.I.R.L.³⁷, se estableció un precedente de observancia obligatoria, en el cual se consideró que el producto o servicio que el proveedor pone en el mercado, tiene que seguir los fines o usos por los cuales fueron adquiridos y de acuerdo a lo que esperaría un consumidor razonable³⁸.

³⁷ Resolución N° 085-96/TDC de fecha 13 de noviembre de 1996. En este caso, el señor Tori denunció a Kouros, toda vez que uno de los zapatos de cuero del par que compró en dicha empresa, se rompió en la parte superior luego de dos meses de uso.

³⁸ Así, la Resolución citada señala lo siguiente: “De acuerdo a lo establecido en la primera parte del artículo 8 del Decreto Legislativo 716, se presume que todo proveedor ofrece como una garantía implícita, que el bien o servicio materia de la transacción comercial con el consumidor es idóneo para los fines y usos previsibles para los que normalmente se adquieren éstos en el mercado, según lo que esperaría un consumidor razonable, considerando las condiciones en las cuales los productos fueron adquiridos o los

El Decreto Legislativo N° 1045 introdujo, en el concepto de consumidor, el del actuar dentro del mercado con una diligencia ordinaria y de acuerdo con las circunstancias³⁹.

En principio, esta incorporación y la no referencia al consumidor razonable, podría interpretarse como un alejamiento del segundo concepto. Sin embargo, esto no es del todo cierto, puesto que el consumidor razonable se puede definir como aquél que suele entender su proceso de consumo y que actúa en éste sin ser un experto, pero con una diligencia que se le puede exigir a cualquier persona, siendo que actúa en la relación de consumo de una manera activa, teniendo cierto criterio y cuidado al momento de contratar⁴⁰.

Si observamos la definición de consumidor razonable indicada y lo contrastamos con la jurisprudencia del INDECOPI, podemos concluir que lo que realmente hizo el Decreto Legislativo N° 1045 fue concretar este concepto, esto debido a que un consumidor razonable va a actuar con una diligencia ordinaria (no extraordinaria) en el mercado.

El CPDC no ha reconocido, al menos no expresamente, ninguno de los dos términos, pero sí se puede concluir en distintos artículos, que el

servicios contratados, lo que comprende el plazo de duración razonablemente previsible de los bienes vendidos (...)"

³⁹ Sobre el particular y a nuestro entender, incorporar el actuar diligentemente dentro del concepto de consumidor fue un error técnico, pues como ya hemos explicado, este estándar no forma parte del concepto en sí, sino solo el límite de la responsabilidad. De esta manera, por ejemplo, si un consumidor actúa de una manera poco razonable y no le da un buen uso al producto o servicio adquirido, causando que estos fallen, no es que deja de ser consumidor, sino que por su actuar poco diligente, la responsabilidad ya no va a recaer en el proveedor.

⁴⁰ BULLARD, A., *¿Es el Consumidor un idiota? El falso dilema entre el consumidor razonable y el consumidor ordinario*, Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual N° 10, 2010, p.9. Citado por NÚÑEZ RIVA, S., *El consumidor protegido por el Código de Protección y Defensa del Consumidor*, Actualidad Empresarial N° 261, 2012, p. 3.

consumidor debe actuar de una manera diligente, para poder reconocerle sus derechos como tal⁴¹.

Sin perjuicio de lo antes mencionado y a pesar de que no encontramos en el CPDC los términos exactos, consideramos que el estándar de conducta del consumidor tiene que ser el razonable, pues de lo contrario, estaríamos en peligro de ser un Estado muy proteccionista donde un consumidor podría actuar incluso sin sentido común y en su propio perjuicio. Ello vulneraría la razón y finalidad por la cual la norma fue creada y estaríamos incentivando que los consumidores no tengan la mínima diligencia ni ningún incentivo para informarse al actuar en el mercado.

Como señala Bullard “El proveedor tendrá entonces que encontrar mecanismos que protejan a los consumidores de su propia idiotez. (...) Bajo tal regla resulta claro que no habría incentivos para corregir la conducta del consumidor”.

Asimismo, continúa diciendo que “Hablar de un consumidor razonable no es hablar de un consumidor experto o excesivamente exigente y cuidadoso. No es un consumidor racional, calculador y frío capaz de analizar con detalle todas las alternativas como si fuera una calculadora. Por el contrario, es una persona que actúa con la diligencia ordinaria que se le puede exigir a cualquier persona según las circunstancias”⁴².

De igual manera, es importante recalcar que si bien el concepto de consumidor razonable es significativo para determinar cuándo los consumidores son o dejan de ser objeto de protección, es muy importante

⁴¹ Es cierto que ya no están reconocidos en la ley estos términos exactos; sin embargo, distintos artículos reconocen ese actuar del consumidor. Así, por ejemplo, en el artículo V.5 se menciona el principio de buena fe la que establece que todos los participantes de la relación de consumo tienen que actuar con lealtad y confianza. Es decir, se habla de una buena fe objetiva que no es otra cosa que un actuar diligente. Del mismo modo, el artículo VI.8 menciona también la buena fe objetiva como un comportamiento que promueve el Estado. Por último, en el artículo 104 del Código se indica que el proveedor es exonerado de responsabilidad administrativa si logra acreditar, entre otras cosas “la imprudencia del propio consumidor afectado”.

⁴² BULLARD GONZALES, A., Ob. Cit. pp. 8 - 9.

que el legislador tome un rol activo y determine qué significa dicha razonabilidad y hasta qué punto es exigible, teniendo en cuenta además que en ningún caso debe suponer una diligencia extraordinaria sino una ordinaria o razonable según cada caso en concreto⁴³.

2.2 Noción de Proveedor

2.2.1 Noción de Proveedor en el Derecho Peruano

Como ha sido señalado, los consumidores finales son todas las personas naturales o jurídicas que adquieran, utilicen o disfruten productos o servicios. Quienes ofrecen estos productos o servicios son los llamados proveedores, y son estos últimos los que tienen un rol primordial en el concepto de consumidor, pues una persona va a ser considerada consumidor siempre que el proveedor realice su actividad de destinar el producto o servicio a aquél.

Con esta primera idea, estamos viendo, como se suele decir, “la otra cara de la moneda”, ya que solo se va a ser consumidor dentro de los límites

⁴³ Varios autores han discutido sobre este tema. En efecto, Rodríguez García sostiene que “Mucho se ha debatido respecto del estándar de consumidor tutelable en el sistema de protección al consumidor. Algunos propugnan que el consumidor protegido debe ser el consumidor promedio, sin que se le pueda exigir un juicio razonable dado que, según se sostiene, en un país como el nuestro, la gran masa de consumidores no se encuentra en aptitud de realizar este análisis que, de ser exigido por el sistema, los alejaría de cualquier posibilidad de protección. Otros hemos defendido el estándar que exige razonabilidad, dado que no hacerlo generaría incentivos perversos. En efecto, la función del estándar de consumidor razonable no es expresar la razonabilidad real de los consumidores peruanos, sino generar incentivos para que tales consumidores se orienten hacia la razonabilidad. (...) Finalmente, queremos expresar nuestro escepticismo con respecto a la premisa que sostiene que el consumidor peruano es poco razonable. El consumidor ha demostrado en diversos supuestos que es capaz de reaccionar inteligentemente a supuestos específicos. No encontramos evidencia alguna de que los consumidores en el Perú comprenden aquello que no quieren comprar o sigan comprando sin problemas el producto que ya los defraudó. El hecho que muchos de los consumidores en el Perú sean pobres no significa que su pobreza los haga torpes.” En RODRIGUEZ GARCÍA, G., *El Apogeo y Decadencia del Deber de Idoneidad en la jurisprudencia Peruana de Protección al Consumidor*, revista Themis N° 65, 2014, pp. 304-307.

del CPDC si es que se actúa frente a alguien que es considerado proveedor.

Nuestra ley define en su artículo IV.2 al proveedor indicando que serán considerados como tales “las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado que de manera habitual fabrican, elaboran, manipulan, acondicionan, mezclan, envasan, almacenan, preparan, expenden, suministran productos o prestan servicios de cualquier naturaleza a los consumidores”.

Al respecto, si analizamos el concepto proporcionado por la ley, salen a relucir varios aspectos importantes y que se deben tener en cuenta cuando se habla de proveedor.

En primer lugar y siguiendo con la redacción del artículo mencionado, podemos afirmar que la definición de proveedor no se limita únicamente a la persona que finalmente vende el bien o presta el servicio. La ley tiene en cuenta también a cada uno de los intervinientes en toda la cadena productiva que acaba con el consumidor final. Y por eso, a pesar de que cada uno de estos intervinientes tiene un rol distinto en la cadena productiva, la responsabilidad por infracción a la ley dependerá de todos ellos, según sea el caso.

En ese sentido, cuando la ley define al proveedor se refiere también a⁴⁴:

- (i) Distribuidores o comerciantes como aquellas personas naturales o jurídicas que venden o proveen de otra forma productos o servicios;
- (ii) Productores o fabricantes, indicando que son las personas naturales o jurídicas que producen, extraen, industrializan o transforman bienes para la provisión a los consumidores;
- (iii) Importadores y prestadores, como aquellas personas naturales o jurídicas que prestan servicios a los consumidores.

Un ejemplo claro de lo indicado, se puede observar en el caso de la señora Geraldine Luque (señora Luque) vs las empresas Adriática de Importaciones y Exportaciones S.A. (Adriática) e Hipermercados Tottus

⁴⁴ Artículo 2 del CPDC.

S.A. (Tottus) en donde INDECOPI sancionó tanto al fabricante de producto de arroz (Adriática) por haber puesto en el mercado productos cuyos rotulados en donde se encontraban las instrucciones de cocción eran consignados en idioma italiano y no castellano; y, además, sancionó al supermercado que ofrecía el producto por ser el comerciante y responsable de la idoneidad de los mismos, pues debió percatarse de esa falta en el rotulado de los productos que ponía a disposición del público en general⁴⁵.

Un segundo tema que gira en torno al concepto de proveedor es el referente a la consideración de la persona jurídica como empresa. En la ley se indica que la empresa puede ser de derecho público o privado. Respecto a la segunda, no encontramos ningún inconveniente de entendimiento, pues es el proveedor más común de todos, el proveedor como sociedad mercantil.

No corre con la misma suerte el concepto de persona jurídica pública, pues en estos casos es imprescindible determinar cuándo se consideran como proveedores para efectos del CPDC. Esto debido a que no todas estas personas jurídicas pueden tener esta calificación. Por ejemplo, quedan fuera del ámbito de aplicación del CPDC cuando actúan en ejercicio de sus funciones públicas o cuando realicen una actividad prestacional de carácter asistencial⁴⁶.

Ahora bien, sobre el punto en particular de las prestaciones de carácter asistencial, debemos indicar que no nos encontramos conforme con lo establecido en la ley, debido a que, al realizar estas actividades de carácter asistencial, el Estado está realizando una actividad empresarial que calza perfectamente dentro de la noción de proveedor. En ese sentido, consideramos que, en estos casos, sí deberían considerarse consumidores a aquellos usuarios que son destinatarios de estos servicios.

⁴⁵ Resolución N° 4764-2012/CPC, de fecha 27 de diciembre de 2012.

⁴⁶ Se entiende por prestación de carácter asistencial los que realice el Estado con fines sociales, teniendo como finalidad esencial equilibrar las diferencias sociales. Estas prestaciones alcanzan los ámbitos de salud, educación, transporte y ha sido pensado para los sectores más necesitados.

De este modo, por ejemplo, no va a ser considerado proveedor una Municipalidad cuando otorgue autorizaciones municipales, pues en estos casos está actuando en ejercicio de sus funciones públicas⁴⁷.

En cuanto a una prestación de carácter asistencial, a pesar de no encontrarnos de acuerdo como señalamos, un buen ejemplo que siempre se utilizaba eran los servicios brindados a una persona que se acerca a un hospital requiriendo la prestación del servicio mediante ESSALUD⁴⁸. En este caso, no sería un proveedor ya que no existe un ánimo lucrativo y se retribuyen mediante recursos públicos⁴⁹.

Para terminar con la idea de personas jurídicas como proveedores, es preciso mencionar que los trabajadores dependientes de una persona jurídica no van a responder ellas mismas por alguna posible infracción a las normas de protección al consumidor que podrían cometer, sino que va ser la persona jurídica como tal, la responsable frente al consumidor.

⁴⁷ Véase la Resolución N° 547-2000-CPC de fecha 8 de setiembre de 2000, en la cual se establece lo siguiente: “En efecto, la actuación de la Municipalidad se circunscribió al ámbito del cumplimiento de actos derivados de su condición de entidad de la Administración Pública y no a la prestación de ningún servicio al denunciante. En consecuencia, no se puede considerar que la mencionada Municipalidad esté sujeta al ámbito de aplicación de la Ley de Protección al Consumidor”. Citado por ESPINOZA ESPINOZA, J., *Sobre el Ámbito de Competencia de la Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi y los Alcances de la Relación de Consumo (... o sobre la necesidad de diferenciar ambos escenarios)*, Revista Derecho & Sociedad N° 24, 2005, p. 180.

⁴⁸ Es importante destacar en este punto, ya que tiene relación con lo discutido, que de acuerdo al Decreto Legislativo N° 1158 y el Decreto Supremo N° 026-2015-SA “Reglamento del Procedimiento de transferencia de Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI a la Superintendencia Nacional de Salud – SUSALUD”. Todos los actos u omisiones ocurridos a partir del 14 de agosto de 2015 que constituyan presuntas infracciones a las disposiciones relativas a la protección de los derechos a los usuarios de servicios de salud en el marco de una relación de consumo, ya no será competencia del INDECOPI sino de SUSALUD.

⁴⁹ Véase la Resolución N° 1818-2006/TDC-INDECOPI, de fecha 15 de noviembre de 2006.

Este punto tiene una excepción que está contemplada en el artículo 111 del CPDC, en el cual se establece que: “Excepcionalmente, y atendiendo a la gravedad y naturaleza de la infracción, las personas que ejerzan la dirección, administración o representación del proveedor son responsables solidarios en cuanto participen con dolo o culpa inexcusable en el planteamiento, realización o ejecución de la infracción administrativa...”.

Por último, podemos mencionar el carácter habitual que tienen que tener estas actividades para hacer que las personas que las realicen tengan la consideración de proveedores. Este punto se desarrollará con mayor detalle en el siguiente acápite; sin embargo, lo que se puede decir de la habitualidad es que se refiere al ánimo de permanencia en el mercado.

2.2.2 La habitualidad en el ejercicio de la actividad del proveedor

Hemos señalado que nuestra ley considera proveedor a aquella persona que realice una actividad económica de manera habitual. En el artículo IV.8 el CPDC trata de definir la habitualidad; sin embargo, lo que realmente define es la apariencia de dicha habitualidad.

Así, el artículo señala que “Se considera habitual aquella actividad que se realiza de manera común y reiterada de tal forma que pueda presumirse que se desarrolla para continuar en el mercado. Este concepto no está ligado a un número predeterminado de transacciones que deban realizarse. Las actividades de venta de productos o contratación de servicios que se realicen en locales abiertos son consideradas habituales por ese simple hecho”.

Es decir, lo realmente importante para determinar si una persona responde o no como proveedor en el mercado, es la apariencia de habitualidad que da a entender a los consumidores, dicho en otras palabras, que pueda presumirse razonablemente que la actividad que el sujeto realiza lo hace para permanecer en el mercado y con un ánimo

profesional. Además, esa apariencia tiene que ser imputable al propio sujeto⁵⁰.

Esto quiere decir que la habitualidad, si bien se relaciona con la repetición de actos, no debe confundirse o restringirse únicamente a esta; no se tiene establecido un número determinado de repeticiones de esta actividad para que las personas que lo realicen puedan ser consideradas proveedores, sino que la habitualidad va relacionada con el ánimo de permanencia que tienen las personas que realizan una actividad económica en el mercado⁵¹. Es por esta razón que se entiende que es habitual aquella persona que tiene un establecimiento abierto al público, aunque dicho establecimiento tenga recién un día de estar funcionando.

Se considera que una persona busca continuar en el mercado con esa actividad, cuando sus acciones tienen un propósito comercial y se puede observar claramente el ánimo de permanencia, esta información acerca de la habitualidad entonces debe ser analizada caso por caso.

En consecuencia, si una persona no realiza la actividad económica de manera habitual, sino por el contrario, de manera ocasional, ésta no va a poder ser considerada como proveedor para efectos de la ley.

Un claro ejemplo que podemos mencionar es el caso que presentó la señora Rosa Aidee Cruz Simbort (señora Cruz), en contra de la señora María Elena Rutti Tovar (señora Rutti)⁵².

En este caso, la señora Cruz denuncia a la señora Rutti porque esta última le habría vendido una máquina fotocopidora, la cual presentó fallas en su funcionamiento desde el momento de haber sido adquirida. Como defensa, la señora Rutti señaló que adquirió esa máquina para su propio

⁵⁰ Debe tenerse en cuenta entonces que, en algunos casos, la persona que esté poniendo el bien o servicio en el mercado, no va a ser realmente un proveedor, pero al dar suficientes indicios y una apariencia de habitualidad, excepcionalmente y en el caso en concreto, responderá como tal.

⁵¹ Esta misma idea la defiende el INDECOPI en el caso de Cheenyi E.I.R.L contra Kónica S.A., con número de Resolución 101-96/TDC-INDECOPI, de fecha 18 de diciembre de 1996.

⁵² Resolución N° 1883-2006/CPC de fecha 10 de octubre de 2006.

uso en el 2001 y 4 años más tarde la puso en venta, por lo cual, no podría entenderse que era una proveedora ni que estuvieran en una relación de consumo.

Bajo ese contexto, el INDECOPI declaró improcedente la denuncia argumentando que:

“[d]e acuerdo a lo manifestado por la denunciante y las pruebas obtenidas por la Secretaría Técnica, se desprende que la señora Rutti no encuadra en la definición de proveedor prevista en el artículo 3 de la Ley de Protección al Consumidor. Ello, toda vez que no se dedica a la venta de fotocopadoras en establecimientos abiertos al público de manera habitual.

En ese sentido, corresponde declarar improcedente la denuncia.

Finalmente, es pertinente dejar sentado que, si bien la denunciante no puede acceder al nivel de protección administrativa previsto en la ley de Protección al Consumidor, ello no la deja en estado de indefensión, toda vez que nuestro ordenamiento legal ha previsto que pueda acceder a la vía judicial para hacer vales sus derechos”⁵³.

De este modo, se considerará proveedor a aquel sujeto que desarrolla sus actividades económicas en un establecimiento abierto al público, así como también a aquel que realice sus actividades fuera de un establecimiento, pero de manera habitual (es decir, con un ánimo profesional y de permanencia) o al menos aquél que dé la apariencia de habitual.

3. Noción de Relación de consumo

Se ha señalado que, para poder hablar de una relación de consumo, en principio se puede afirmar que es necesaria la existencia de tres elementos fundamentales (consumidor o usuario, proveedor y un producto o servicio).

⁵³ Resolución N° 1883-2006/CPC de fecha 10 de octubre de 2006, p.5.

Nuestra propia ley realiza una aproximación del concepto e introduce estos elementos a la hora de definir qué se entiende por relación de consumo, indicando lo siguiente:

“Es la relación por la cual un consumidor adquiere un producto o contrata un servicio con un proveedor a cambio de una contraprestación económica. Esto sin perjuicio de los supuestos contemplados en el artículo III” (artículo IV.5 del CPDC).

En palabras del INDECOPI, una relación de consumo es la “relación por la cual un consumidor adquiere o se beneficia de un producto o servicio, el cual es proporcionado por un proveedor a cambio de una contraprestación económica o con un propósito comercial. Así, esta se constituye por la concurrencia de los siguientes elementos: consumidor o usuario; un proveedor; y un producto o servicio⁵⁴”.

En este escenario es importante que se tome en cuenta que tanto el INDECOPI como en general la doctrina⁵⁵, define la relación de consumo teniendo en cuenta estos tres elementos.

Sin embargo, hay un dato importante que no podemos perder de vista y es que la definición basada únicamente en la concurrencia de los elementos antes mencionados es una definición que tiende a ser demasiado exacta y

⁵⁴ Lineamientos de Protección al Consumidor 2016, Anexo 1.

⁵⁵ Varios autores han desarrollado el tema de la relación de consumo junto con estos tres elementos. Así, por ejemplo, Tudela Tello indica que “La relación de consumo se encuentra determinada por la concurrencia de tres componentes que están íntimamente ligados y cuyo análisis debe efectuarse de manera integral; puesto que la ausencia de uno de dichos componentes determinaría que no nos encontramos frente a una relación de consumo y, por tanto, la denuncia planteada sería declarada improcedente. Dichos componentes son los siguientes: 1) un consumidor o usuario; 2) un proveedor; y, 3) un producto o servicio materia de una transacción comercial.” En TUDELA TELLO, A., *Ensayo/ Artículo Jurídico – Tema El Proveedor y la Relación de consumo – En la legislación del INDECOPI*, Centro de Investigación Jurídica Iuris per Tottem – CIJ, Lima, 2007, p. 3. Del mismo modo, Espinoza menciona que los elementos de la relación de consumo son el consumidor, proveedor y el bien o servicio ofertado. En ESPINOZA ESPINOZA, J., *Derecho de los Consumidores*, Editorial Rhodas, Lima, 2006, pp. 42-48.

eso trae como consecuencia que algunos sujetos intervinientes queden desprotegidos, como pasaremos a explicar a continuación.

Al incorporar la palabra “usuario” al concepto de relación de consumo, el INDECOPI pretende proteger también a aquellos consumidores que no adquirieron el bien o servicio directamente, pero son los que lo disfrutan (consumidores indirectos). Pero si nos quedamos solo con esos tres elementos como delimitación de una relación de consumo, podría parecer que quedan desprotegidos, por ejemplo, los consumidores potenciales, pues dentro de esa definición incompleta no se podría hablar de una relación de consumo estrictamente (al menos no una finalizada).

Bajo este escenario, consideramos que una definición más exacta de relación de consumo podría ser la siguiente: aquella relación que pone en contacto al proveedor de un bien o servicio con alguien que no actúa como proveedor, sino que lo hace en un ámbito social o familiar (ámbito ajeno al de un empresario)⁵⁶.

4. La razón de crear el Derecho al Consumidor: La asimetría informativa y organizativa

Como ya se ha mencionado en este trabajo, la razón de ser de la Protección al Consumidor recae en que en el mercado existe una asimetría de información de los consumidores frente a los proveedores. Sin embargo, tenemos la idea equivocada que la Protección al Consumidor busca eliminar por completo la asimetría informativa en las relaciones de consumo. Lo cierto es que la asimetría informativa es parte del fenómeno económico que se da en todas las transacciones.

Es justamente esta asimetría de información entre proveedores y consumidores, lo que hace posible que existan transacciones e intercambio en el mercado, pues esto permite que cada uno se especialice y aumente su productividad, si no se diera esta diferencia en la información, todos tendríamos la obligación de ser expertos respecto a todo y, por consiguiente,

⁵⁶ En este punto es importante destacar que no debe ser un contacto meramente accidental, sino por el contrario, el proveedor sabe o al menos debe prever que va a entrar en contacto con un consumidor por el simple hecho de hacer el esfuerzo por colocar sus bienes o servicios en el mercado.

ya no habría necesidad de participar en el mercado, pues seríamos autosuficientes.

En ese sentido, es indispensable para que existan las relaciones de consumo, haya proveedores que sepan más que otros proveedores y que los consumidores, respecto de los bienes o servicios que ofrecen.

Lo que no debe estar permitido, y es ahí donde entra a tallar la Protección al Consumidor, es que los proveedores utilicen esta información para generar distorsiones que traigan como consecuencia que el consumidor no elija adecuadamente, y existan, por lo tanto, transacciones ineficientes que no permitan saciar las necesidades buscadas por los consumidores⁵⁷.

Sin embargo, hay otro factor que la doctrina no se detiene analizar con mucha frecuencia y es el conocido como asimetría organizativa. Esta se da ya que los proveedores están “organizados”-ya sea por su propia estructura, por el poder que tienen en el mercado o por su poder económico- de tal manera que siempre van a encontrarse con cierta ventaja frente al consumidor.

Al respecto, Morales Acosta señala que “La Asimetría Informativa es una característica intrínseca a cualquier transacción económica (e incluso a otros aspectos sociales), en tanto que siempre en un intercambio de bienes y

⁵⁷ Sobre el particular, Rojas Klauer sostiene que debe replantearse la manera en que el legislador aborda el tema de la asimetría informativa, indicando que “La finalidad del replanteamiento que formulamos, se sustenta en la certeza de poder conocer “qué información” sí le sería útil al consumidor, lo cual permite que la agencia de competencia exija el cumplimiento del Deber de Información en términos de eficiencia y satisfacción de los consumidores. Para ello, proponemos observar qué está detrás de la decisión de los consumidores, lo cual permite que: (i) los proveedores utilicen las nuevas técnicas de investigación de mercado para mejorar sus estrategias de comunicaciones, lo cual mitiga o previene los conflictos de consumo y elevan los niveles de satisfacción de clientes; y, (ii) la agencia de competencia tenga mayores elementos de cómo deciden las personas antes de juzgar los conflictos de consumo con los proveedores. Esto a efectos de desincentivar de forma más precisa y eficiente los problemas de información, ya que como indica Bullard, lo que debe evitarse es que la asimetría genere ineficiencia en el mercado”. ROJAS KLAUER, C., *El Alcance del deber de información en materia de Protección al Consumidor: Un replanteamiento desde el Derecho y Economía conductual y el Neuromarketing*, revista de Derecho Themis N° 62, 2012, pp. 67 - 68.

servicios habrá un actor mejor informado que otro. En efecto, dicho actor suele tener mayor y mejor información sobre los productos y servicios que ofrece en el mercado, lo que genera que ciertas prácticas puedan distorsionar excepcionalmente el buen funcionamiento del mismo”.

De igual modo, indica que “Dicha desventaja deriva de la mayor capacidad de los proveedores para adquirir, procesar y utilizar información relevante, la misma que es consecuencia de la experiencia adquirida en el mercado y de la participación en el proceso productivo o de comercialización de bienes y servicios. Así, mientras que los proveedores están en posición de obtener información poco costosa, los consumidores tendrían que incurrir en costos demasiado elevados para tener acceso a la información relevante y para adquirir la experiencia necesaria en el mercado”⁵⁸.

En este segundo párrafo, Morales Acosta apunta implícitamente a reconocer que existe una raíz más profunda que solo una asimetría informativa, que es la organizativa. La misma que lo hace tener una participación en el mercado más ventajosa que la del consumidor, logrando inclusive imponerse frente a él.

Al respecto, Pardo Gato señala: “Pues bien, para empezar, los empresarios lo son porque se sirven de una empresa, y la Empresa es -objetivamente- una organización de factores de producción, una organización de activos económicos, a veces cuantiosos, que sitúan al Empresario en una frecuente posición de supremacía económica respecto del Consumidor. Y, funcionalmente, la Empresa es una actividad organizada; una actividad económica racionalizada, cuya racionalidad derivada de su carácter planificado. (...) Mas, por si esto no fuera suficiente, existe un cúmulo de circunstancias de diversa índole que revelan la situación de indefensión de los consumidores, las dimensiones e importancia del problema, y la necesidad de que el Ordenamiento jurídico le dé cumplida solución⁵⁹”.

⁵⁸ MORALES ACOSTA, A., *Asimetría Informativa*, www.teleley.com/articulos/art_290507.pdf. Consultado por última vez el 17 de abril de 2017.

⁵⁹ PARDO GATO, JR., *Estatuto del Consumidor*, Ponencia elaborada por el Comité de la Academia Gallega de Jurisprudencia y legislación, p. 9.

Asimismo, la ley en diversos artículos menciona el tema de la asimetría⁶⁰. Del mismo modo, el INDECOPI ha indicado en varios de sus pronunciamientos que el factor determinante para la existencia de la protección al consumidor es esta asimetría existente entre consumidores y proveedores:

“La Ley de Protección al Consumidor parte del supuesto que los proveedores de bienes y servicios, debido a su organización empresarial y a su experiencia en el mercado, suelen adquirir y utilizar de mejor manera que los consumidores la información relevante sobre los diversos factores involucrados en los procesos productivos y de comercialización. En este sentido, las normas de la Ley de Protección al Consumidor se orientan a proteger a los consumidores de la asimetría informativa en la que suelen encontrarse dentro del mercado”⁶¹.

Son entonces, a nuestro parecer, estos dos factores los que hacen verdaderamente esencial una normativa especial para ver estos casos. Con esto no queremos decir que deba haber una protección desmedida al consumidor (teniendo en cuenta que hoy en día los consumidores son muy hábiles para realizar sus consumos y ya se ha dejado de lado esa imagen de consumidor al que todo tiene que hacerle el Estado, porque por sí solo no puede).

Sin embargo, sí consideramos que debe regularse adecuadamente la actuación de ambos (proveedores y consumidores) teniendo en cuenta esta desigualdad que existe, para evitar que el proveedor utilice la ventaja que tiene sobre determinados bienes o servicios, justamente por dedicarse a ello, y así asegurar una participación adecuada de ambos sujetos.

⁶⁰ Claro ejemplo es el artículo II del Título Preliminar que habla de la finalidad del CPDC, el artículo IV.7 que define que se entiende por asimetría informativa o el artículo V.4 que explica el principio de corrección de la asimetría.

⁶¹ Resolución N° 1692-2007-CPC de fecha 5 de setiembre de 2007, p. 6.

CAPÍTULO II

Análisis de funcionamiento de las plataformas digitales de intermediación

I. Análisis Funcional

1. Comercio electrónico

1.1 Cuestiones preliminares

Antes de analizar el comercio electrónico, es importante mencionar que esta palabra tiene un significado mucho más amplio del que vamos a tratar en este capítulo, puesto que el comercio electrónico comenzó en el mundo de los negocios entre empresas como un comercio electrónico cerrado o como se conoce por sus siglas en inglés EDI (*Electronic Data Interchange*. O en español, Intercambio Electrónico de Datos).

Existe entonces comercio electrónico cerrado cuando la contratación se realiza por medio de redes cerradas, en las que solo intervienen y operan quienes cuentan con una habilitación contractual y por la cual les otorgan acceso a esas redes⁶².

De otro lado, tampoco podemos decir que el comercio electrónico orientado al consumidor se dio recién con el Internet, pues ya podíamos hablar de un

⁶² Un ejemplo claro de este comercio electrónico cerrado, son las redes de cajeros electrónicos de los bancos.

comercio electrónico con los cajeros automáticos o con las tarjetas de crédito⁶³.

Sin embargo y para efectos de esta investigación, nos enfocaremos en el comercio electrónico que se dio con el auge del Internet, teniendo en cuenta que fue en ese momento en el que tuvo una inclusión notable en la economía de todo el mundo y considerando que las plataformas de intermediación a tratar se dan bajo este escenario.

1.2 Concepto

Es de conocimiento general que hoy en día vivimos en un mundo globalizado en el cual las fronteras territoriales entre países son cada vez menores, al contar con el Internet y las nuevas tecnologías.

Esta evolución y globalización está cambiando también las formas de hacer negocios. Así, como señala Malca “el comercio mundial está adaptando su organización y su forma de actuar, los procesos comerciales se están rediseñando y las estructuras jerárquicas – las barreras entre divisiones de empresas, así como las existentes entre las empresas y sus suministradores y clientes – están desapareciendo”⁶⁴.

Bajo este contexto (y junto con la aparición y fortalecimiento del Internet) se ha desarrollado un concepto denominado “*e-business*”⁶⁵ y dentro de este, a su vez, tiene origen un componente importante que es el “*e-commerce*” o como nosotros en América Latina lo conocemos “comercio electrónico”.

No existe una definición única y general de comercio electrónico; sin embargo, encontramos en la doctrina una variedad de definiciones con ciertos matices que se asemejan los unos de los otros.

⁶³ NIETO MELGAREJO, P., *Derecho del comercio electrónico*, Lima, 2005, pp. 41-61.

⁶⁴ MALCA, O., *Comercio Electrónico*, Universidad del Pacífico, Lima, 2001, p. 32.

⁶⁵ El *e-business* tiene un significado más amplio que el *e-commerce*. Este segundo está incluido en el primero. Sin embargo, el *e-business* no solo abarca las operaciones del comercio electrónico (entendido éste como las operaciones orientadas a realizar transacciones con los consumidores y proveedores, incluyendo actividades como ventas, promociones, etc.), sino que, además, se refiere a toda la organización de negocios, vista desde el punto de aplicación de las nuevas tecnologías informáticas.

De conformidad con Gonzales Martín y Albornoz el comercio electrónico es “aquel que utiliza las TIC⁶⁶ como medio para la celebración y el cumplimiento de un contrato o tan solo para la celebración del mismo ”⁶⁷.

Según Mateu Ros, el comercio electrónico “constituye un fenómeno jurídico y se concibe como la oferta y la contratación electrónica de productos y servicios a través de dos o más ordenadores o terminales informáticos conectados a través de una línea de comunicación dentro del entorno de red abierta que constituye Internet ”⁶⁸.

Por su parte, Jijena Leiva indica que el comercio electrónico es “el intercambio telemático de información entre personas que da lugar a una relación comercial, consistente en la entrega en línea de bienes intangibles o de un pedido electrónico de bienes tangibles, que pueden ser multimedia, consistir en imágenes, textos y sonidos ”⁶⁹.

Otra manera de entender el comercio electrónico nos la brinda León Álvarez al indicar que “comercio electrónico es cualquier forma de transacción comercial en la que las partes interactúan electrónicamente en lugar de por intercambio o contacto directo ”⁷⁰.

Por último, el comunicado de la Comisión de las Comunidades Europeas señala que “se entiende por comercio electrónico todo intercambio de datos por medios electrónicos, esté relacionado o no con la actividad comercial en sentido estricto (...). La compraventa de bienes o prestación de servicios, así

⁶⁶ El término TIC se refiere a las siglas de la palabra Tecnología de la Información y la Comunicación.

⁶⁷ GONZÁLES MARTIN, Nuria; ALBORNOZ, María Mercedes; *Comercio electrónico, Online Dispute Resolution y Desarrollo*, revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías, Universidad de los Andes, Colombia, 2014, p. 8.

⁶⁸ MATEU DE ROS y CENTOYA MÉNDEZ DE VIGO; *El consentimiento y el proceso de contratación electrónica. Derecho de Internet, contratación electrónica y firma digital*, Aranzandi, Pamplona, 2000, p. 29.

⁶⁹ JIJENA LEIVA, R.J., *Comercio Electrónico y Derecho*, Universidad de Chile, 1999, pág. 1.

⁷⁰ LEÓN ÁLVAREZ, D., *Regulación del Comercio Electrónico*, tesis para optar el título de Abogado, Universidad de Lima, Lima, 1998.

como las negociaciones previas y otras actividades ulteriores (...) desarrolladas a través de los mecanismos como el correo electrónico, o el *Word Wide Web*, ambas aplicaciones de Internet, o el EDI (*Electronic Data Interchange*, en vertientes comerciales)”⁷¹.

Así, para efectos de centrar nuestro análisis a un determinado tipo de comercio electrónico y luego de haber mencionado una serie de definiciones sobre qué se puede entender como comercio electrónico, podemos evidenciar ciertos elementos comunes en todas estas.

Entre las principales encontramos que en todas las definiciones esbozadas se habla de la celebración de un contrato⁷². Del mismo modo, todas las definiciones coinciden en indicar que el medio en el cual se realiza este contrato es un medio digital (Internet).

Asimismo, y como consecuencia de los otros dos factores, podemos observar que no hacen hincapié en los sujetos que participan en esta relación, sino en los medios que se utilizan para contratar.

Así, teniendo en cuenta las definiciones indicadas y lo principal de todas, podemos definir -para efectos del presente trabajo- al *e-commerce* de la siguiente manera: toda actividad que tiene como finalidad el intercambio de bienes o la prestación de servicios (contratación), que se realiza utilizando el Internet.

A continuación, pasaremos a explicar cada uno de los componentes de esta definición:

- Es una actividad, debido a que constituye un conjunto de operaciones o tareas que deben realizar las partes de ese comercio para que la finalidad del mismo se cumpla.

⁷¹ Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas al Consejo, Parlamento Europeo, el Comité Económico Social y al Comité de las regiones sobre Iniciativa europea de comercio electrónico, Bruselas, 1997, pp. 7-10.

⁷² Así se evidencia cuando establecen “celebración y cumplimiento de un contrato”, “contratación electrónica de bienes y servicios”, “relación contractual”, “transacción comercial”.

- Uno de los significados según la RAE que va más acorde con todas las definiciones mencionadas, es aquella que entiende por comercio al intercambio de bienes o servicios. El comercio mismo fue creado desde tiempos muy remotos para dicha finalidad, inclusive hasta el día de hoy, cuando se habla de comercio, se hace referencia a cualquier transacción que tenga como resultado el intercambio de bienes o servicios.
- Lo particular de este comercio, es que el mismo es “electrónico”, lo que conlleva a que su desarrollo se realice a través del Internet⁷³; asimismo, para utilizarlo es necesario contar con un equipo compatible que hemos denominado “herramientas electrónicas” que permitan el acceso a Internet para realizar el comercio.

En ese sentido, consideramos que esta definición es la más acertada porque contiene todos los componentes necesarios para dar a entender qué se entiende por comercio electrónico, de forma mucho más sintética y teniendo en cuenta que esta modalidad de comercio aprovecha las herramientas tecnológicas para la concreción de sus transacciones.

1.3 Clasificación

Existen distintos criterios de clasificación del comercio electrónico; no obstante, para este trabajo de investigación, abordaremos la más reconocida y utilizada según la doctrina, que es según los sujetos intervinientes. Según esta clasificación, el comercio electrónico se puede dividir en:

i) Comercio entre empresarios (B2B – *Business to Business*)

El comercio electrónico entre empresarios constituye la actividad pionera cuando hablamos de tecnología. Usualmente por sus costos, que son muy elevados, lo utilizan las empresas y corporaciones grandes para realizar comercio mayorista⁷⁴.

Como su mismo nombre lo indica, los sujetos intervinientes son dos o más empresarios que realizan sus transacciones utilizando medios

⁷³ Véase PÉREZ PORTO, J., definición.de/comercio-electronico. Revisado por última vez el 21 de agosto de 2017.

⁷⁴ Nieto Melgarejo, P., Ob. Cit., p. 57.

electrónicos. Este tipo de comercio es utilizado frecuentemente para efectuar órdenes de compra a los proveedores, recibir facturas y realizar los pagos correspondientes⁷⁵.

ii) Comercio entre empresarios y consumidores (B2C – *Business to Consumer*)

Son aquellas transacciones electrónicas que se realizan entre empresarios y consumidores. Los empresarios que intervienen en estos tipos de comercios pueden desarrollar empresas virtuales o poseer empresas que han adaptado para participar en estos mercados y así conseguir más clientes y ganancias⁷⁶.

Esto ha traído como consecuencia que sea cada vez mayor el número de empresarios que utilizan el Internet para ofrecer sus bienes o servicios. Hoy en día, por ejemplo, un medio muy utilizado y que está generando mucha acogida para hacer negocios son las redes sociales como el Facebook o Instagram, que atrae más la atención de los jóvenes que realizan esas transacciones por medio de estas redes sociales⁷⁷.

⁷⁵ MATUTE Genaro; CUERVO Sergio; SALAZAR Sandra; SANTOS Blanca; *Del consumidor convencional al consumidor digital. El caso de las tiendas por departamento*, Esan Ediciones, Lima, 2012, pp. 21-23.

⁷⁶ De igual modo, hay que tener en cuenta que estas clasificaciones se dan de manera general, pero siempre tiene que verificarse si en el caso en concreto el sujeto está actuando o no como consumidor.

⁷⁷ El vicepresidente para América Latina de Facebook, Diego Dzoclan, detalló que el 55% de los peruanos acceden a la red social Facebook todos los meses del año, lo que convierte a esta plataforma en una gran oportunidad para las empresas. Agregó que, de los 17 millones de peruanos presentes en Facebook, más del 88% accede al portal desde su celular (15 millones de peruanos). Otro dato relevante es que el 68% de peruanos en Facebook están conectados al menos a una pyme, y existen 66 millones de personas en el mundo que están conectados con una pyme peruana a través de Facebook. En gestión.pe “Las cifras de Facebook en Perú: ¿Cómo y cuántos somos en la famosa red social?” noticia del 18 de noviembre de 2017.

iii) Comercio entre empresarios y administración (B2A – *Business to Administration*)

Se refiere a todas las transacciones que se llevan a cabo mediante estos instrumentos electrónicos y los sujetos intervinientes son los empresarios y las diferentes organizaciones del Estado.

En este caso, se estaría utilizando el sentido amplio de la palabra “comercio”, pues en realidad no sería un comercio como los anteriores, a pesar de que haya un intercambio de datos, bienes o productos.

iv) Comercio entre administración y “consumidor”⁷⁸ (A2C – *Administration to Consumer*)

Aún es poco usado en nuestro país y es una nueva incursión de parte de algunas instituciones de la administración como es el caso de la administración tributaria. Mayormente dicha administración lo utiliza para que los contribuyentes realicen el pago de sus impuestos vía electrónica.

Esta es una buena iniciativa que si se utiliza adecuadamente puede generar varios beneficios para la Administración y los administrados. Como señala Oscar Malca “será capaz de aplicar los principios del comercio electrónico a sus operaciones como prestador de bienes y servicios. Así, se mejorará el accionar de la administración pública mediante la utilización de los nuevos sistemas en el área de la informática y las telecomunicaciones; se logrará una gestión más eficiente y una simplificación de los procedimientos que beneficiará a la economía nacional en su totalidad”⁷⁹.

Sin embargo, consideramos que este tipo de operaciones (tanto B2A como A2C) no forma- o no debería formar- parte de la calificación de

⁷⁸ Agregamos las comillas en la palabra consumidor porque, como ya vamos a explicar, no consideramos que debería denominarse a esta parte consumidora, un mejor nombre para esta relación con la administración podría ser “ciudadano”.

⁷⁹ MALCA O., Ob. Cit., p. 107.

comercio electrónico, pues a pesar de que en este tipo de relaciones se utilizan las mismas herramientas tecnológicas que las definiciones anteriores, lo cierto es que los sujetos intervinientes no están realizando transacciones comerciales entre ellos, sino únicamente están cumpliendo con una obligación que la norma les atribuye (como es el pago de impuestos para el caso de los ciudadanos).

Sumado a ello, debemos recordar que una de las partes (la administración) es el Estado y que éste solo puede desempeñarse como empresa en determinados casos. Debido a esto, sería más conveniente excluir este tipo de operaciones dentro de la clasificación de comercio electrónico *per se*.

v) Comercio entre pares (P2P – *Peer to Peer*)

En este tipo de comercio, son los propios consumidores los que interactúan entre sí, realizando transacciones o intercambiando bienes, servicios o información.

Se ha discutido la posibilidad de incluir este tipo de comercio dentro del denominado B2C, pues las transacciones si bien las realizan los propios consumidores, hay empresas intermediarias (que vendrían a ser las plataformas de intermediación) que hacen posible el acercamiento de las partes.

Sin embargo, independientemente de si forma parte del B2C o es una clasificación distinta, lo cierto es que este tipo de transacciones son muy utilizadas en la actualidad, dando paso a lo que se conoce como economía colaborativa o economía de pares. En ese sentido, es necesario que se entienda con claridad cuándo estamos frente a este tipo de comercio y determinar si en nuestro país se está efectuando realmente comercio entre pares utilizando esta nueva modalidad, para así poder identificar si hay la necesidad de crear una regulación especial o no.

1.4 M-commerce

Por otro lado, debemos notar que adicionalmente a la clasificación del punto anterior, está cobrando importancia una nueva dentro del propio comercio

electrónico, que tiene como protagonista a la herramienta utilizada para realizar las transacciones. Esta nueva “herramienta” puede utilizarse en todos los casos descritos anteriormente. Es el denominado “*m-commerce*” o como se conoce en inglés “*mobile commerce*”, el cual se define como aquel comercio que realizan dos o más partes a través de un dispositivo móvil, por ejemplo, un teléfono celular.

A pesar de que esta modalidad de comercio no está todavía tan desarrollada en la doctrina, parece estar creciendo significativamente a medida que crece la confianza de los consumidores por esta forma de realizar sus transacciones.

2. Plataformas digitales de intermediación

2.1 Concepto de plataformas digitales de intermediación

Las plataformas digitales de intermediación son aquellas que facilitan transacciones económicas en mercados bilaterales o plurilaterales en los que distintos grupos de agentes logran conectarse o coordinarse para realizar una transacción entre ellos.

En principio, se podría decir que la actividad de la plataforma es la de intermediación propia de un prestador de servicios de la información; esto quiere decir que realizaría una actividad mercantil de intermediación que favorece la puesta en contacto entre usuarios⁸⁰.

Estas plataformas de intermediación pueden utilizarse en distintas economías, como lo son la economía colaborativa y la economía bajo demanda. La gran diferencia entre ambas es el papel que desarrollan los sujetos intervinientes⁸¹.

⁸⁰ RODRÍGUEZ MARIN, S., *Los modelos colaborativos y bajo demanda en plataformas digitales*, adigital, España, 2016, pp. 6-7.

⁸¹ SAN CRISTÓBAL, F., Economía colaborativa vs economía bajo demanda, <https://sites.google.com/site/fmsc21/actualidad-ultimo-post/galeria-de-articulos/economia-colaborativa-vs-economia-bajo-demanda>. Consultado por última vez el 11 de junio de 2017.

a) Economía colaborativa

Así, como señala Rodríguez Marín “la economía colaborativa la conforman aquellos modelos de producción, consumo o financiación que se basan en la intermediación entre la oferta y la demanda generada en relaciones entre iguales (P2P o B2B) o de particular a profesional a través de plataformas digitales que no prestan el servicio subyacente, generando un aprovechamiento eficiente y sostenible de los bienes y recursos ya existentes e infrautilizados, permitiendo utilizar, compartir, intercambiar o invertir los recursos o bienes, pudiendo existir o no una contraprestación entre los usuarios”.

Como se puede observar, en estos casos no siempre la relación va ser comercial, sino que a veces va ser necesidades que se quieren satisfacer y utilizan la ayuda de la otra persona para hacerlo.

b) Economía bajo demanda

Esta vez, Rodríguez Marín explica la economía bajo demanda e indica que es aquella donde “[los] modelos de consumo y provisión de servicios que se basan en la intermediación entre la oferta y la demanda generada habitualmente de profesional a consumidor (B2C) a través de plataformas digitales que no prestan el servicio subyacente y cuya prestación se origina en base a las necesidades del usuario que demanda y se adapta a sus preferencias, prestándose normalmente a cambio de una contraprestación y habitualmente con ánimo de lucro”⁸².

En este caso, los modelos de consumo y provisión de servicios intermediados también se dan por plataformas, pero la actividad es generada por un profesional hacia un consumidor, originándose la intermediación “en base a las necesidades del usuario” y “prestándose normalmente con ánimo de lucro”. En este caso, la relación es siempre comercial⁸³.

⁸² RODRIGUEZ MARÍN, S., Ob. Cit., p. 9.

⁸³ PASCUAL, M., *Consumo. A todo esto, ¿la economía colaborativa qué es exactamente?*, abril 2017,

Según las definiciones esbozadas, podemos indicar que el presente trabajo se estaría inclinando más en transacciones que son de economía bajo demanda, aunque siempre pueden existir casos límites que deban verse en concreto (sobre todo en los casos Airbnb).

Esto quiere decir que las plataformas de intermediación facilitan las transacciones entre usuarios (sean estos consumidores o proveedores). En principio las plataformas solo prestarían un servicio, como su nombre lo indica, de intermediación, pues estas plataformas digitales no son las que prestan el servicio subyacente o ponen a disposición el bien.

Sin embargo, hay que tomar esta definición con pinzas, pues en la teoría puede ser muy fácil distinguir los tipos y las actividades realizadas dentro de estas plataformas. No obstante, el reto es delimitar en la realidad cuál es el papel que desarrollan los sujetos intervinientes y cuándo el servicio lo brinda un particular o un profesional y efectivamente qué papel tiene la plataforma en esas transacciones.

Como menciona Pablo Urbiola, “[Al] facilitar nuevas transacciones económicas, las plataformas digitales son generadoras de valor y pueden beneficiar a todos los agentes implicados. Sin embargo, dado que reconfiguran la forma en que ciertas actividades económicas se llevan a cabo, también generan nuevos riesgos y temores que los poderes públicos deben abordar. Algunos de estos desafíos tienen que ver con la protección de los consumidores. En los mercados bilaterales o de múltiples lados, los individuos interactúan tanto con la propia plataforma como con otros agentes, con diferentes grados de intermediación e interacción directa en función de los modelos de negocio. En este contexto, es necesaria una atribución clara y transparente de responsabilidades que proteja a los consumidores, y mecanismos efectivos para resolver posibles disputas (un aspecto especialmente relevante en el caso de transacciones transnacionales)”⁸⁴.

https://retina.elpais.com/retina/2017/04/13/tendencias/1492105156_864757.html. Consultado por última vez el 20 de enero de 2018.

⁸⁴ URBIOLA, P., *Plataformas digitales: nuevos retos para los poderes públicos*, en diario Gestión, noticia del 8 de mayo de 2017, <https://gestion.pe/opinion/plataformas-digitales-nuevos-retos-poderes-publicos-134590>. Consultado por última vez el 20 de enero de 2018.

2.2 Sujetos intervinientes

Si bien es cierto, no existe una clasificación considerada “oficial” sobre los sujetos intervinientes en estos tipos de comercio electrónico, consideramos pertinente tener en cuenta una clasificación que menciona tres actores principales que intervienen en estas relaciones jurídicas: (i) los oferentes de los bienes o servicios; (ii) demandantes de bienes y servicios; e, (iii) intermediarios.

Por oferentes de los bienes o servicios se entiende cualquier usuario que se registra en la plataforma, sea este persona natural o jurídica y que aporta activos, recursos, tiempo y/o competencias para poner a disposición del usuario final el bien o servicio. La oferta a su vez puede ser ocasional o tratarse más bien de prestadores habituales a título profesional⁸⁵.

Será demandante aquel usuario que se registra en la plataforma y se relaciona con el usuario oferente de los bienes o servicios, para adquirirlos. En este punto y de acuerdo con lo visto hasta el momento, será considerado “consumidor” únicamente si esta transacción tuvo como finalidad adquirir el bien o el servicio para uso personal o familiar, o si es consumidor potencial, sin que ello implique la voluntad de volver a introducirlo en el mercado.

Por último, el intermediario es aquel que, mediante una plataforma digital, conecta a los prestadores con los consumidores y facilitan las transacciones entre estos dos sujetos.

3. Plataformas digitales de intermediación que dan origen al problema planteado

Luego de haber definido el comercio electrónico, se puede notar con facilidad y de una mirada superficial que las plataformas digitales que se van a exponer son parte de este nuevo comercio que, por un lado, significa un gran avance para el mercado y una ayuda para el usuario final al hacer las transacciones más sencillas; sin embargo, por otro lado, trae algunos

⁸⁵ Véase *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Agenda Europea para la economía colaborativa*, Bruselas 2016, pág. 3.

cuestionamientos que por la propia naturaleza del mercado en el que se desenvuelven es difícil delimitar.

Entre las plataformas digitales de intermediación más “populares” podemos mencionar a las de taxi como el caso de Uber, Easy Taxi y Beat, las cuales pasamos a explicar a continuación.

3.1 Uber

Uber es una aplicación para dispositivos móviles que se descarga gratis en las tiendas virtuales de estos. Fue creada en Estados Unidos en el año 2009 y se ha expandido rápidamente a más de 500 ciudades en todo el mundo⁸⁶, teniendo actualmente su sede central en los países bajos (Holanda). Uber se ha convertido de este modo, en una de las aplicaciones más famosas y utilizadas dentro de su rubro a nivel mundial, según lo que constató Similarweb, una proveedora de análisis que monitoreó el alcance y el uso de aplicaciones de viajes particulares en dispositivos Android en 171 países, Uber “es el actor más dominante en amplias franjas del planeta, como en toda Norteamérica y buena parte de Europa, África y Sudamérica”⁸⁷.

Esta aplicación, llegó al Perú en el año 2014 y según sus términos y condiciones que se encuentran en su página web, los servicios de Uber constituyen el de “una plataforma de tecnología que permite a los usuarios de aplicaciones móviles de Uber (...) organizar y planear el transporte y/o servicios de logística con terceros proveedores independientes de dichos servicios, incluidos terceros transportistas independientes y terceros proveedores logísticos independientes (...) USTED RECONOCE QUE UBER NO PRESTA SERVICIOS DE TRANSPORTE O DE LOGÍSTICA O FUNCIONA COMO UNA EMPRESA DE TRANSPORTES Y QUE DICHOS SERVICIOS DE TRANSPORTE O LOGÍSTICA SE PRESTAN POR TERCEROS CONTRATISTAS INDEPENDIENTES, QUE NO

⁸⁶ Véase Uber Technologies Inc, www.uber.com/cities. Consultada por última vez el 14 de mayo de 2017.

⁸⁷ En El Comercio, *Uber es la aplicación de taxi más popular en 108 países*, 23 de agosto de 2016, <https://elcomercio.pe/economia/negocios/uber-aplicacion-taxi-popular-108-paises-250439>. Consultado por última vez el 15 de mayo de 2017.

ESTÁN EMPLEADOS POR UBER NI POR NINGUNA DE SUS AFILIADAS”⁸⁸.

Asimismo, se puede observar que Uber siempre diferencia entre los dos tipos de usuarios que pueden utilizar la aplicación; por un lado, se tiene a los usuarios conductores (llamados por la aplicación “socios conductores”); y, por otro lado, a los usuarios o destinatarios finales (a los que la aplicación denomina “usuarios del servicio” o simplemente “usuarios”). Esto se ve plasmado en las comunicaciones que realiza Uber a través de distintos medios a los usuarios finales en general, como por ejemplo en las siguientes publicaciones que realizó en su página oficial Uber Perú de Facebook:



Fuente: <https://www.facebook.com/UberPeru/?fref=nf>

⁸⁸ Véase, <https://www.uber.com/legal/terms/pe/>. Consultado por última vez el 14 de mayo de 2017.



Fuente: <https://www.facebook.com/UberPeru/?fref=nf>

Ahora bien, en cuanto al funcionamiento de la aplicación, este también se diferencia dependiendo si se trata de un socio conductor o un usuario del servicio. Por un lado, según la página web de Uber, para comenzar a utilizar la aplicación -ya sea como socio conductor o como usuario del servicio- la persona debe descargarse la aplicación (que varía dependiendo del tipo de usuario de que se trate) y deberá crearse una cuenta; para esto, se le pedirá algunos datos personales como nombre, número telefónico, correo electrónico y algún método de pago (tarjeta de crédito o de débito).

Así, para los usuarios del servicio, los pasos para poder utilizar la aplicación son sencillos, solo deben realizar lo siguiente:

1. Descargarse la aplicación.
2. Crearse una cuenta.
3. Aceptar los términos y condiciones.
4. Fijar un punto de partida.
5. Ingresar la dirección o el nombre del destino y método de pago (efectivo o tarjeta de crédito/débito).
6. En este punto el usuario podrá visualizar la ruta que el conductor tomará y el tiempo estimado de llegada.

7. Mediante el GPS la aplicación ubicará al conductor que se encuentre más cerca y le enviará al usuario del servicio los datos (nombre, foto, marca y modelo del auto, número de placa).
8. Finalizado el viaje, la tarifa indicada por la aplicación se debitará de la tarjeta que el usuario haya incorporado como medio de pago o tendrá que darle el efectivo al conductor si es que eligió esa opción.

Por otro lado, para el socio conductor, los pasos a seguir son los siguientes:⁸⁹

1. Descargarse la aplicación.
2. Aceptar los términos y condiciones.
3. Crearse una cuenta (este punto tiene requisitos más rigurosos para los socios conductores que para los usuarios del servicio).
4. Conectarse a la aplicación. Cada vez que el socio conductor desee realizar un viaje, deberá ingresar a la aplicación y conectarse.
5. Una vez conectado, automáticamente comenzará a recibir pedidos de viaje, según el área en la que se encuentre. El celular emitirá un sonido para avisarle que está recibiendo un pedido y el socio conductor tendrá que aceptarla. En este momento le aparecerá la información del usuario.
6. Cuando el socio conductor acepte el viaje, la aplicación le indica el punto de partida del usuario y cuando comience el viaje, tendrá indicaciones del destino.
7. Una vez finalizado el viaje, el conductor tendrá que aceptar el botón denominado “completar viaje”.
8. Después de cada viaje, el conductor podrá visualizar cuánto de ganancia obtuvo y además de resúmenes completos del total del día. Las ganancias se transfieren automáticamente a la cuenta del conductor cada semana.

Se debe tener en cuenta además que una vez finalizado el viaje, la plataforma les solicita tanto a los socios conductores como a los usuarios del servicio que se califiquen los unos a los otros. De esta manera, si es que

⁸⁹ Véase, <https://www.uber.com/es-PE/drive/partnwr-app/>. Consultado por última vez el 14 de mayo de 2017.

existe algún usuario que obtenga una calificación muy baja, puede ser bloqueado por la aplicación.

De este modo, y luego de analizar cómo funciona la aplicación, podríamos concluir que Uber realiza un papel de intermediario para que los usuarios del servicio se contacten con los socios conductores y puedan así concretar un viaje en taxi. Podemos observar también que Uber tiene cierta participación como (por nombrarlo de algún modo), moderador del servicio, pues éste puede (i) bloquear a algún usuario que considere no apto; (ii) es el encargado de indicar la tarifa; (iii) indica al socio conductor las mejores rutas que puede tomar; (iv) participa en las ganancias (cuando le cobra la comisión al usuario conductor). Con estos ejemplos, se logra percibir que el empresario por medio de la aplicación, además de encargarse de contactar a ambas partes, pretende que, durante el trayecto, también ambas partes la finalicen de la mejor manera posible.

En ese sentido, sí existe una cierta participación de Uber durante el viaje. Ahora, lo que se debe determinar son básicamente dos puntos: (i) si esa participación amerita que Uber responda por alguna denuncia realizada por el usuario pasajero con relación a la falta de idoneidad por el servicio brindado del usuario conductor; y, (ii) como qué respondería.

3.2 Easy Taxi

Por su parte, Easy Taxi que fue creada en Brasil y absorbida después por la empresa alemana Rocket Internet, llegó al Perú en noviembre de 2012 y fue constituida como Easy Taxi Perú S.A.C.; sin embargo, comenzó a funcionar en febrero de 2013⁹⁰. Según la SUNAT, tiene como actividades económicas inscritas “otras actividades de tecnología de la información y de servicios informático”⁹¹.

⁹⁰ ISLA ISUIZA, Ronny; ESPINOZA FLORES, Alfredo; El Comercio, *Easy Taxi, una nueva y simple manera de solicitar una movilidad*, 3 de enero de 2014, <https://elcomercio.pe/tecnologia/actualidad/easy-taxi-nueva-simple-manera-solicitar-movilidad-375510>. Consultado por última vez el 20 de enero de 2018.

⁹¹ Buscado en la página web de la Sunat según el número de R.U.C 20547872518.

Del mismo modo, en sus términos y condiciones, las mismas que se encuentran alojados en su página web, indican lo siguiente: “EASY TAXI es una comunidad virtual que brinda diversos servicios con el propósito de optimizar y brindar valor agregado al requerimiento de prestaciones de traslado entre Usuarios de la misma comunidad, entre ellos los servicios que presta Easy Taxi:

- (i) Geolocalización: Consiste en poner en contacto a Usuarios Pasajeros con Usuarios Conductores cercanos en forma automatizada, mediante el uso de la Aplicación.
- (ii) Recaudación y dispersión: Consiste en recaudar y dispersar el dinero que los Usuarios Pasajeros desean transferir a los Usuarios Conductores por vía electrónica en pago por los servicios que presten los Usuarios Conductores.

EASY TAXI no provee el servicio de transporte de pasajeros en la modalidad de taxi y/u otra modalidad de transporte de forma directa o indirecta, así como tampoco crea una relación laboral con los Usuarios Conductores ni con los Usuarios Pasajeros”⁹².

Como puede observarse hasta aquí, Easy Taxi tiene una estructura muy similar a la de Uber, teniendo unas cuantas diferencias en cuanto al funcionamiento y conceptos (por ejemplo, esta aplicación también hace una diferencia entre taxistas y clientes llamándolos usuarios conductores y usuarios pasajeros⁹³ respectivamente).

⁹² A continuación, citaremos varias condiciones extraídas de los términos y condiciones de Easy Taxi, que se puede encontrar en el siguiente link: www.easytaxi.com/pe/terms/.

⁹³ Según los términos y condiciones encontrados en su página web indicado en la referencia anterior, un usuario conductor es “aquel usuario que concluye exitosamente el proceso de registro de Usuario Conductor en la Aplicación de forma presencial y acepta su participación en la comunidad de EASY TAXI y los Términos expresados en el presente documento. Asimismo, el Usuario Conductor es quien a título personal realiza el servicio de transporte de pasajeros en la modalidad de Taxi”. Por otro lado, cuando define Usuario Pasajero indica que es “aquel usuario que concluye exitosamente el proceso de registro de Usuario Pasajero en la Aplicación de forma electrónica y acepta su participación en la comunidad de EASY TAXI y los términos expresados en el presente documento”.

En cuanto al manejo de la aplicación, para que el Usuario Pasajero pueda utilizar la aplicación y realizar un viaje en taxi, es necesario que se sigan los siguientes pasos:

1. Descargar la aplicación en el dispositivo móvil.
2. Aceptar los términos y condiciones.
3. Registrarse en la aplicación (para esto, el usuario pasajero puede utilizar su cuenta de Facebook o registrar un correo electrónico).
4. Cuando desee realizar un viaje, tendrá que abrir la aplicación y ésta ubicará automáticamente por GPS la dirección donde se encuentre el Usuario Pasajero. Se deberá entonces modificar o confirmar dicha ubicación.
5. El Usuario Pasajero tendrá entonces que elegir un medio de pago (al contado o por tarjeta de crédito/débito) y solicitar el taxi.
6. La aplicación buscará al Usuario Conductor (según la ubicación del Usuario Pasajero) y cuando encuentre al taxista le brindará al Usuario Pasajero los datos de éste como nombres, foto, número celular, marca, modelo y placa del automóvil.
7. La aplicación le indicará al Usuario Pasajero cuando el Usuario Conductor ya se encuentre en el punto de partida para que pueda abordar el taxi.
8. Una vez finalizado el viaje se realizará el pago, éste puede ser debitado automáticamente si es que se eligió el pago con tarjeta o se tendrá que pagar al conductor directamente.

En el caso del Usuario Conductor, los pasos a seguir son los siguientes:

1. Descargar la aplicación (que es distinta a la aplicación que utiliza el Usuario Pasajero).
2. Aceptar los términos y condiciones.
3. Registrarse en la aplicación y crearse una cuenta⁹⁴.
4. Una vez que el Usuario Conductor tiene una cuenta, para realizar un viaje deberá activar la opción de conectado en la aplicación.

⁹⁴ Para poder registrarse y formar parte de la comunidad de Usuarios Conductores, es necesario que la persona siga una serie de requisitos y presente varios documentos, entre los cuales podemos mencionar como ejemplo los siguientes: (i) antecedentes policiales; (ii) antecedentes judiciales; (iii) antecedentes penales; (iv) récord de conductor; (v) test psicológico; (vi) verificación de documentación y estado del vehículo a utilizar.

5. La aplicación le alertará cuando haya un pedido de viaje cerca de la zona en donde se encuentre.
6. El Usuario Conductor deberá aceptar el viaje solicitado y podrá visualizar los datos del Usuario Pasajero.
7. Cuando el Usuario Conductor se encuentre en el punto de inicio de trayecto, mandará, a través de la aplicación, una alerta de llegada al Usuario Pasajero.
8. Una vez que el Usuario Pasajero se encuentre a bordo el conductor tendrá que pulsar “Pasajero a bordo” y comenzará el trayecto.
9. Una vez finalizado el viaje, se realizará el cobro del servicio (en este punto el Usuario Conductor podrá indicar en la misma aplicación, si hubo alguna parada o desvío para poder sumarse a la tarifa indicada en la aplicación).

Al igual que en Uber, una vez que finaliza el servicio en esta aplicación, tanto los Usuarios Pasajeros como los Usuarios Conductores pueden calificarse los unos a los otros teniendo como puntaje máximo el de cinco estrellas.

Así, podemos advertir una vez más que este tipo de aplicaciones participa como intermediario y además como moderador del servicio brindado por el taxista, esto con la finalidad de que la comunidad en la que participan los taxistas y los usuarios del servicio realicen de la mejor manera posible sus transacciones.

En los términos y condiciones de esta aplicación, está indicado de una manera mucho más individualizada y concreta que en el caso de Uber los servicios que presta la plataforma, indicando únicamente dos, el servicio de geolocalización y el de recaudación del dinero. En este caso se puede observar que desde un inicio la aplicación pretende desligarse del servicio prestado por el Usuario Conductor, en tanto no forma parte, según sus términos y condiciones, de su negocio.

3.3 Beat

Beat comenzó a operar en nuestro país en el año 2014, bajo el nombre de TaxiBeat. La empresa tiene origen en Grecia y, en el Perú está constituida con el nombre de TaxiBeat Perú S.A.

Al igual que en los otros dos casos, esta aplicación tiene dos tipos de usuarios, los conductores y pasajeros, y funciona de una manera muy similar: el usuario pasajero solicita un taxi indicando el punto donde quiere que lo recojan y el destino, en ese momento sale la tarifa que se le va a cobrar y si está de acuerdo selecciona la opción “buscar taxi”.

La aplicación busca por medio del GPS a los taxistas que se encuentren más próximos al lugar de partida del usuario pasajero. Una vez ubicados los taxistas, se muestra al usuario pasajero que taxistas podría escoger indicándole además el tiempo que tardarían en llegar, su nombre, foto, puntuación, placa, marca y modelo del vehículo.

El usuario pasajero elige entonces a uno de los taxistas y a este segundo le aparece la solicitud, si la acepta, se dirige a recoger al pasajero y una vez recogido comienza el trayecto para dejarlo en el lugar de destino.

Para ser parte de los usuarios conductores de esta comunidad, se necesita realizar los siguientes pasos⁹⁵:

1. Bajarse la aplicación para ser usuario conductor.
2. Aceptar los términos y condiciones de la aplicación.
3. Llenar un formulario con sus datos personales (en una página web que el empresario oferente de la aplicación indica).
4. Ingresar una foto de su DNI y de su breveté.
5. Pasar el filtro que realiza el empresario oferente de la aplicación mediante un tercerizado, donde se buscan por ejemplo los antecedentes penales.
6. Si completa todos los pasos satisfactoriamente, le llega un SMS y el usuario conductor podrá comenzar a utilizar la aplicación.
7. De manera opcional, podrá ir a una capacitación en una sede de la empresa.

Para ser parte de la comunidad como usuario pasajero, se necesita seguir los siguientes pasos:

1. Descargar la aplicación.

⁹⁵ Véase en help.taxibeat.com.pe. Consultado por última vez el 11 de setiembre de 2017.

2. Crearse una cuenta, llenando los datos solicitados como nombre, teléfono o afiliarte mediante la cuenta de Facebook.
3. Aceptar los términos y condiciones.
4. En caso se vaya a realizar los pagos de los viajes con tarjeta de crédito o débito, se deberá afiliar la tarjeta.

En este tercer caso, también apreciamos que el empresario oferente de la aplicación realiza un servicio de intermediación al aproximar a los dos tipos de usuarios para lograr que realicen un viaje; y es así como lo indican en sus términos y condiciones:

“3.2 Los Usuarios Conductores son independientes y libres de aceptar o rechazar las solicitudes de servicios que envíe el Usuario Pasajero, incluso si aparecen como disponibles en la Aplicación. Al respecto, por medio del presente contrato queda establecido que Taxibeat ni su aplicación Beat no proporciona servicios de taxi, transporte de pasajeros, ‘radio taxi’ ni es un sitio web de taxi. Taxibeat únicamente autoriza el uso de su Aplicación Beat a efectos que el Usuario Pasajero pueda contratar de manera más eficiente a los Usuarios Conductores que utilicen la Aplicación de Conductores”⁹⁶.

Ahora bien, la cuestión, al igual que en los dos casos anteriores, es determinar si esa información basta para exonerar a la plataforma de cualquier responsabilidad por el servicio prestado por el taxista.

3.4 Otras plataformas de funcionamiento similar

En este universo del e-commerce, no solo existen las aplicaciones de taxi que tienen el mismo sistema de actuación; sino, por el contrario, existe un sin número de aplicaciones digitales intermediarias para realizar otro servicio o adquirir un producto determinado.

A pesar de que en Perú todavía no se han asentado estas aplicaciones de una manera tan marcada como en otros países o como las aplicaciones de taxi

⁹⁶ Encontrado en taxibeat.com.pe/terminos. Consultado por última vez el 11 de setiembre de 2017.

poco a poco están llegando y creándose nuevas apps que están comenzando a formar parte del mercado peruano.

Para dar unos ejemplos, vamos a mencionar tres aplicaciones también muy sonadas hoy en día y que al igual que las plataformas de intermediación de taxis, no se tiene muy en claro cuál serían la naturaleza jurídica de estas apps y cómo se tendría que aplicar el Código de Defensa y Protección del Consumidor en las mismas. Estas aplicaciones son: Domicilios.com, Fandango y Airbnb, las cuales pasaremos a exponer a continuación.

3.4.1 Domicilios.com

CLICK DELIVERY S.A.C. es la empresa propietaria de la plataforma denominada Domicilios.com (antes conocida como Lima Delivery). Comenzó a operar en el Perú en febrero del año 2013 y desde entonces su popularidad ha ido en aumento, teniendo más de medio millón de peruanos registrados en la aplicación. Como señala su country manager Santiago Antúñez de Mayolo “Las personas entre los 20 y 30 años generan más del 50% de los pedidos que, en un día récord llegaron hasta 15000 órdenes”⁹⁷.

Dentro del funcionamiento de esta aplicación, como en los casos anteriores, existen 3 sujetos intervinientes, el usuario final, el oferente del servicio (denominado restaurante aliado u oferente)⁹⁸ y la plataforma.

Así, según los términos y condiciones de la página web de la plataforma, ésta funciona de la siguiente manera:

Primero, para poder utilizar la aplicación, el usuario tendrá que registrarse (sea a través de una cuenta de Facebook o por medio de una cuenta de

⁹⁷ SAAVEDRA, M., El Comercio, *Lima Delivery: “Hemos recibido hasta 15000 pedidos en un día”*, 18 de febrero de 2016, <https://elcomercio.pe/economia/negocios/lima-delivery-hemos-recibido-15-000-pedidos-dia-274469>. Consultado por última vez el 20 de enero de 2018.

⁹⁸ Según la plataforma son aquellos agentes terceros, que previamente han acordado cooperar con la aplicación aportando los procesos de preparación y entrega de los bienes y servicios que se ofrecen a través de la plataforma. Estos “aliados” son los directamente encargados de, una vez aceptado el pedido, despacharlo al lugar indicado por el consumidor.

correo electrónico) y aceptar los términos y condiciones. Una vez registrado, puede proceder a ver las opciones de restaurantes, menús, tipos de comida, locaciones de los establecimientos y elegir de esta manera el que más se acomode a él.

Con relación al restaurante aliado, éste tiene que llenar sus datos y la aplicación se comunicará con ella, le pedirá una serie de requisitos y certificaciones para formar parte de la plataforma. Una vez registrado, su local aparecerá en la plataforma y los clientes podrán hacer pedidos a través de la “app”.

Ahora bien, en relación al pedido, éste se realiza de la siguiente manera; el usuario, tras realizar un pedido, recibe un correo electrónico en el cual aparecerán los datos del pedido y del lugar de entrega. A partir del momento de recepción de ese correo, el usuario tiene cinco minutos en los cuales debe indicar si algún dato consignado en el pedido no es correcto o si desea cancelar la orden.

Pasado esos cinco minutos, la plataforma se comunicará con el oferente aliado para comprobar la disponibilidad, capacidad de entrega y aceptación del local. Una vez que el pedido haya sido confirmado por el establecimiento aliado, la plataforma le enviará al usuario un correo de confirmación del pedido, así como el rango estimado de entrega, que en ningún supuesto puede ser mayor a 2 horas.

El precio será presentado por la aplicación antes de que la transacción sea aceptada por el cliente. El pago se puede realizar online mediante una tarjeta de crédito/débito o directamente cuando el pedido llegue al domicilio.

Del mismo modo, en sus términos y condiciones la plataforma indica lo siguiente: “EL PORTAL tiene como fin principal la intermediación en el proceso de pedidos de servicios de delivery en ciudades del Perú, facilitando las relaciones y transacciones entre consumidores y restaurantes –o demás establecimientos de comercio, debidamente certificados- por medio del cual se centralizan y otorgan al consumidor, todas las herramientas necesarias para que éste pida un servicios de delivery a través del PORTAL, donde se encargará de ejecutar todo el proceso de intermediación desde la recepción del pedido, hasta la efectiva entrega de los productos solicitados, en el lugar designado por el usuario. CLICK DELIVERY S.A.C., contacta así al

ofertante directo, redirige el pedido, se encarga de asegurar su disponibilidad – o informar debidamente al consumidor en caso de que no estén disponibles los productos solicitados-, en múltiples ocasiones domicilios.com.pe se encargará de realizar la entrega de los pedidos mediante el servicio de personal motorizado contratado con terceros, y hace un seguimiento del mismo (recibiendo requerimientos, peticiones y reclamos), hasta asegurarse que el pedido fue debidamente entregado y que la relación de consumo puede darse por terminada”.

En este nuevo caso, podemos observar que la aplicación también se reconoce como un intermediario entre el restaurante y el usuario. Sin embargo, en este caso indica además que se hace responsable por cualquier impase que pueda haber hasta que el pedido llegue efectivamente al domicilio solicitado. En otras palabras, hasta que el restaurante y el usuario se pongan en contacto directo.

3.4.2 Fandango

Papaya Perú S.A.C. es la propietaria de la aplicación Fandango en el Perú, la fecha de inscripción de esta sociedad, según su número de R.U.C es el 15 de marzo de 2012⁹⁹. Antes esta aplicación era conocida como Cinepapaya; sin embargo, a finales del 2016 fue comprada por Fandango.

Así, como explica el presidente global de Fandango, Paul Yanover “si bien la marca era muy reconocida en el Perú, aún era incipiente en otros países de la región. Y creemos que podemos aprovechar nuestras sinergias globales para desarrollar nuestra marca en el continente”. De este modo, asegura que el objetivo es consolidarse como la primera ticketera en línea de América Latina¹⁰⁰.

En cuanto al funcionamiento de la aplicación, ésta es muy similar a la de Domicilios.com. Para comenzar a utilizar la aplicación, el usuario tendrá

⁹⁹ Véase en sunat.gob.pe según R.U.C 20547228775, consultado por última vez el 20 de mayo de 2017.

¹⁰⁰ El Comercio, *El plan de Fandango para el Perú y la región*, 25 de marzo de 2017, <https://elcomercio.pe/economia/dia-1/plan-fandango-peru-region-408396>. Consultado por última vez el 20 de enero de 2018.

que bajarse la “app” en su dispositivo móvil y registrarse en la plataforma (el registro y creación de la cuenta puede hacerse también online por la página web).

Para registrarse, tendrá que proporcionar algunos datos personales como nombres, apellidos, número telefónico y correo electrónico; además, tendrá que crearse un usuario y contraseña y agregar una tarjeta de crédito o débito para realizar los pagos de sus compras.

Una vez que el usuario se encuentre registrado, para comprar una entrada deberá seguir lo siguiente pasos¹⁰¹:

1. Entrar a la aplicación.
2. Escoger una película, cine y horarios de acuerdo al cine elegido.
3. Seleccionar las entradas, en este paso el usuario deberá seleccionar la cantidad y tipo de entradas que desee comprar.
4. Luego, la aplicación le mostrará la sala del cine donde se pasará la película en el horario elegido, para que pueda escoger sus asientos. En la pantalla también se mostrarán los asientos disponibles, ocupados y elegidos.
5. Una vez escogidos los asientos, el usuario deberá pulsar continuar para seguir con la compra.
6. Posteriormente, la aplicación le mostrará al usuario el total que debe pagar y éste deberá escoger la tarjeta de crédito o débito que usará para pagar la compra.
7. Una vez realizado el pago, la aplicación enviará al usuario una copia de la entrada comprada por el correo electrónico que había registrado. También podrá visualizar la entrada (mediante el código QR) ingresando a su cuenta a través de la aplicación.

En cuanto a los terceros que ofrecen los servicios en la plataforma de Fandango, tenemos tres tipos, los Anunciantes, Distribuidores¹⁰² y los Cines (para fines del presente trabajo, nos centraremos en los cines).

¹⁰¹ En Fandango.lat/pe/como-comprar. Consultado por última vez el 20 de mayo de 2017.

¹⁰² Por anunciantes se entiende a cualquier empresario que desee ser parte de la comunidad de Fandango para poder exhibir sus productos o servicios en cualquiera de los portales de la plataforma o vincular su marca con alguna película. De otro lado, los

Para que un cine pueda formar parte de la comunidad de Fandango y por tanto pueda vender sus entradas por medio de la aplicación, el cine deberá llenar un formulario y aceptar los términos y condiciones de la plataforma. Entre los datos solicitados por la aplicación se encuentra¹⁰³: (i) nombre del cine; (ii) país; (iii) número de locales; (iv) número de pantallas; (v) persona de contacto; y, (vi) correo de contacto.

Una vez enviada la información, Fandango se pondrá en contacto con el cine solicitante y si pasa la evaluación y requisitos solicitados por la plataforma, podrá formar parte de la comunidad y vender sus entradas a través de ese medio (la plataforma se llevará una comisión por cada entrada vendida).

En relación con los servicios que están presentes en la plataforma digital, Fandango indica en sus términos y condiciones lo siguiente: “Los sitios web o servicios de terceros enlazados a o desde nuestros servicios no son controlados por fandango. Adicionalmente, los terceros pueden proveer de herramientas o servicios (“herramientas de terceros”) que se encuentran disponibles para usted a través de nuestros servicios (por ejemplo, pero no limitándose a, las funcionalidades de facebook). En consecuencia, fandango no otorga garantías sobre los servicios, sitios web o las herramientas de terceros, y no se hace responsable por cualquier pérdida o daño causado por su uso. El uso de servicios, sitios web o herramientas de terceros corre por su propio riesgo. La inclusión en el servicio de un enlace hacia servicios, sitios web o herramientas de terceros no implica ningún tipo de aprobación por parte de fandango. Cuando usted acceda a cualquiera de los servicios o sitios web de terceros, sus derechos y obligaciones serán regulados por los acuerdos y políticas de uso de los terceros. Usted mantendrá indemne a Fandango respecto de cualquier daño o perjuicio, costo o gasto (incluyendo, sin limitarse a honorarios legales) ante cualquier reclamo, multa, demanda, denuncia y en general cualquier acción de carácter legal, administrativo y/o judicial (el “Reclamo”) de terceros en contra de Fandango por (i) el uso que

distribuidores son los encargados de recibir las obras (películas) del productor y llevarlas a los cines, por lo tanto, las distribuidoras también pueden ser parte de la comunidad de Fandango, pues a ellos les conviene que las películas que llevan a los cines sean vistas por los consumidores.

¹⁰³ En fandango.lat/pe/cines-contacto. Consultado por última vez el 20 de mayo de 2017.

usted le dé a los Servicios, (ii) incumplimiento de los Términos de Uso por parte de usted, o de cualquier persona que utilice su cuenta de Fandango, (iii) incumplimiento de propiedad intelectual u otro derecho de cualquier persona o entidad”¹⁰⁴.

De este modo, podríamos concluir, en un primer momento, que esta aplicación está sirviendo como intermediara entre el cine y el usuario, para que ambas partes puedan realizar sus transacciones de una manera más ágil y cómoda, por este servicio la plataforma cobra una comisión al cine registrado dentro de su comunidad.

3.4.3 Airbnb

Esta aplicación digital comenzó a operar en el año 2008 y su sede principal está ubicada en San Francisco, California. A pesar de que no tiene una sede física en Perú, está comenzando a funcionar con gran éxito en nuestro país, gracias al Internet.

En la actualidad, esta aplicación opera en más de 65000 ciudades y 191 países¹⁰⁵. Comprobándose de esta manera, la gran aceptación que está teniendo en los usuarios del servicio.

La aplicación es un mercado en línea que tiene dos tipos de usuarios, unos denominados anfitriones o los otros llamados huéspedes. La dinámica se basa en que los usuarios registrados como anfitriones publican en la aplicación el hospedaje que tengan disponible, sus características y precio (puesto por él mismo); mientras que los usuarios registrados como huéspedes pueden buscar un alojamiento y elegir el que mejor se acomode a él.

En la misma aplicación, los anfitriones también pueden publicar lo que se denomina “experiencias”, que se basa en actividades de uno o varios días, así como distintos eventos; sin embargo, para este trabajo nos enfocaremos

¹⁰⁴ En fandango.lat/pe/términos-y-políticas?at=terms=use. Consultado por última vez el 20 de mayo de 2017.

¹⁰⁵ En Airbnb, Inc. aibnb.com.pe/about/about-us. Consultado por última vez el 9 de setiembre de 2017.

únicamente en los alojamientos, pues es lo que se está ofreciendo por ahora en Perú.

Por cada reserva completada, los dueños de la aplicación cobran al anfitrión una comisión por el servicio según la política de cancelación que se haya elegido, esta comisión se resta automáticamente del pago que recibe el anfitrión (pues todo se realiza de manera bancarizada).

Adicionalmente, cuando se confirma la reserva, se cobra una comisión por huésped. La comisión por el servicio para el huésped se calcula en función de diversos factores, como el subtotal de la reserva, la duración de la estadía y las características del alojamiento¹⁰⁶.

Vale decir que de manera similar a otras aplicaciones que hemos podido investigar, en los términos y condiciones de esta aplicación digital se establece específicamente que ellos no son responsables por el servicio brindado por el anfitrión:

“En calidad de proveedor de la plataforma Airbnb, Airbnb no posee, crea, vende, revende, suministra, controla, gestiona, ofrece, entrega ni presta ningún Anuncio ni Servicio de Anfitrión. Los Anfitriones son los exclusivos responsables de sus Anuncios y servicios de Anfitrión. Cuando los Miembros realizan o aceptan una reserva, suscriben un contrato directamente entre ellos. Airbnb no es ni pasará a ser una parte ni un participante en ninguna relación contractual entre Miembros... Aunque podremos ayudar a facilitar la resolución de disputas, Airbnb no tiene control sobre, ni garantiza (i) la existencia, calidad, seguridad, idoneidad o legalidad de ningún Anuncio o servicio de Anfitrión, (ii) la veracidad o exactitud de las descripciones de ningún Anuncio ni de las evaluaciones, comentarios y demás contenido el Miembro (conforme a lo definido a continuación) o (iii) la actuación o la conducta de ningún Miembro o tercero”¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Véase Airbnb, Inc. [Airbnb.com.pe/help/article/1857/what-are-airbnb-service-fees](https://airbnb.com.pe/help/article/1857/what-are-airbnb-service-fees). Consultado por última vez el 9 de setiembre de 2017.

¹⁰⁷ En Airbnb, Inc. [Airbnb.com.pe/terms#sec1](https://airbnb.com.pe/terms#sec1). Consultado por última vez el 10 de setiembre de 2017.

Para ser usuario anfitrión, se deberá cumplir con siguiente:

1. Tener al menos 18 años y capacidad y facultad legal para suscribir contratos.
2. Revelar cualquier deficiencia del alojamiento o requisitos que tiene que tener y cumplir el huésped para poder acceder al alojamiento.
3. Proporcionar el medio de pago (el empresario oferente de la aplicación tiene un agente recaudador al que se tiene que acoplar el anfitrión).
4. Proporcionar alguna forma de identificación según el país (en nuestro caso, sería el DNI) y antecedentes (estos últimos según los propios TyC van a ser solicitados si es que el empresario oferente de la aplicación lo estima conveniente).
5. Aceptar los términos y condiciones.
6. Mantener un estándar de comentarios y evaluaciones por los huéspedes. Este último requisito se entiende que es para mantenerse en la aplicación.

Para ser parte de los usuarios huéspedes, es trámite es más sencillo, la persona solo tendrá que: i) bajarse la aplicación; ii) registrarse en la aplicación, ya sea con un correo electrónico o por medio de su cuenta de Facebook; iii) aceptar los términos y condiciones; y, iv) cumplir con todos los requisitos establecidos por el anfitrión. A la hora de realizar una reserva se pedirá el medio de pago, pero no es necesario proporcionarlo con anterioridad.

Cabe indicar que en los términos y condiciones se indica que en determinados casos (según lo decida el empresario oferente de la aplicación) también se podrá solicitar a los huéspedes antecedentes o se podrá realizar filtros en bases de datos.

Esta aplicación por tanto se basa principalmente en las evaluaciones de sus miembros para seguir funcionando y para ser más seguros, pues si cualquiera de los dos tipos de usuarios tienen una mala calificación, no van a ser elegidos por los otros miembros de la comunidad.

En esta aplicación se puede observar con mayor claridad la participación que tiene el empresario oferente de la plataforma digital, dando a entender

en todo momento que es solo un intermediario y que, para este sujeto, el contrato de alojamiento se da entre los miembros de su comunidad.

II. Análisis Jurídico

1. Clasificación de plataformas de intermediación estudiadas

Luego de haber mencionado cómo funcionan y las principales características de las plataformas digitales objeto de investigación, podemos notar que hay algunas con características y funcionamiento similar, pudiéndose dividir en dos grupos:

1. En un primer grupo podemos encontrar aquellas plataformas que tienen como función principal servir de intermediarias entre un empresario y el consumidor o usuario final. Dentro de este grupo podemos incluir a Fandango, Domiclios.com. En este sentido, la característica principal de estas plataformas es que, solicitan como requisito para que los sujetos sean considerados dentro de sus usuarios prestadores el ser un empresario claramente definido y formalizado.
2. En el segundo grupo no es necesario, al menos en principio, tener la calidad de empresario para formar parte de los usuarios prestadores del servicio; lo usual es que se registren personas particulares en estos tipos de plataformas. Este es el caso de Uber, Easy Taxi, Beat e inclusive Airbnb.

Teniendo estos dos grupos diferenciados, se comienzan a notar de una mejor manera las diferencias que puedes existir entre un tipo de aplicaciones y otras, que posteriormente averiguaremos si incide o no en la responsabilidad administrativa de cada uno de los intervinientes de las apps.

2. Naturaleza contractual de las plataformas de intermediación

2.1 Plataformas digitales de intermediación como verdaderos contratos

En el Derecho Contractual, podemos encontrar un sinnúmero de teorías y conceptos referentes a qué es el contrato, elementos del mismo, el contrato

como acto jurídico, la teoría general del contrato con relación a la teoría general del acto jurídico¹⁰⁸, la teoría del acuerdo, y un largo etcétera.

Sin embargo, y teniendo en cuenta que la presente investigación no gira en torno a descifrar a detalle las teorías y fundamentos de los contratos, en esta sección, nos enfocaremos más en determinar qué contratos son los que actúan en torno a las plataformas digitales de intermediación.

2.1.1 Breve descripción de contratos civiles

En primer lugar, se debe mencionar qué se entiende por contrato según el Código Civil. Así, nuestro CC en su artículo 1351 señala lo siguiente: “El contrato es el acuerdo de dos a más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”.

Existen algunos autores que consideran que la definición del Código se encuentra incompleta y tendría que reformularse. Tal es el caso de Manuel de la Puente y Lavalle que señala que una definición más precisa y completa del contrato sería la siguiente: “La declaración conjunta de la voluntad común de dos o más partes que, por permitirlo el ordenamiento jurídico, tiene por efecto, crear, regular, modificar o extinguir entre sí obligaciones lícitas de carácter patrimonial”¹⁰⁹.

Lo cierto es que existen determinados elementos en ambas definiciones que son comunes y, por lo tanto, podemos concluir que son inherentes a la naturaleza del contrato en sí. Estos elementos son: (i) que exista un acuerdo; (ii) que sea entre dos o más partes; y (iii) que sea para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

¹⁰⁸ Respecto a este, Manuel de la Puente y Lavalle señala que existen tres posturas legislativas sobre el rol que juegan ambas teorías en la codificación civil: Aquella que regula la teoría general del contrato y por remisión la aplica a los actos jurídicos en general; aquella que desarrolla la teoría general del acto jurídico y declara que esas reglas son aplicables a los contratos; y, por último, la que, según el autor, ha adoptado el Código Civil Peruano, que es aquella que legisla separadamente ambas teorías. DE LA PUENTE Y LAVALLE, M., *El Contrato en general. Comentarios a la sección primera del libro VII del Código Civil*, Tomo I, Palestra Editores, Lima, 2001, p. 34.

¹⁰⁹ Ibid., p. 38.

Con relación a que exista un acuerdo, nuestro CC es partidario de la teoría objetiva del contrato o teoría de la confianza¹¹⁰, según la cual el elemento fundamental para que exista acuerdo, es la declaración realizada por las partes en el contrato. De este modo, si existiera discrepancia entre la declaración y la verdadera voluntad de alguna de las partes, se tendrá como válida la primera siempre que el receptor de dicha declaración hubiese creído de buena fe, que la declaración recogía la real voluntad del declarante¹¹¹.

En cuanto a las partes y obligaciones que tienen en el contrato, que existan dos o más partes y obligaciones de ambas, distingue a los contratos en unilaterales y aquellos en los que todas las partes intervinientes tienen obligaciones. Ahora bien, se tiene que diferenciar entre “parte” y “personas”.

El contrato está conformado por dos o más partes, dichas partes a su vez pueden estar integradas por una o más personas, como es el caso de una compraventa que hace una parte conformada por co-propietarios de un bien inmueble a otra persona.

Por último, nos parece importante recalcar que dichos contratos tienen por finalidad crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas siempre y cuando éstas sean de carácter patrimonial. Se va a entender que es patrimonial cuando el contenido sea susceptible de valoración económica en un contexto y momento determinado.

2.1.2 Breve descripción de los contratos mercantiles

Sobre este punto en particular, existe una serie de cuestionamientos que hasta la fecha sigue planteando discusión en la doctrina. Las preguntas

¹¹⁰ Si bien la teoría de la confianza podría decirse que es la teoría que sigue nuestro Código Civil, no debemos perder de vista que no es la única teoría que existe y por lo tanto podría discutirse. Así, por ejemplo, está la teoría de la Responsabilidad, la cual acepta que la voluntad es creadora de los efectos jurídicos. ARANA COURREJOLLES, C., *La interpretación del acto jurídico en el Código Civil Peruano de 1984*, Revista Themis 9, 1987, p. 83.

¹¹¹ SÚMAR ALBÚJAR, Oscar y VELARDE SAFFER Luis Miguel; *Contratos: Teoría y práctica. Aportes del derecho comparado*, Universidad del Pacífico, Lima, 2015, p. 30.

más frecuentes que se formulan al hablar de los contratos mercantiles giran en torno a los contratos mixtos, es decir cuando una de las partes no es empresario.

Estas cuestiones básicamente son: ¿cuándo el contrato será mercantil? ¿Qué predomina, el Derecho Civil o el Mercantil y hasta qué punto se aplica cada uno de ellos? ¿El Derecho Mercantil ha sido derogado por el Derecho Civil? O en todo caso, ¿es conveniente que se derogue? Entre otros.

En esta sección, vamos a tratar de resolver las consultas claves que giran en torno a esta clase especial de contratos, para determinar si debe o no ser aplicado este derecho a los contratos investigados en el presente trabajo.

El primer punto por tratar es sobre la mercantilidad de los contratos; es decir, el criterio por el cual determinados contratos deben, en principio, estar dentro del ámbito del Derecho Mercantil.

Para empezar, se debe tener en cuenta que la mercantilidad de un contrato va a surgir siempre de la conexión que este tenga con el ejercicio de la empresa. Dicho en otras palabras, siempre que el hecho jurídico se inserte en la empresa (es decir, en la sucesión de actos organizados por el empresario) y que constituyan su actividad empresarial, entonces la relación contractual será mercantil¹¹².

Esta situación se configura (en la mayoría de los casos) cuando un empresario celebra un contrato en el ejercicio de su actividad empresarial. Sin embargo, no nos podemos olvidar que existen casos en los que el contrato forma parte de una actividad empresarial sin que las partes sean propiamente empresarios, por ejemplo, un contrato de sociedad, celebrado por personas que no son empresarios y que justamente la celebración de ese contrato se da para iniciar sus actividades.

¹¹² ZEGARRA MULANOVICH, A, Apuntes de Derecho Mercantil, *Notas de Contratos Mercantiles (Derecho Mercantil IV)*, Piura, 2015, p. 16.

También existe una inserción formal, que se establece por ley, como el caso de los títulos valores, por ejemplo, estos contratos van a ser considerados siempre como mercantiles, aunque el acto no se inserte en ninguna empresa de modo reconocible.

Bajo esta misma línea, García Pita señala que un contrato caerá en la órbita del Derecho Mercantil cuando “se trata de negocios o contratos cuyo objeto y cuya causa – en sentido económico, entendida como función típica [o no] del negocio – los relacionen, sea de forma económica, jurídica o incluso de manera técnica con una actividad constitutiva de empresa”¹¹³.

Como podemos observar, lo principal en estos casos para considerar a un contrato como mercantil es la inserción del contrato en los actos que constituyen la empresa. Y en estos casos, por ende, se va a preferir el Derecho Mercantil sobre el Civil.

Desde el punto de vista más común entonces, se pueden presentar tres variantes:

- (i) Un contrato donde todas las partes sean empresarios actuando en el ejercicio de su empresa, caso en el cual no cabría ninguna duda y el contrato sería mercantil; lo mismo que todas las relaciones jurídicas que vayan a surgir de él.
- (ii) Contrato en el cual ninguna de las partes sean empresario. En estos casos, en principio, el contrato no va ser mercantil. Sin embargo, podrá llegar a serlo por la inserción de la empresa que hemos señalado anteriormente.
- (iii) Contrato en el cual al menos una de las partes es empresario en el ejercicio de su empresa y la otra parte no lo es. Estos contratos son conocidos como “contratos mixtos” y, son estos contratos en los cuales se plantea la duda de si debe ser mercantiles o no¹¹⁴.

¹¹³ GARCÍA PITA Y LASTRES, J.L., *Las obligaciones y contratos mercantiles, en el Derecho Peruano: ¿Police verso?*, Revista de Derecho, Vol. 11, Piura, 2010, p. 41.

¹¹⁴ ZEGARRA MULANOVICH, A., Ob. Cit. pp. 18-19.

De forma mayoritaria, se ha entendido que van a ser necesariamente mercantiles los contratos por la sola participación de un empresario, siempre y cuando éste intervenga en el ejercicio de su actividad empresarial.

Lo antes señalado, sin embargo, no quiere decir que todas las relaciones jurídicas y obligaciones que nazcan de esos contratos se sujeten únicamente al Código de Comercio.

Como indican Manuel Broseta y Fernando Martínez: “No cabe duda y habrá ocasión de verlo con más detalle, que uno de los puntos más conflictivos consiste en determinar la naturaleza de los actos mixtos, es decir, aquellos que ponen en relación a un empresario con un consumidor. No creemos, de acuerdo a lo señalado en el párrafo anterior, que sea posible calificarlos *a priori* de mercantiles o de civiles, sino que dependerá del concreto contrato ante el que estemos”¹¹⁵.

Por el contrario, somos de la opinión de que sí se puede concluir que un contrato en el cual haya al menos un empresario en el ejercicio de su empresa, va ser un contrato mercantil; sin embargo, eso no excluye que puedan aplicarse reglas y principios del Código Civil, dependiendo del contrato y las relaciones jurídicas que surjan de éste.

Pero, la mercantilidad de los contratos mixtos no es el único problema que enfrenta la aplicación del Derecho Mercantil en los contratos, pues existe un sector de la doctrina que afirma que, con la creación del Código Civil, y más específicamente, con el artículo 1353, se habría derogado tácitamente lo referente a los contratos indicados en los artículos del 50 al 63 del Código de Comercio.

El artículo 1353 señala que: “Todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección, salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato”.

¹¹⁵ BROSETA PONT Manuel; MARTÍNEZ SANZ Fernando, *Manual de Derecho Mercantil*, 18 edición, Vol. II, editorial Tecnos, Madrid, 2011, p. 35.

Cuando el citado artículo menciona que todos los contratos quedan sometidos a las reglas contenidas en “esta sección”, se está refiriendo a la sección primera del Libro VII (fuentes de las obligaciones) del Código Civil.

Esta sección habla de los principios generales de contratación, consentimiento, objeto y forma del contrato. Reglas que bajo ningún contexto pueden entenderse en conflicto con las del Código de Comercio, sino por el contrario, complementan lo dicho en este código.

Sumado a ello, se debe tener en cuenta que el artículo 2 del CdC indica lo siguiente: “Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que lo ejecuten y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él, en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza; y a falta de ambas reglas **por las del derecho común...**” (resaltado agregado). En ese sentido, el mismo artículo del CdC afirma que va a regir sus reglas y disposiciones y a falta de estas, el derecho común.

Por último y a pesar de sostener que no existe conflicto entre ambas normas, se debe tener en cuenta el principio básico de la ley especial sobre la general. Es decir, en caso de conflicto, prima la norma especial frente a la general, aunque haya sido esta última posterior.

En nuestra opinión entonces, el artículo 1353 no tenía como objetivo unificar la regulación ni derogar el CdC, sino proporcionar un marco normativo para los contratos atípicos¹¹⁶.

De esta manera, los artículos que sí se entienden derogados son únicamente los que se mencionan explícitamente en el artículo 2112 (régimen unificado); esto significa que los artículos del 50 al 63 del CdC están vigentes y van a regir estos cuando se traten de contratos mercantiles, utilizando el CC como norma supletoria.

¹¹⁶ ZEGARRA MULANOVICH, A., Ob. Cit. p. 9.

2.1.3 Contratos por adhesión y cláusulas generales de contratación

La evolución del comercio, de las empresas, así como los nuevos sistemas de comercialización y tecnología han dado como resultado que la producción de los bienes y servicios se masifique.

Esta masificación de bienes y servicios y la dimensión del comercio que tenemos hoy en día, han ocasionado que se tengan que realizar contratos “estándar” para poder abarcar las múltiples operaciones económicas que las empresas celebran con sus clientes. Bajo este contexto, aparecen los contratos de adhesión y las cláusulas generales de contratación.

Nuestro Código Civil, en su artículo 1390 estipula que “[E]l contrato es por adhesión, cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar”.

Del mismo modo, Messineo señala que, un contrato por adhesión es aquel en el que “las cláusulas son previamente determinadas y propuestas por uno solo de los contratantes, de modo que el otro no tiene el poder de introducirle modificaciones y si no quiere aceptar debe renunciar a estipular el contrato”¹¹⁷.

El mismo autor continúa explicando que si bien es cierto en estos tipos de contratos el aceptante no tiene la misma participación y libertad contractual que pudiera tener en otros tipos clásicos de contratos, esto no afecta la esencia del contrato en sí, que es el acuerdo de voluntades para la creación de una relación jurídica patrimonial, debido a que el aceptante de estos contratos está manifestando su deseo y voluntad de contratar, que al final coincidirá con la del oferente¹¹⁸.

A pesar de ello, hay otro sector de la doctrina que opina que la voluntad y libertad de contratar del aceptante se va dar dependiendo de si se trata de un contrato libre por adhesión o un contrato necesario por adhesión.

¹¹⁷ MESSINEO, F., *Doctrina General del contrato*, Tomo II, Ed. Europa-américa, Buenos Aires, 1986, p. 382.

¹¹⁸ *Ibid.*, pp. 396-399.

En el primer caso, la aceptación de la oferta constituye una declaración de voluntad verdadera, puesto que el sujeto se adhiere por propia decisión; mientras que, en los segundos, existe una necesidad de contratar que solo puede verse satisfecha mediante la aceptación de ese contrato (como, por ejemplo, el servicio de agua que los clientes contratan con Sedapal)¹¹⁹.

Nuestra opinión, siguiendo la línea del CC, es que los contratos por adhesión son verdaderos contratos y, sin importar la modalidad (contrato libre o contrato necesario), existe una manifestación de voluntad que acepta y se adhiere al contrato. En tal sentido, sí existe una libertad contractual, puesto que tanto el oferente como el aceptante manifiestan su deseo de contratar y siempre el adherente puede rechazar la oferta y decidir no celebrar el contrato.

Sin embargo, también es cierto que el aceptante o consumidor, al no tener opción de negociar, pueden encontrarse en cierta desventaja y haber ciertos abusos por parte de las empresas. Es por eso que el Estado es el encargado de evitar dichos abusos y controlar, por diferentes mecanismos, dichas contrataciones¹²⁰, así como también el consumidor debe informarse adecuadamente antes de aceptar estos contratos.

Las cláusulas generales de contratación (CGC) están íntimamente ligadas con los contratos de adhesión pues estos últimos están constituidos por estas cláusulas, mas no se debe perder de vista que no es exactamente lo mismo.

Las cláusulas generales de contratación según el Código Civil son “aquellas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos”.

¹¹⁹ BELTRÁN PACHECO, J., *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Contratos en General*, Tomo VII, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 301.

¹²⁰ Como efectivamente lo hacen, al mencionar que hay ciertas cláusulas generales de contratación que tienen que ser aprobadas por la autoridad administrativa.

Como ya se ha explicado, cuando tocamos el tema de los contratos de adhesión, por la naturaleza de estas cláusulas generales, es necesario que exista un marco de control sobre las mismas para evitar posibles abusos por la parte que tiene la ventaja sobre el futuro contrato a estipular.

De este modo, los controles existentes para estas cláusulas pueden ser de tres tipos¹²¹:

1. Control de incorporación: que pretende asegurar que el adherente tenga un conocimiento efectivo o al menos que tenga la posibilidad de conocer las cláusulas y así evitar las cláusulas sorpresivas. Este control se puede verificar en el artículo 1393 del CC (para las cláusulas aprobadas administrativamente) y en el 1397 del CC para las demás cláusulas.
2. Control de interpretación: se concreta en dos reglas:
 - La prevalencia de las cláusulas especiales sobre las generales.
 - La regla *in dubio pro adherente*, que establece que ante duda insalvable, se tomará la interpretación más favorable al adherente.
3. Control de contenido: se crea para evitar que existan cláusulas abusivas. Se encuentran en los artículos 1398 y 1399 del CC; en el primero, se establece una especie de lista negra de cláusulas consideradas abusivas y por lo tanto inválidas. El segundo establece la necesidad de justificar en cada caso concreto ciertas cláusulas. Además, existen otras normas que se encuentran en todo nuestro sistema que tienen como finalidad evitar que existan estas cláusulas abusivas¹²².

¹²¹ ZEGARRA MULANOVICH, A., *Marco y Principios interpretativos de la regulación y contratación de seguros privados (artículos I a IV LCS)*. En *Estudios sobre la ley del contrato de seguros, Ley 29946*, Editorial Thomson, Lima, 2017, pp. 53-57.

¹²² Un ejemplo claro de esto es el propio Código de Consumo que en varios artículos se puede reconocer la protección que le otorga al consumidor frente a este tipo de cláusulas. Así, el artículo 47.b indica que “No pueden incluirse cláusulas o ejercerse prácticas que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en los contratos”. Del mismo modo, en el

Podemos afirmar, por tanto, que en la actualidad existe un gran número de empresas que están utilizando tanto los contratos de adhesión como las CGC. En tal sentido, se puede concluir que estos contratos también se utilizan en el comercio electrónico y más específicamente en los contratos realizados por las plataformas digitales de intermediación, como se pasará a explicar en los siguientes acápites.

2.1.4 Breve descripción de contratos normativos

Hemos explicado hasta aquí, que se entiende por contrato civil, mercantil, de adhesión y qué son las cláusulas generales de contratación. Ahora, para seguir con nuestra investigación, es importante desarrollar el tema de los contratos normativos, pues por la naturaleza ágil de estos mercados podría ser una opción viable la aplicación de este tipo de contratos.

Una vez definidos los contratos normativos, podríamos establecer si es que los contratos que celebran las partes usuarias con los oferentes de las plataformas digitales pueden estar dentro de este término o no.

Para empezar, podemos decir que los contratos normativos son aquellos que establecen la disciplina de un contrato eventual y futuro. Su efecto no es la obligación de celebrar el futuro contrato (que es la forma común de entender el “compromiso de contratar” o el “precontrato”), sino que, si voluntariamente se celebra, deberá contener o cumplir la forma u observar las demás previsiones en estos contratos. Precisamente es por ello que tienen este nombre, pues establece una norma a seguir en los contratos que se celebren en el futuro¹²³.

artículo 48 se establece los requisitos y el contenido que deben tener las cláusulas en un contrato de consumo por adhesión. Y específicamente en el capítulo II se estipula las cláusulas abusivas y se menciona la ineficacia de estas, ya sea relativa o absoluta, dependiendo del caso.

¹²³ CREMADES GARCÍA, Purificación; MORANT GARCÍA, Jesús, *Casos y apuntes de Derecho Privado*, editorial Difusión Jurídica y temas de actualidad, Barcelona, 2007, p. 138.

Bajo la misma línea, Díez-Picazo, establece que el contrato normativo es aquel que tiene por objeto “establecer la disciplina de un contrato eventual y futuro... Con ellos se fija únicamente el contenido de estos futuros contratos, que las partes no están obligadas a concluir, pero pueden llegar a concluir”¹²⁴.

Adicionalmente, Soro Russell señala que “el contrato normativo es más que un simple acuerdo preparatorio desprovisto de valor jurídico intrínseco. En realidad, las cláusulas de los contratos normativos a menudo denotan la existencia de una especial relación de confianza... Este singular vínculo jurídico, más que posibilitar un intercambio puntual de bienes y servicios, parece perseguir la instauración o consolidación de una relación de cooperación fluida, estable y duradera entre las partes, con el fin de simplificar la celebración de los negocios que en un futuro puedan llevarse a cabo, tanto entre ellas como con terceros”¹²⁵.

Continúa mencionando este autor que, entre los elementos más característicos de este tipo de contratos se pueden mencionar los siguientes:

- (i) El establecimiento de una relación de colaboración estrecha y duradera entre los contratantes, que favorecerá la eventual conclusión de negocios en un futuro.
- (ii) Referencia habitual de terceras personas que no son parte del contrato inicial.
- (iii) La presencia de un contenido vinculante, que consiste en la obligación de estar a lo pactado en esos contratos futuros (y no al de realizar el contrato futuro como piensa un sector de la doctrina)¹²⁶.

Si bien este tipo de contratos son poco estudiados, entre la doctrina que los mencionan, se puede apreciar una clara distinción. Por un lado, los

¹²⁴ Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, 5ta edición, editorial Civitas, Madrid, 1996, p. 363.

¹²⁵ SORO RUSSELL, O., *Los contratos como fuentes de normas. Contratos marco, contratos normativos y contratos colaborativos*, Editorial Reus, Madrid, 2004, p. 25.

¹²⁶ Ibid. pág. 26.

que indican que serían simples contratos preparatorios¹²⁷ y otros (como los indicados) que establecen que son contratos independientes que traen consecuencias jurídicas y que tienen protagonismo propio.

Sin embargo, el tema de nuestra investigación no son estos tipos de contratos ni cómo lo ha tratado la doctrina. En tal sentido, luego de investigar sobre los mismos, nuestra opinión, como la de muchos autores, es que los contratos normativos son verdaderos contratos que se establecen para poder agilizar e indicar cómo y bajo qué características y reglas se van a realizar los futuros contratos. De esta manera, son contratos marco que tienden a durar en el tiempo y que se basan en la confianza entre las partes celebrantes.

2.1.5 Aplicación al caso en concreto

A lo largo de este capítulo, hemos diferenciado los contratos civiles de los contratos mercantiles, llegando a la conclusión que serán mercantiles cuando al menos una de las partes sea empresario y en general cuando el acto se inserte en la empresa, rigiendo los principios y directrices mercantiles y teniendo supletoriamente el Código Civil para su mejor aplicación.

Asimismo, hemos definido qué se entiende por contratos de adhesión, cláusulas generales de contratación y qué son los contratos normativos, estableciendo cuándo se entiende que estamos frente a uno de estos contratos.

Ahora bien, pasando ya a las plataformas digitales de intermediación, debemos notar, en principio, que existen hasta tres contratos distintos que giran en torno a este tipo de comercio electrónico:

1. Uno que celebran la plataforma digital con los usuarios prestadores del servicio.

¹²⁷ Así, por ejemplo, el autor Alberto Vega señala que los contratos normativos “Son aquellos que tienen como función fijar una reglamentación uniforme y general para aquellos quien quiera contratarlo. Son contratos preparatorios”. En VEGA, A., *Contratos Mercantiles. Apuntes de investigación y divulgación científica*, México DF, 2011, p. 16.

2. Otro que celebran la plataforma digital con los usuarios finales.
3. Un tercero que, existe entre el usuario prestador del servicio y el usuario final.

En este último caso, también podemos hablar de un contrato en la medida que hay un acuerdo de voluntades que se manifiesta claramente en los usuarios finales y prestadores del servicio al estar en estas plataformas digitales y aceptar la transacción, a pesar de que no haya un documento escrito¹²⁸.

Una vez establecido cuantos contratos tenemos en estas transacciones, podemos establecer qué clase de contratos son:

1. El celebrado entre la plataforma digital y los usuarios (prestadores del servicio

A simple vista, en las páginas webs de las plataformas digitales estudiadas, se puede evidenciar que los contratos que celebran los usuarios prestadores del servicio con los empresarios oferentes de las plataformas digitales son contratos por adhesión.

Las plataformas ya tienen unos términos y condiciones que los usuarios solo deben aceptar si desean continuar con la inscripción y ser parte de la comunidad de usuarios ya sea prestadores del servicio o los usuarios finales¹²⁹.

¹²⁸ Estos son los casos por ejemplo de los contratos verbales. Es usual que se caiga en el error de considerar la palabra “contrato” necesariamente asociado a un documento escrito. Sin embargo, esto no es así, la ley en su definición no exige que los contratos sean celebrados de una determinada manera; esto quiere decir que un contrato puede realizarse bajo cualquier forma, y éste igual surgirá todos sus efectos jurídicos. Salvo que la propia ley exija alguna formalidad específica. Por lo tanto, acciones tan comunes como subirnos a un taxi, deben ser considerados como la celebración de contratos plenamente válidos.

¹²⁹ Esto sin tener en cuenta claro está que los usuarios prestadores del servicio además tienen que pasar por algunos exámenes y pruebas; sin embargo, esos exámenes no son parte del contrato en sí, sino es una condición para pertenecer a la comunidad de usuarios que brindan el servicio.

De otro lado, es fácil determinar que en estos casos nos encontramos ante contratos mercantiles, simplemente por el hecho de tener a los empresarios dueños de las plataformas digitales, y que justamente realizan estos actos con los usuarios, para insertarlos en su empresa.

Reforzando este punto, es importante mencionar que los contratos mercantiles no tienen una forma solemne de celebrarse, salvo se especifique en la misma norma. Así, el artículo 51 del CdC señala lo siguiente: “[S]erán válidos y producirán obligación y acción en juicio los contratos mercantiles, cualesquiera que sean la forma y el idioma en que se celebren, la clase a que correspondan y la cantidad que tengan por objeto, con tal que conste su existencia por alguno de los medios que el derecho civil tenga establecido...”.

Bajo este razonamiento, es perfectamente válido y está permitido que un contrato mercantil pueda ser de adhesión, mientras que cumpla con lo estipulado para los casos de este tipo de contratos. Es más, se puede decir que hoy en día, con el avance de la tecnología y las nuevas formas de contratación por Internet, así como para eliminar los costos de transacción que conllevan estos tipos de negocios, una gran parte de contratos mercantiles son celebrados de esta manera¹³⁰.

2. El celebrado entre la plataforma digital y los usuarios finales.

¹³⁰ Según Alfredo Bullard: “El desarrollo acelerado que presenta la economía moderna, que ha creado un inmenso mercado de transacciones generalizadas, ha llevado a que los costos externos ocasionados por la negociación impliquen una disminución importante de la eficiencia y beneficios presumiblemente generados por el mercado. Imaginemos al Presidente de la General de Motors negociando, bajo la asesoría de un conjunto de abogados, todos los contratos de compraventa de automóviles que celebra la empresa. La burocratización administrativa, el tiempo y recursos perdidos, las demoras en la colocación de los automóviles en el mercado, las dificultades para interpretar y en su caso poder cubrir los posibles incumplimientos de los particulares referidos a relaciones jurídicas de contenido diverso, hubieran hecho imposible e eficiente desarrollo que esta empresa ha alcanzado en el presente siglo. Así, la estandarización de los bienes y servicios que concurren en el mercado lleva, indefectiblemente, a estandarizar las relaciones jurídicas vinculadas a dicha concurrencia. Las relaciones jurídicas se producen en serie. Ello exige eliminar los costos externos que ocasiona la negociación, lo que no es posible sin eliminar o limitar a ésta última (...)”. En BULLARD, A., *Contratación en masa ¿Contratación?* Revista Themis N° 15, 1989, p.49

Este segundo caso, también podemos afirmar que estamos frente a contratos por adhesión y mercantiles, por estar presente el empresario oferente de la plataforma digital.

Además, y conforme explicaremos más adelante, en estos casos podríamos estar también frente a contratos de consumo, que tienen por tanto una regulación más específica que los contratos civiles.

3. El celebrado entre el prestador del servicio y los usuarios finales

Por último, existen también los contratos celebrados entre los usuarios prestadores del servicio y los usuarios finales. Como ya vamos a ver más adelante, la mercantilidad de estos contratos va a depender de si entendemos al usuario prestador del servicio como un verdadero empresario o no. Por el momento entonces, lo que sí podemos afirmar es que es un verdadero contrato que tiene obligaciones y consecuencias jurídicas para ambas partes y que, en determinados casos, podrá ser considerado como un contrato de consumo.

2.2 Contrato entre oferente de la plataforma y los usuarios

2.2.1 Introducción

Para profundizar más sobre los contratos indicados, y teniendo en cuenta lo señalado en el punto anterior, podemos decir que el contrato general o marco (por llamarlo de alguna forma) que celebran los usuarios (sean estos finales o los que brindan los servicios subyacentes), con el empresario oferente de la plataforma digital, son contratos mercantiles y por adhesión.

Además, podemos ir sugiriendo que al menos en la mayoría de los casos, entre los oferentes de las plataformas y los usuarios finales, existe relación de consumo. El problema, que abordaremos más adelante, es determinar hasta qué punto se puede afirmar que el empresario dueño de la plataforma responde por el servicio brindado y, sobre todo, cuál es el servicio que le genera responsabilidad.

Sin embargo, todavía no queda clara la naturaleza jurídica de dichos contratos (entre los oferentes de las plataformas y ambos tipos de

usuarios). Se ha llegado incluso a plantear la exagerada idea de que, entre los usuarios prestadores del servicio subyacente, y los oferentes de las plataformas, existe un contrato de trabajo¹³¹.

También hay nuevos intentos de nuestro Congreso por regular las plataformas digitales, y más específicamente las de taxi para tratarlas como empresas de transporte, cuando ya hemos visto que en realidad el oferente de la aplicación no brinda tal servicio (al menos no precisamente de taxi)¹³².

¹³¹ Para citar algunos ejemplos de las posiciones de este sector de la doctrina, podemos mencionar a (i) Jesús Mercader, catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad Carlos III y director del Instituto de Relaciones Laborales y Empleo del Centro de Estudios Sagaydoy, en “Trabajo en plataformas digitales. Análisis y propuestas de regulación”, *adigital y GoVup*, Julio 2017, pág. 13. (ii) Javier Mujica Petit, especialista en Derechos Humanos del Centro de Políticas Públicas y Derechos Humanos “PERU EQUIDAD”, en la participación que tuvo en la Conferencia realizada por Focus Asociación Civil de la Universidad de San Martín de Porres el 5 de setiembre de 2017, titulada “La Regulación de servicios de transporte a través de aplicaciones tecnológicas ¿es pertinente la regulación? (iii) Adrián Todoli Signes, profesor e investigador en Derecho del Trabajo en la Universidad de Valencia, en “El impacto de la Uber Economy en las relaciones laborales: Los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo” publicado el 22 de diciembre de 2015 en <https://adriantodoli.com/>. Así también existen sentencias donde definen a los prestadores del servicio subyacente como verdaderos empleados de los empresarios dueños de las plataformas digitales, un claro ejemplo es la sentencia del 33 Juzgado del Trabajo de Belo Horizonte, Brasil, que condenó a UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA a registrar el contrato de empleo en la CTPS de uno de los conductores que demandó para que se le reconozca derechos laborales como empleado. (Proceso 00311359-34.2016.5.03.0112). En todo caso, lo que podemos rescatar de estos autores es que efectivamente si puede haber supuestos marginales de abuso laboral que pueden esconderse bajo la careta de esta modalidad de contratos. Sin embargo, no consideramos que sea el caso para los contratos estudiados en este trabajo.

¹³² Nos estamos refiriendo al Proyecto de Ley N 1505/2016-CR, “Proyecto de Ley que crea y regula el servicio privado de transporte a través de plataformas tecnológicas” sugerida por el congresista de Fuerza Popular, Miguel Ángel Elías Avalos, emitida el 8 de junio de 2017. Y cuyo objeto es el siguiente: “... crear y regular el servicio privado de transporte de pasajeros ofrecido y administrado a través de entidades operadoras de plataformas tecnológicas, con el fin de asegurar la legalidad del servicio, promover la mejor calidad del mismo e identificar las corresponsabilidades entre el operador de la plataforma y los usuarios del servicio”.

El debate sobre qué tipo de contrato sería y qué consecuencias jurídicas traería ha llevado al legislador a querer regular en exceso algo que, en realidad, si se estudia con detenimiento, se advierte que al menos en los aspectos más problemáticos ya están cubiertos. Recordemos que estos contratos son mercantiles y por adhesión, de manera que ya tienen principios que pueden utilizarse, inclusive, podríamos utilizar los principios básicos del contrato de consumo (dependiendo del caso en concreto).

Bajo este contexto, vamos a analizar si estos contratos pueden estar dentro de algunos ya existentes o, si se trata de simples contratos atípicos que se generan por la autonomía de la voluntad y que, por tanto, solo van a necesitar contar con ciertos límites establecidos por la ley.

2.2.2 Comparación con el contrato de corretaje

El contrato de corretaje o mediación pertenece a los contratos de gestión de negocios e intereses ajenos, y se realiza con la finalidad de hacer posible la celebración de otros ulteriores contratos entre personas distintas a este mediador. Lo que caracteriza a este contrato es que el corredor lo único que hace es aproximar a las partes que desean contratar, siendo ajeno e independiente al contrato final entre estas partes. Recibiendo la mayoría de las veces una comisión o premio cuando se haya celebrado este segundo contrato¹³³.

Uno de los temas más controvertidos de este contrato es la obligatoriedad del mismo; es decir, si el corredor realmente tiene una obligación de conseguir una aproximación de las partes o solo es un tema facultativo. Sobre esto existen dos teorías:

1. Teoría unilateral, que establece solo el deber del contratante de pagar el premio o comisión si es que se llega a celebrar el contrato final, gracias a los esfuerzos del corredor.
2. Teoría bilateral, que lo define como uno donde ambas partes tienen obligaciones: “una parte se obliga frente a otra, sin relación de dependencia ni de representación, a satisfacerle una remuneración

¹³³ ZEGARRA MULANOVICH, A., Ob. Cit. p. 364.

para el caso de que llegue a concluirse un determinado contrato con una persona aportada gracias a la intermediación del corredor, obligándose éste a desplegar la actividad necesaria para buscar interesados y acercar a las partes¹³⁴”.

De todos modos, consideramos que este conflicto en la realidad carece de relevancia práctica, debido a que, al tratarse de un contrato atípico, no existen condicionamientos legales de forma ni de fondo que limiten las modalidades que puede adoptar este contrato mientras siga respondiendo a la misma función. De esta manera, la voluntad de las partes puede hacer que el contrato sea unilateral o bilateral, y ello va a depender de lo que las partes busquen.

Teniendo esto en cuenta, García-Pita define el contrato de corretaje de la siguiente manera: “Aquél contrato cuya causa consiste en la promoción ocasional de nuevos contratos, mediante una actividad de aproximación de las partes o de indicación de la oportunidad de contratar, por el cual una de las partes -el Comitente o Principal- se obliga a pagar un premio a la otra -el corredor o mediador- para el caso de que efectivamente se haya concertado el contrato, pudiendo el corredor a su vez, obligarse también, recíprocamente, a desarrollar la actividad mediadora indicada”¹³⁵.

a) Características del contrato de corretaje

Entre las características más importantes del contrato, encontramos las siguientes¹³⁶:

1. Atípico: en cuanto “no encaja en ninguna de las figuras con específica regulación legal y, por otra parte, tampoco responde a una

¹³⁴ BROSETA PONT, Manuel; MARTÍNEZ SANZ, Fernando; Ob. Cit. p. 118.

¹³⁵ GARCÍA PITA Y LASTRES J.L., *Apuntes sobre el Contrato de Mediación o Corretaje*, Lección XXX, pro manuscrito, p. 37.

¹³⁶ Los puntos del 2 al 7 han sido tomados de ZEGARRA MULANOVICH, A., Ob. Cit. pp. 369 y 370.

combinación formada a base de los elementos pertenecientes a figuras contractuales típicas”¹³⁷.

2. Mercantil: cuando participe del mismo un empresario. En este punto cabe hacer la precisión que también pueden existir contratos de corretaje puramente civil.
3. Principal: a pesar de ser considerado un contrato de colaboración, no podemos olvidarnos que este tiene una causa propia y no configura un contrato preparatorio, sino que busca facilitar y ayudar a concretar otro contrato, pero siempre va ser independiente de este último.
4. Consensual y de libre forma: como ya hemos mencionado, este contrato, al ser atípico, carece de formalidad legal, entre otras cosas, por lo que, prima la autonomía de la voluntad de las partes, y se perfecciona por el mero consentimiento.
5. De tracto único: esto quiere decir que no perdura en el tiempo, pues la ejecución de este contrato se realiza en un solo acto.
6. Unilateral o bilateral: relacionado con las características de atípico y de libre forma, como ya se ha mencionado en su oportunidad.
7. Oneroso: por lo general, va a tratarse de contratos onerosos, pues las partes recibirán o al menos aspirarán a tener alguna contraprestación o ventaja económica. Sin perjuicio de ello, también cabe la posibilidad de que se trate de contratos gratuitos. Es importante mencionar que incluso en este último caso, estos contratos podrían ser mercantiles.
8. Independencia del corredor: el corredor actúa con absoluta independencia, sin subordinación a quien le formula el encargo¹³⁸.

b) Elementos del contrato de corretaje

En cuanto a los elementos de este contrato, podemos mencionar dos grupos: los elementos personales y los reales.

Cuando hablamos de los personales, nos referíamos al corredor por un lado y al comitente o cliente por el otro.

¹³⁷ SAPONS SALGADO, M., *El contrato de Corretaje*, Editorial Montecovo, Madrid, p. 37.

¹³⁸ REJÓN DE CHACÓN, L., *El Corretaje Mercantil*, Venezuela, p. 227.

Hasta aquí, es importante resaltar que si bien es cierto el tercero no forma parte del contrato, no existe ninguna norma ni principio jurídico que prohíba que el corredor realice otro contrato de corretaje con ese tercero.

Por otro lado, cuando hacemos mención a los elementos reales, nos estamos refiriendo a tres en particular:

1. La propia actividad de gestión o facilitación de los contratos, que a su vez consiste en:
 - (i) Aproximar a las partes;
 - (ii) Indicarles el momento más adecuado para celebrar el contrato;
 - (iii) En determinados casos, intermediar para que se dé la conclusión del contrato; esto sin perder de vista que nunca lo va a realizar a nombre o como una de las partes.
2. El premio o la comisión, que se devenga normalmente a la celebración del contrato facilitado. Ahora bien, siempre se va poder pactar algo distinto, como por ejemplo que se realice el pago por la sola aproximación así no se llegue a concluir el contrato.
3. De ser el caso, el reembolso de los gastos del corredor.

Luego de explicar en qué consiste el contrato de corretaje, podemos darnos cuenta, al menos en una primera impresión, que tiene algunos parecidos con lo que realizan los empresarios oferentes de las plataformas digitales estudiadas. Comencemos analizando esta vez el segundo grupo que hemos distinguido, es decir, las aplicaciones de taxi que son objeto central del trabajo de investigación.

i) Las aplicaciones de taxi

Estas aplicaciones siempre han defendido que el servicio que brindan no es el de taxi en sí, sino solo se encargan de indicarle tanto a los usuarios conductores como a los usuarios pasajeros las posibilidades que ellos tienen para contratar el servicio; es decir, “aproximan” a las partes para que sean estas las que finalicen la transacción.

De esta manera, para los empresarios oferentes de las aplicaciones digitales, ellos tienen una comunidad de usuarios donde ellos sirven de intermediarios. Así, por ejemplo, la *country manager* de Beat indica que la aplicación “genera una comunidad de usuarios tanto entre conductores como pasajeros”¹³⁹.

Según esta definición del servicio brindado, podríamos indicar que al menos, se asemeja a los que realiza un corredor, que también es aproximar a las partes para que celebren contratos.

Con relación a las características propias del contrato de corretaje comencemos comparando dos características de este contrato que podría pensarse que no guardan relación con los contratos entre los oferentes de las plataformas y los usuarios.

Nos estamos refiriendo a las características de onerosidad y de tracto único, las mismas que, como ya hemos indicado, podrían generar ciertas dudas de si en realidad se cumplen o no.

Empecemos analizando la onerosidad de estos contratos: los empresarios oferentes de las plataformas digitales reciben una comisión por cada servicio realizado exitosamente. Sin embargo, hay que hacer notar que hay dos contratos distintos, uno celebrado con el usuario conductor y el otro celebrado con el usuario pasajero.

La comisión la recibe el usuario conductor, pues es a él al que se le paga por el servicio realizado y que luego le otorga una parte al empresario oferente de la plataforma. Por este lado entonces, no habría ningún inconveniente y se cumpliría la característica analizada; no obstante, debemos preguntarnos ¿qué ocurre en el caso del contrato celebrado entre el empresario oferente de la aplicación y el usuario pasajero?

¹³⁹ Entrevista a Nory Rodríguez, *country manager* de Beat, disponible en [youtube.com/watch?v=Ojcxqbi9caY](https://www.youtube.com/watch?v=Ojcxqbi9caY).

Hemos visto que un corredor puede serlo de las dos partes que finalizan el contrato sin ningún problema, si es que las partes no se oponen a ello (o incluso y por la propia naturaleza del contrato, aunque se opongan)¹⁴⁰. En el caso particular de las plataformas digitales de taxi es justamente lo que las partes buscan, que sea ese mismo empresario el que los junte y que ayude a finalizar el contrato de servicio de transporte.

Asimismo, hemos determinado que estos contratos tienen la posibilidad de ser gratuitos; claro está que, si bien el empresario dueño de la plataforma digital no recibe pago efectivo por parte del usuario pasajero, de todos modos, al realizar ese acercamiento lo hace con la intención de que al final se pueda celebrar el contrato de servicio de taxi y de este modo obtener el pago por parte del usuario conductor.

No debemos olvidar que este nuevo modelo económico se basa en plataformas donde participan únicamente usuarios (sean conductores o pasajeros) y ambas partes saben y aceptan cómo se va a realizar estas transacciones. En este negocio específico de servicio de transporte, no sería rentable la posibilidad de cobrar también comisión al usuario pasajero, pues si fuera así, este costo sería mucho más elevado y los usuarios pasajeros dejarían de ver el beneficio que otorgan estos empresarios. En tal caso, no podrían competir con los servicios de taxi de la calle; asimismo, los usuarios pasajeros también dejarían de ver atractivo este servicio porque tendrían que pagar doble y resultaría mucho más difícil encontrar un modo eficiente de cobrarlo.

Por este motivo y atendiendo al modelo de economía en el que nos estamos moviendo, así sea inusual dentro de la definición que tenemos de corretaje, no habría ningún impedimento para que el corretaje entre el usuario pasajero y el empresario de las plataformas sea gratuito, con la finalidad de que este comercio funcione y para tener de igual modo la comisión por parte del usuario conductor.

¹⁴⁰ Esto se debe a que el corretaje no requiere que el corredor pida “permiso” para servir a la otra parte del contrato, pues no es una comisión. El corredor no representa ni tiene que defender el interés de ninguna de las partes, ellas mismas deciden o no celebrar el contrato, defendiendo cada una su propio interés.

De esta manera, la “gratuidad” en estos contratos es más un tema de estrategia comercial que la libertad de contratar les permite realizar, y con el objetivo de tener mayor número de usuarios. Pero con estos contratos también se busca una ganancia, que sería la comisión que recibe por parte de los taxistas.

Ahora bien, en relación con la característica de tracto único, parecería que tampoco se podría cumplir porque justamente lo que buscan los usuarios de estas plataformas y el empresario de las mismas es que se pueda llegar a concretar estos contratos cada vez que entren a la aplicación buscando un conductor o pasajero, dependiendo del usuario. Por lo que se evidencia claramente que las partes buscan continuar en el tiempo con esta actividad. La duda sería entonces si se trata de un contrato de tracto sucesivo y no de tracto único como usualmente son los corretajes.

La dificultad sería insalvable si nos pusiéramos en el caso de que el usuario conductor y el usuario pasajero tuvieran cada uno un único contrato de corretaje con el empresario de la plataforma, que se extendiera a lo largo del tiempo y que puedan “activar” cada vez que entren a la aplicación. En otras palabras, sería suponer que los términos y condiciones que aceptaron cada usuario es el contrato mismo por el que la plataforma presta el servicio que ofrece.

Suponer que los términos y condiciones dispuestos por el oferente de las plataformas y aceptadas por los usuarios son los contratos de servicio de fondo es un error, pues en estos contratos marco se especifican las definiciones, obligaciones generales, cómo van a funcionar las futuras transacciones que realicen cuando los usuarios entren a la aplicación; y, en general, las reglas de comportamiento que tienen que seguir las partes intervinientes. Asimismo, se establece la posibilidad de crear varios contratos futuros (es decir, cada vez que se utilice la aplicación), y son **estos** contratos futuros los que vendrían a ser propiamente los contratos de corretaje.

Estos corretajes se ejecutarían cada vez que los usuarios entren a la aplicación para realizar un trayecto, y cada contrato finalizaría cuando cada viaje termine y el usuario pasajero se baje del taxi, cumpliendo así con la característica de ser de tracto único.

Esto quiere decir, que los términos y condiciones serían el contrato marco que establecería la posibilidad de crear contratos de corretajes futuros, cada vez que los usuarios entren a las aplicaciones para realizar un viaje.

Según esta definición, estaríamos haciendo referencia a contratos normativos¹⁴¹, pues estos términos y condiciones sirven como marco general para futuros contratos más “pequeños”, por decirlo de alguna manera.

En ese sentido, si entendemos, dada la definición establecida, que los términos y condiciones aceptados por las partes de la comunidad, son en realidad contratos normativos que buscan forjar las reglas y conductas para los futuros contratos de corretaje, se estaría reconociendo que se cumple esta característica y que, si bien el contrato marco busca perdurar en el tiempo, cada corretaje comienza y termina en un momento determinado.

Como ya hemos mencionado, un corretaje podría definirse como aquel contrato de intermediación por medio del cual el corredor se obliga (frente al principal), a aproximar a las partes o indicarles la oportunidad de contratar, para que sean estas partes las que al final contraten entre ellas. Por esta actividad, el corredor usualmente recibe una comisión.

Podemos darnos cuenta por lo tanto que lo esencial en un corretaje es la actividad de intermediar, es decir, de ser el sujeto que se encargue de juntar a las partes interesadas para que realicen una transacción.

Es justamente esta actividad la que desarrollan los empresarios oferentes de las aplicaciones. Son los encargados de “juntar” o aproximar a los usuarios prestadores del servicio subyacente con los usuarios destinatarios para que sean estos los que al final decidan concretar un

¹⁴¹ Véase punto 2.1.4.

determinado contrato. Y por cada transacción finalizada, el oferente de la plataforma digital o corredor recibe una comisión¹⁴²

Ahora bien, no existen muchos inconvenientes para identificar las otras características de estos contratos que son similares con el de corretaje. Así, podríamos decir que estos contratos son:

1. Atípicos: pues no encajan en ninguna figura que esté regulada en la ley.
2. Mercantiles: debido a que está participando en estos contratos el empresario oferente de la plataforma digital y lo realiza justamente en el ejercicio de su actividad empresarial.
3. Principales: pues se diferencia del contrato por el cual se brinda propiamente el servicio de taxi.
4. Consensuales y de libre forma: queda claro que este contrato cumple con esta característica, pues no existe una forma determinada de celebrarlos y es más lo único que aceptan los usuarios son los términos y condiciones dadas por la empresa oferente de las plataformas.
5. Bilaterales: En estos casos en particular, ambas partes del contrato van a tener la obligación uno de cumplir con entregar o pagar la comisión y el otro de realizar la intermediación para que se realice el contrato final.
6. Independientes: claramente el empresario oferente de estas aplicaciones actúa sin subordinación de ninguna de las partes usuarias.

De otro lado, con relación a los elementos del contrato de corretaje que hemos desarrollado, los personales se podrían dar teniendo como corredor al empresario oferente de la aplicación y a los clientes a los dos tipos de usuarios.

En cuanto a los elementos reales, se puede concluir lo siguiente:

¹⁴² Sobre el tema de la comisión, como vamos a ver más adelante, tiene ciertos matices, dependiendo de la aplicación.

1. Los empresarios oferentes de las plataformas digitales de taxi aproximan a las partes, indicando quienes son los usuarios más cercanos y brindando la información adecuada y necesaria para que se concrete la transacción. Del mismo modo, en determinados casos puede intervenir como moderador (por ejemplo, bloqueando a un usuario que tiene una mala conducta).
2. Ya hemos visto que sí reciben una comisión por parte del usuario conductor, por lo que este elemento también se cumple en estos contratos.

En el caso de la aplicación Airbnb (que también forma parte de este primer grupo de aplicaciones analizadas), sería muy parecido a los contratos anteriores. Cuando mencionamos los Términos y Condiciones estaríamos hablando de un contrato marco (que sería el contrato normativo). Al aceptar este contrato, el anfitrión puede publicar el lugar que desea alquilar y el huésped puede conectarse para hacer su reserva.

Las partes serían las mismas que en las aplicaciones de taxi, el corredor sería el empresario de Airbnb y los clientes vendrían a ser los usuarios anfitriones y los usuarios huéspedes. Del mismo modo, los elementos reales: el empresario de la aplicación aproxima a los usuarios dándole a conocer a los futuros huéspedes los alojamientos disponibles y poniéndolos en contacto con los anfitriones.

La única diferencia de esta aplicación con las de taxi es que, en estos casos, como ya mencionamos, el empresario oferente de la app cobra comisión tanto al huésped como al anfitrión por el servicio de intermediación para el alojamiento; de manera que, en estos casos se puede observar con mayor claridad los contratos de corretaje existentes y la característica de la onerosidad de cada uno de estos contratos.

Por último, las características son las mismas que las de aplicaciones de taxi, salvo, claramente, la característica de la onerosidad, que, como ya indicamos se da en ambos sentidos.

ii) Fandango y Domicilio.com

Con relación al siguiente grupo de aplicaciones digitales estudiadas (Fandango y Domicilios.com), de lo que hemos podido concluir a partir

de sus términos y condiciones, página web y publicidad realizada, tenemos lo siguiente:

1. Utilizan unos términos y condiciones que ambos tipos de usuarios deben aceptar para participar en la aplicación.
2. Estos términos y condiciones también caben en el concepto de contratos normativos, pues lo que buscan es poner en contacto a las partes y así realizar los contratos eventuales y futuros.
3. Las características que podrían presentarse y que están de acuerdo con la naturaleza jurídica del corretaje son la atipicidad, mercantilidad, principal, consensual, de tracto único, bilateral e independiente. Las razones por las que consideramos que existen estas características son las ya indicadas en las otras aplicaciones, pues hasta aquí el funcionamiento de estas nuevas es muy similar a las anteriores apps.
4. En relación con la onerosidad de estos contratos, observamos lo siguiente:
 - a. Con Fandango: de la información obtenida nos da a entender que el empresario oferente le cobra una comisión al cine por cada compra exitosa, dicha comisión está incluida dentro del precio que paga el usuario final por la entrada, cumpliéndose con la característica de la onerosidad de la misma manera que en las aplicaciones de taxi (al menos una de las partes paga la comisión)¹⁴³.
 - b. En el caso de Domicilio.com: en toda la información que está abierta al público, no se indica de donde consigue la ganancia esta aplicación. Sin embargo, puede haber dos opciones según lo estudiado y de acuerdo a cómo es que se están desarrollando estas economías en Internet:

¹⁴³ Esta información se puede deducir de las Políticas de venta de entradas, cuando se indica en el apartado número 1 lo siguiente: “Se pueden efectuar reembolsos de las entradas de Fandango en algunas circunstancias. Las entradas de las películas compradas, a través de los Servicios, incluyen un cargo no reembolsable (la ‘Comisión de Fandango’)... Se devolverá el valor de la(s) entrada(s) a través del método de pago utilizado en la compra, sin incluir la Comisión de Fandango por cada entrada”.

- (i) que la comisión se la dé el propio restaurante (caso en el cual sería igual a las aplicaciones de taxi).
- (ii) que la comisión la obtenga del usuario final porque ya está incluida en el precio (caso en el cual tampoco habría inconveniente porque igual se estaría dando la onerosidad y una de las partes está pagando la comisión).

Por lo tanto, en este segundo grupo de aplicaciones, existen también razones fundadas para defender que sí son contratos de corretaje.

Sin embargo, no podemos terminar la comparación sin hacer notar que estas tres últimas aplicaciones (Airbnb, Domicilios.com y Fandango) son un poco distintas a las de taxi.

La diferencia más relevante es que estás últimas te muestran todos sus usuarios proveedores inscritos que tienen en su comunidad, por lo que podría pensarse que más que nada sirven como una especie de avisos clasificados.

Nuestra opinión, por el contrario, es que los empresarios oferentes de estas aplicaciones realizan algo más que solo permitir que las personas inscritas publiciten sus servicios.

Por ejemplo, en el caso de Domicilios.com, como ya hemos explicado, es la propia plataforma la que se comunica con el restaurante, envía los mensajes de confirmación y se preocupa para que pedido llegue a su destino.

Asimismo, debemos recordar que todas estas aplicaciones realizan un servicio de intermediación y sirven también como moderadoras de las comunidades de usuarios. Por lo tanto, tal vez pueda constituir un corretaje especial, pero sin ninguna duda la esencia de ese contrato se encuentra presente en todas las transacciones realizadas por medio de estas plataformas.

2.2.3 Comparación con el contrato de agencia

Otro supuesto de contrato que, si lo analizamos, también podría encajar dentro de estos supuestos, es el contrato de agencia.

Este contrato en nuestro país es atípico, de manera que, su celebración se basa en el régimen general para los contratos y en especial en el principio de la buena fe entre las partes.

Podría definirse como aquel contrato por el cual “una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos y operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones¹⁴⁴”

Como el contrato de corretaje, el de agencia también tiene ciertos elementos reales y personales¹⁴⁵ y otras características que lo definen como tal y que lo diferencian de los otros tipos de contratos de mediación:

Entre los elementos personales tenemos al llamado “principal”, que no necesariamente tiene que ser empresario, mas sí debe ser profesional; y, al propio agente. Este segundo sí debe ser un empresario independiente.

En cuanto a los elementos reales tenemos la actividad de promoción, y de ser el caso, de promoción y conclusión, y la retribución a la cual tiene derecho el agente si realiza la actividad de gestión de manera exitosa¹⁴⁶.

En cuanto a las características, podemos mencionar las siguientes:

1. Estabilidad o permanencia: según Marzorati, la estabilidad significa que la vinculación entre el agente y el principal no es esporádica y resultante de negocios aislados (como podría decirse del contrato de corretaje), sino que ambas partes están unidas por un contrato

¹⁴⁴ GADEA SOLER, Enrique; SACRISTÁN BERGIA, Fernando., *El Contrato de Agencia. La ley 12/1992 en la jurisprudencia*, editorial La Ley, 2010, Madrid, p. 27.

¹⁴⁵ ZEGARRA MULANOVICH, A., Ob. Cit. p. 380.

¹⁴⁶ Cabe mencionar que la retribución puede consistir en un monto fijado o también en una comisión, siendo incluso este último el más frecuente.

- que tiene una duración y por el cual se rigen todas las operaciones que surjan como consecuencia de la actividad del agente¹⁴⁷.
2. Independencia: significa que el agente goza de autonomía para el desempeño de su función. Esto también trae como consecuencia que el agente soporte el riesgo de su negocio, debiendo afrontar con sus comisiones, sus propios costos y mantenimiento de su propia organización¹⁴⁸.
 3. “Unilateral”¹⁴⁹: se refiere a que la acción promotora del agente se realiza a favor de una sola de las partes que intervienen en la operación y no de ambas¹⁵⁰.
 4. Contrato Principal: por el simple hecho de no depender de la existencia de otro contrato¹⁵¹.
 5. Contrato *intuitu personae*: como se dijo en un principio, se trata de un contrato que se basa en la buena fe, por lo que la persona misma del agente es relevante. Por tanto, no podrán ceder su puesto a un tercero para que desarrolle la actividad, salvo autorización específica o pacto en contrario. Además, se tiene en cuenta la solvencia técnica y moral, influencia, organización empresarial, factores que van unidos a que el agente actúe bajo su propio riesgo¹⁵².
 6. Consensual: debido a que se perfecciona con el consentimiento de las partes intervinientes (agente y principal)¹⁵³.
 7. Atípico: este contrato no posee regulación legal propia dentro de nuestro ordenamiento¹⁵⁴.

¹⁴⁷ MAZORATI, O., *Sistemas de distribución comercial*. 2da edición, Editorial Astrea, 1995, Buenos Aires, p. 13.

¹⁴⁸ Ibid. Págs. 12 y 13.

¹⁴⁹ Lo ponemos entre comillas pues en este caso, la palabra unilateral está siendo utilizada en un sentido distinto al que se suele emplear en el derecho de contratos. Pues como bien se indica, la palabra está siendo alusión al número de principales que representa el agente.

¹⁵⁰ Ibid. Pág. 14.

¹⁵¹ GUICH MESEGUER, D., *Manual de Contratos comentados, 100 casos prácticos y sus modelos*, Editorial Tinco, Lima, 2004, pág. 702.

¹⁵² Ibid.

¹⁵³ Ibid.

8. Tracto sucesivo: las partes buscan extender en el tiempo la relación comercial existente entre ambos, mediante la realización de actos sucesivos y constantes. De tal manera, el agente se obliga, mientras dure el contrato, a realizar la actividad¹⁵⁵.

Un punto aparte es el tema de la exclusividad, por la propia naturaleza de la actividad del agente, lo usual (y lo que se recomienda) es que el contrato tenga la cláusula de exclusividad. Esta cláusula hace que el agente se comprometa a no realizar para terceros, negocios similares a los que se comprometió con el principal, ni a competir con él¹⁵⁶. Por otra parte, el agenciado se compromete muchas veces a no otorgar el carácter de agente a otras personas en la zona acordada¹⁵⁷.

Por último, las obligaciones principales del agente y del agenciado o principal son las siguientes:

Agente

1. Obligación de promoción: se trata de mantener y conseguir a los clientes del agenciado. Es decir, hacer posible la conclusión de contratos con los antiguos y nuevos clientes¹⁵⁸.
2. Desempeño personal de la agencia: como ya hemos mencionado, es un contrato intuitu personae, por lo que se espera que sea el propio agente el que realice la actividad de promoción y en su caso de conclusión de los contratos.
3. Deber de informar y rendir cuentas al agenciado: el agente debe informar al agenciado de todo lo que interese al buen éxito de la actividad de promoción¹⁵⁹.

¹⁵⁴ Ibid.

¹⁵⁵ Ibid. Pág. 703.

¹⁵⁶ Sin embargo, es importante recalcar que, así no se incorpore esa cláusula, por la obligación misma que tiene el agente de defender los intereses del principal, no podría realizar actividades contrapuestas con el interés del principal. Es decir, es una obligación implícita por la propia naturaleza del contrato, esté o no pactada esa cláusula.

¹⁵⁷ GUICH MESEGUER, D., Ob. Cit. p. 704.

¹⁵⁸ ZEGARRA MULANOVICH, A., Ob. Cit. p. 382.

¹⁵⁹ Ibid. p. 391.

4. Deber de reserva y confidencialidad: el agente debe guardar reserva y confidencialidad sobre todos los secretos empresariales del agenciado que pudiera obtener¹⁶⁰.

Principal

1. Obligación de retribuir al agente: constituye la contraprestación principal y como ya se ha mencionado, puede tratarse de una comisión o un monto fijo. Se deben por toda la operación concluida o celebrada durante la vigencia del contrato. Además, el agenciado deberá remunerar al agente por las operaciones posteriores a la terminación del contrato si i) la operación se debe a la actividad del agente, llevada a cabo antes que finalice el contrato, o ii) cuando el agente hubiese recibido y transmitido el pedido antes de la terminación del contrato¹⁶¹.
2. Deber de proporcionar información al agente: información sobre el propio objeto del contrato, en cuanto a los bienes y servicios. Así como informar sobre la retribución¹⁶².
3. Obligación de aceptar de buena fe las operaciones.

Como mencionamos en un principio, se podría pensar que esta actividad de promoción podría darse entre los oferentes de las plataformas y los prestadores del servicio subyacente. Sin embargo, y luego de haber analizado los puntos más importantes del contrato de agencia, nos podemos dar cuenta que la actividad de un agente requiere de una labor mucho más demandante y, sobre todo, de mayor cercanía con la actividad de distribución específicamente a favor del principal. Los agentes tienden a involucrarse con una profundidad mucho mayor que la que se advierte en las aplicaciones que venimos estudiando.

Esta cercanía y labor de representación más fuerte se puede observar tanto en las características como en la exclusividad. La naturaleza de este contrato es que el agente ofrezca todos sus esfuerzos y es más, toda su

¹⁶⁰ Ibid.

¹⁶¹ Ibid. p. 393.

¹⁶² Ibid. p. 396.

organización, para ser el agente de una **determinada** persona que realiza una determinada actividad.

En cambio, en las aplicaciones que son objeto de este estudio se puede ver que esa labor se restringe a proporcionar todos los datos necesarios para que dos partes realicen la transacción, de manera que, inclusive la plataforma muestra al cliente final todas las personas que pueden ofrecerle el servicio. Como se observa claramente, no existe exclusividad alguna a favor del principal.

Asimismo, se puede observar también que, en la agencia, el principal tiene más poder de dirigir las bases o principios de cómo tiene que actuar el agente para lograr el fin determinado. Esto no quiere decir de ninguna manera que los agentes sean dependientes, sino que, en comparación con el corretaje, el principal tiene un mayor protagonismo para dirigir ciertas cuestiones que van a repercutir en el actuar del intermediario.

En realidad, lo que podría darle una impresión de hallarse ante un contrato de agencia a un observador superficial, es el acuerdo marco entre la intermediaria y el usuario prestador. En efecto, este contrato marco tiene un carácter duradero y estable, y por eso podría llegar a entenderse que impone al intermediario las obligaciones propias de un agente.

Sin embargo, y como ya se ha indicado, los términos y condiciones del contrato marco solo se especifican las definiciones, el funcionamiento de la aplicación, las responsabilidades que se van a tener por usar la aplicación, etc. mas no tiene un contenido directamente obligatorio como para que pueda ser interpretado como un contrato de agencia.

Nuestra opinión es que, por la propia naturaleza de estas plataformas, difícilmente pueden ser compatibles con un contrato de agencia. Esto porque si bien tiene la característica de permanecer en el tiempo, no basta con eso para tener por agentes a los titulares de las plataformas digitales, pues esa labor de agencia, requeriría un mayor involucramiento que en la

realidad no da. Inclusive sería, con toda probabilidad, poco rentable para las plataformas pretender llevarla a cabo¹⁶³.

Por estas razones, nos ratificamos en todo lo indicado cuando tocamos el tema del corretaje. Lo que se advierte en nuestra opinión es un contrato de corretaje para el oferente del servicio y otro para el usuario final, pues los actos que se llevan a cabo a través de las plataformas digitales encajan a la perfección en un contrato de corretaje.

2.2.4 Conclusión

Como hemos podido identificar, estas aplicaciones digitales funcionan de manera similar, contando con contratos normativos en forma de “términos y condiciones”. Se trata de contratos de adhesión que establecen cómo tienen que realizarse los futuros contratos de corretaje.

Es decir, los empresarios oferentes de las aplicaciones les brindan a sus dos tipos de usuarios el servicio de corretaje, que no es otro que el de intermediación para que las partes (usuarios) realicen al final la transacción que buscaban y por la cual utilizaron las aplicaciones.

Ahora bien, es importante aclarar que estos servicios que tienen de por medio la tecnología, y el *e-commerce* en general, son muy complejos, e implican varios tipos de actividades por parte de los proveedores.

En ese sentido, entendemos que el servicio principal (que es el de intermediación o “poner en contacto” a las partes), que brindan los oferentes de las aplicaciones digitales, se enmarcan en el corretaje mercantil; sin embargo, es posible que haya otras obligaciones o servicios conexos (que justamente son brindados para finalizar de una manera más satisfactoria el servicio de intermediación) que pueden no ser corretaje en sí, sino que son servicios complementarios que ayudan al oferente de la plataforma a ofrecer una mejor experiencia a sus usuarios.

¹⁶³ Con esto no queremos afirmar tajantemente que no pueden existir plataformas digitales de intermediación cuyos titulares hagan las veces de agentes. Sin embargo, en los ejemplos estudiados en el presente trabajo, por cómo funcionan los mismos, consideramos que no podrían encajar en el marco del contrato de agencia. En todo caso, se deberá observar el caso y la plataforma digital en concreto para determinar si es posible o no que se esté hablando de una agencia.

Teniendo identificada la naturaleza jurídica de la relación entre los empresarios oferentes de las aplicaciones y sus dos tipos de usuarios, en el siguiente capítulo vamos a tratar de identificar, la naturaleza jurídica de las relaciones que tienen los intervinientes entre sí, y si responden bajo las normas de protección y defensa del consumidor. Se trata entonces del núcleo principal de esta investigación.

CAPÍTULO III

Delimitación de responsabilidades del proveedor en las plataformas digitales de intermediación

I. Relaciones de los intervinientes en los referidos contratos

1. Relación de los usuarios finales con los usuarios que brindan los servicios subyacentes en las plataformas digitales de intermediación

1.1 ¿Son considerados proveedores los usuarios que brindan los servicios subyacentes en las plataformas digitales de intermediación?

Hemos mencionado en los capítulos precedentes, el concepto de proveedor y de consumidor¹⁶⁴. Teniendo en cuenta las definiciones esbozadas, pasaremos a analizar las plataformas digitales descritas, para dilucidar si los usuarios que brindan el servicio en mención son o no proveedores del mismo.

Para que una persona natural sea considerada como proveedor de un servicio, es necesario que cuente con el requisito de la habitualidad; dicha habitualidad a su vez, no se mide por el número de veces o frecuencia con la que se realiza la actividad económica en el mercado, sino que la habitualidad es entendida como el ánimo de permanencia de la persona; es decir, que dicha habitualidad permite presumir que la actividad se realiza con la finalidad de permanecer en el mercado.

¹⁶⁴ Véase capítulo 1 numeral 2.

Así lo reconoce el CPDC cuando define el concepto de habitualidad en el artículo IV.8, señalando que “Se considera habitual aquella actividad que se realiza de manera común y reiterada de tal forma que pueda presumirse que se desarrolla para continuar en el mercado. Este concepto no está ligado a un número predeterminado de transacciones que deban realizarse. Las actividades de venta de productos o contratación de servicios que se realicen en locales abiertos son consideradas habituales por ese simple hecho”.

Podría mencionarse una larga lista con las referencias que ha hecho la jurisprudencia del INDECOPI explicando detalladamente el tema de la habitualidad como requisito esencial para considerar proveedor a una persona; y en el caso que nos ocupa a una persona natural.

Dentro de esta lista podemos mencionar como ejemplo los siguientes casos:

- (i) El caso de la señora Rocío Aymee Carbajal Ysla (la señora Carbajal) en contra de Buddy The Second S.A.C. (la Constructora), Julio Edgardo Arce Yapez (el señor Arce) y Luis Alberto Merino Caballero (el señor Merino), por presunta falta de idoneidad en el servicio de construcción brindado por los denunciados. (Resolución N° 1047-2013/CC2)¹⁶⁵.
- (ii) El caso de la señora Consuelo Madelayne Chiroque Rodriguez (la señora Chiroque) contra el señor Carlos Alosilla Aguilar (el señor Alosilla) por presunta infracción al CPDC por haberle vendido a la señora Chiroque un cachorro de raza viejo ovejero inglés, el mismo

¹⁶⁵ En ella, la Comisión señaló lo siguiente: “Otro tema importante a tener en cuenta es que el proveedor debe realizar la transacción materia de denuncia y las actividades que involucra con la intención de continuar su ejecución en el largo plazo. En consecuencia, la condición de proveedor se encuentra determinada básicamente por la habitualidad en la producción de bienes o en la prestación de servicios. El criterio para establecer si nos encontramos bajo el supuesto, debe pasar por analizar si en el caso concreto el supuesto proveedor tiene la intención de seguir realizando una actividad económica, consistente en poner a disposición de los consumidores productos y servicios en el largo plazo.

Lo anterior necesita ser complementado con factores adicionales, tales como si la transacción materia de denuncia se refiere a la prestación del servicio en forma aislada o forma parte de una serie de diversas transacciones, así como verificar si se organizó actividades previas y complementarias a dichas transacciones, factores que nos permitirían concluir si la persona natural o jurídica que las realiza es un proveedor.” Resolución N° 1047-2013/CC2, de fecha 6 de setiembre de 2013, p. 9.

- que no contaba con las características propias de la raza, respecto al tamaño y pelaje. (Resolución N° 837-2015/CC2)¹⁶⁶.
- (iii) El caso del señor Paolo Riccioni (el señor Riccioni) contra la señora Marilyn Betsabé Alvarado Quiroz (la señora Alvarado), resolución N° 722-2016/CC2.

En este último caso la Comisión de Protección al Consumidor N° 2, realiza un análisis exhaustivo sobre la noción de proveedor y la importancia de la característica de la habitualidad en la misma. Es así como en la Resolución en mención indica, entre otras cosas, lo siguiente:

“Cabe añadir [que en] las referidas disposiciones legales establecen un requisito legal adicional para el proveedor, consistente en que este deberá desarrollar su actividad comercial de manera habitual. Esto último, implica que para que un proveedor sea considerado como tal, no bastará que la venta de bienes o la prestación de servicios se realice de manera ocasional o aislada, como podría ser, por ejemplo, el caso de

¹⁶⁶ En este caso, la Comisión determinó que el denunciado sí era proveedor a base de los siguientes argumentos: “De la misma manera, el artículo IV. 8. del Título preliminar del Código define la habitualidad, como aquella actividad que se realiza de manera común y reiterada de tal forma que pueda presumirse que se desarrolla para continuar en el mercado. Siendo que tal concepto no se encuentra ligado a un número predeterminado de transacciones que deban realizarse. Las actividades de venta de productos o contratación de servicios que se realicen en locales abiertos son consideradas habituales por ese simple hecho. Sobre el particular, el señor Alosilla desconoció su calidad de proveedor, toda vez que no contaba con un local abierto al público, por lo que no se puede determinar su habitualidad en la venta de cachorros, ello de acuerdo a la definición de proveedor reconocida en el Código. Al respecto, cabe indicar que la norma ha establecido que para que una persona natural o jurídica sea considerada proveedor, debe realizar las actividades como tal de forma habitual. (...) En ese sentido, es necesario señalar que si bien, un local abierto al público – de acuerdo a lo determinado por el Código- representa per se la habitualidad de las transacciones del proveedor; sin embargo, la habitualidad no solo se encuentra circunscrita sólo al supuesto de un local abierto al público, sino también la actividad de manera común y reiterada de sus operaciones en el mercado. Así también, cabe indicar que del anuncio de venta de cachorros, donde se ofrecen perros de raza viejo ovejero inglés, bajo el nombre de sociedad de criadores, el señor Alosilla ofrecía cachorros de distintas razas, lo que presupone que vendía hijos de distintas camadas de perros, demostrando su habitualidad en dicho negocio. Tomando en cuenta el análisis del medio probatorio antes descrito, el mismo que advierte que el señor Alosilla se dedicaba a la venta de cachorros, se desestima el argumento del proveedor”. Párrafos 7, 8, 9, 10, 11 y 12.

una persona que recibe como herencia un inmueble y lo vende, o aquel que vende su vehículo para adquirir otro nuevo, sino que dicha actividad comercial deberá efectuarse de manera común y con la finalidad de realizar una actividad económica constante y permanecer en el mercado. Resulta necesario precisar que el concepto de habitualidad no se encuentra ligado al número transacciones que deben realizarse para que se pueda configurar el supuesto legal establecido en la referida norma; por el contrario, se encuentra referido a que se evidencia una vocación de permanencia del proveedor en el mercado, es decir, que se pueda concluir que dicha actividad la desarrolla no sólo para una determinada y eventual ocasión, sino para continuar realizándola en el mercado. (...) Adicionalmente, de la revisión de la documentación aportada al procedimiento, se advierte que en una comunicación electrónica (del 2 de diciembre de 2013) cursada entre las partes, la señora Alvarado explica al denunciante el motivo del incremento de la renta mensual. En dicha comunicación, se desprende que la denunciada no realiza este servicio de manera eventual ni esporádica, sino con una actitud de permanencia en dicha actividad, por lo que se puede concluir que la realiza de manera habitual. Inclusive, en su denuncia, el señor Riccioni presentó un *print* de pantalla de una publicidad de alquiler de departamento, indicando que a través de dicho anuncio la denunciada ofrecía en alquiler su departamento a otras personas, lo cual no ha sido cuestionado por la denunciada. A mayor abundamiento, de lo señalado por las partes del procedimiento se desprende que la señora Alvarado, de manera posterior a la culminación de la relación contractual con el denunciante, prestó el servicio de alquiler de bien inmueble a una tercera persona, ajena a este procedimiento. Ello, también evidencia que su actividad comercial no es esporádica, sino que es permanente en el tiempo.”

Si bien en esta resolución se indican factores de suma importancia como que la habitualidad no se mide por el número de transacciones que se realizan, sino por la vocación de permanencia, consideramos importante recalcar, para evitar posibles errores si entendemos esta resolución de manera equivocada, que, adicionalmente a esos factores, para que una persona se entienda habitual en el ejercicio económico que desarrolla, no debe ser únicamente un aprovechamiento del capital que le sobra o que no usa (por ejemplo un departamento que es de su propiedad, pero que no vive ahí).

Por el contrario, se tiene que evidenciar toda una actividad (más profesional tanto económica como técnica) que implica el dedicarse, mantener y desarrollar la actividad comercial en cuestión, y toda una actividad en paralelo que implique justamente la permanencia en el mercado desarrollando la actividad, para que se dé a entender al público en general, que pueden acudir a estos “proveedores” habitualmente para satisfacer sus necesidades¹⁶⁷.

Teniendo en cuenta estas Resoluciones y la precisión realizada, podemos indicar que el supuesto de la habitualidad es un elemento que tiene que estar presente y debe exteriorizarse en la realidad para poder otorgarle la calidad de proveedor a la persona que realiza la actividad económica. En estos tres casos se ha podido observar que el Indecopi busca comprobar, a través de hechos concretos, la vocación de permanencia o simplemente que se dé a entender esa habitualidad al consumidor, para así considerar a la persona que comercializa el bien o presta el servicio como proveedor.

Esta forma de entender y comprobar la habitualidad, complementada con lo mencionado en párrafos anteriores, va acorde con el concepto de comerciante del Código de Comercio. Así, en el artículo 1 del referido Código se establece que “Son comerciantes, para efectos de este Código: 1) Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente (...)”¹⁶⁸ (subrayado agregado).

De este modo, queda claro que, mientras se pueda comprobar que una persona natural realiza la actividad económica de manera habitual, podemos afirmar que nos encontramos frente a un proveedor. Del mismo modo, para poder comprobar esta habitualidad, nos podemos amparar en distintos indicios que permitan concluir a un observador imparcial que la persona

¹⁶⁷ Lo mencionado es a partir de lo que puede inferir el cliente que no tiene acceso a la esfera interior del “oferente”, sino a partir únicamente de lo que externamente hace y declara el interesado. El dato definitivo solo lo tiene el interesado, si en el momento de contratar se podría inferir que era proveedor, va a responder como tal.

¹⁶⁸ Esta es justamente la palabra clave a la que nos estábamos refiriendo, “el dedicarse a algo” tiene como uno de sus significados el de “ocuparse, tener por profesión”. Esto no indica que no basta con aprovechar un bien o servicio que pueden realizar de manera ocasional, sino que tiene que existir toda una actividad dedicada exclusivamente a desarrollar la actividad económica.

comercializa el bien o presta el servicio, dedicándose a esa actividad con una vocación de permanencia en ese mercado.

Estos indicios pueden ser, por ejemplo:

1. La publicidad que se realice.
2. El hecho de que la persona lleve a cabo visiblemente determinados actos que constituyan un requisito para poder prestar el servicio o comercializar el bien.
3. El ánimo de lucro que pueda tener al realizar la actividad, entre otros.
4. Estas inscritos en el registro de prestadores de la actividad.
5. Abrir un local al público, entre otros.

Para ejemplificar mejor lo explicado, podemos mencionar el caso de Cesar Gustavo Saldarriaga Marriquín (el señor Saldarriaga) en contra de Juan Francisco Raffo Novelli (el señor Raffo) y la sucesión de Clara Ann Paine Modelón¹⁶⁹. En este caso se declaró primero se declaró improcedente la denuncia por considerar que la sucesión intestada denunciada, no actuaba como proveedor. Sin embargo, la sala la reformula y declara procedente la misma, debido a que considera que los denunciados sí actuaron como proveedores, amparándose en los siguientes fundamentos:

“Por tales consideraciones, a efectos de establecer si los denunciados realizaban una actividad empresarial que los coloquen (sic) como proveedores en los términos del Código, corresponde determinar si existen suficientes elementos de juicio que den cuenta de una actividad económica habitual de venta de inmuebles por parte de éstos. Obra en el expediente la minuta de compraventa garantizada suscrita, en calidad de vendedores, por el señor Raffo y su cónyuge, la señora Clara Ann Paine Molendon de Raffo y, el señor Saldarriaga y la señora Brenilda Esperanza Argüelles Llerena, en calidad de compradores, respecto del lote 38 de la manzana C-1 de la urbanización Las Viñas de la Molina. En dicho documento no se advierte que la empresa Los Portales S.A. hubiera intervenido en la compraventa, sino únicamente el señor Raffo

¹⁶⁹ Resolución N° 2536-2013/SC2 de fecha 19 de setiembre de 2013; por medio de la cual se revoca la Resolución N° 2703-2012/CPC de fecha 24 de julio de 2012

y su cónyuge. Si bien el señor Raffo fue socio fundador del Grupo Raffo, grupo económico accionista de la empresa Los Portales S.A., los denunciados y la mencionada empresa son personas distintas, por lo que las actividades inmobiliarias a las que se dedica Los Portales S.A. no pueden ser atribuidas a los denunciados. (...) De la partida electrónica del bien materia del presente procedimiento inscrita en los Registros Públicos, concordantemente con la declaración de los denunciados plasmada en el contrato antes citado, se observa que el señor Raffo y su cónyuge adquirieron el dominio del terreno en el año 1969. Luego, conforme Resolución del Ministerio de Vivienda 354-80-VC-6453 del 21 de agosto de 1980 y de la Resolución 1986 del 28 de abril de 1982 expedida por el Concejo Provincial de Lima, se autorizó la venta garantizada del fundo, sobre el cual se había desarrollado la Urbanización Viñas de la Molina, la cual constaba de numerosas etapas, manzanas y lotes. Es decir, los denunciados adquirieron un terreno sobre el cual realizaron un proyecto inmobiliario urbanístico, vendiendo al denunciante uno de los tantos lotes en que se subdividió el predio. Ello, a criterio de este Colegiado, permite afirmar que los denunciados desarrollaron la actividad de venta de inmuebles, ofreciendo de forma masiva y continua los lotes de dicha urbanización, lo cual denota una vocación de permanencia en el mercado, vale decir, con habitualidad. Ello también queda corroborado de la partida electrónica del predio, por cuanto se advierte la anotación preventiva y el bloqueo de la partida por ventas garantizadas de distintos lotes de la Urbanización Viñas de La Molina en los años posteriores a la conformación de la referida urbanización. Por tanto, corresponde revocar la Resolución 2703-2012/CPC, que declaró improcedente la denuncia del señor Saldarriaga en contra del señor Raffo y la Sucesión y, reformándola, declarar procedente la misma pues los denunciados califican como proveedor de acuerdo a los términos del Código. En consecuencia, se dispone que la Comisión continúe con el trámite del procedimiento, para luego emitir un pronunciamiento sobre la denuncia”.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo anterior, el problema está en cómo demostrar esa habitualidad en determinadas transacciones (como las estudiadas en el presente trabajo) que las hagan ser consideradas relaciones de consumo. Pues la respuesta se tendrá que ver caso por caso, dependiendo de las circunstancias y medios probatorios que el denunciante incorpore en su denuncia y de la naturaleza de la transacción comercial.

Así, como señala Walker del Río, la habitualidad se refiere a que la actividad empresarial o profesional debe ser realizada en forma continua. Pueden existir actos que, pese a estar considerados dentro del ámbito del Código de Comercio, no son realizados habitualmente. Asimismo -como continúa exponiendo- es importante tener presente que la habitualidad es un concepto “subjetivo” que no puede aplicarse con criterios cuantitativos, sino que habrá que tener presente las características particulares de la actividad que se realiza y de qué tipo de bienes o servicios se trate. De este modo, tanto la cantidad como periodicidad de las transacciones que se realicen deben ser revisadas caso por caso para poder determinar si se está o no dentro del concepto de habitualidad¹⁷⁰.

Es importante tener en cuenta que esta definición nos ayuda a entender de una mejor manera el concepto de habitualidad (como un criterio variable e indeterminado en el cual se debe tener presente las características propias de la actividad); sin embargo, desde nuestro punto de vista, entendemos que la habitualidad no es un criterio “subjetivo”, sino más bien uno objetivo, pues tiene que plasmarse en la realidad y debe poder comprobarse, con hechos y pruebas suficientes, que la persona realizó la actividad comercial de manera habitual (o al menos comprobarse esa vocación). Si fuera un criterio subjetivo, bastaría entonces que el denunciado indique como defensa que no tuvo la intención de realizar la actividad como proveedor, sin importar si en los hechos se evidencia tal habitualidad.

Consideramos entonces que el autor al decir que la habitualidad es un criterio subjetivo quiso referirse a que depende del sujeto. Claro está que el realizar una actividad económica tiene lados subjetivos; sin embargo, estos deben plasmarse en la realidad, volviéndose al final criterios objetivos.

Entonces, la manera más correcta de interpretar la palabra “subjetivo” en la cita indicada es que, como se dijo, depende del sujeto, pero sobre todo es que es un criterio indeterminado, que tiene que concretizarse y verse caso por caso.

¹⁷⁰ WALKER DEL RÍO, A., *Ámbito de aplicación de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores*, Proyecto memoria para optar el Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, Escuela de Derecho, Santiago de Chile, 2007, pp. 27-28.

Ahora bien, aplicando estas ideas a las plataformas digitales de intermediación estudiadas, puede haber indicios suficientes que hagan entender que nos encontramos frente a un proveedor del servicio brindado por medio de estas aplicaciones.

Uno de estos indicios la da el hecho de que, como ya se ha mencionado, todas estas plataformas funcionan de manera similar cuando se trata de la inscripción del usuario que brinda el servicio en la plataforma de intermediación.

Así, los usuarios prestadores del servicio de Uber, Easy Taxi, Beat, Airbnb, Lima Delivey y Fandango deben descargarse la aplicación en su dispositivo móvil o entrar a la página web oficial e inscribirse como usuarios prestadores del servicio, para esto deberán cumplir una serie de requisitos indicados por cada plataforma colaborativa (unos con más y otros con menos requisitos) y aceptar los términos y condiciones de la aplicación.

Al realizar y cumplir con estos requisitos, van a comenzar a formar parte de la comunidad de usuarios que prestan el servicio subyacente y esto les va a permitir poder realizar la actividad de manera repetitiva. Por lo que, el solo hecho de cumplir con estos requisitos y formar parte de la comunidad ya nos da un primer indicio de que están, permanentemente, o al menos tienen la voluntad de hacerlo así.

Asimismo, consideramos que uno de los indicadores más consistentes se encuentra en el hecho de que al cumplir con los requisitos antes citados y aceptar los términos y condiciones, lo que verdaderamente está haciendo el usuario del servicio subyacente es celebrar un contrato (contrato de adhesión)¹⁷¹ con el empresario oferente de la plataforma digital, para que este pueda conseguirle clientes (es decir, realiza los corretajes).

¹⁷¹ Sobre el particular Barturén Llanos menciona que “[En] El contrato por adhesión, una de las partes predispone o redacta, en forma anticipada o no, la totalidad del contenido del contrato y la otra parte solo tiene la posibilidad de adherirse al reglamento contractual o no celebrar el contrato. Aunque la celebración del contrato no es fruto de la negociación entre las partes, pues no existe libertad contractual del lado de la parte no predisponente, sin embargo, se señala que subsiste la libertad de contratar pues no existe la obligación de contratar.” BARTURÉN LLANOS, T., *El control de las cláusulas abusivas en el Código de Protección y Defensa del Consumidor*, Revista de Investigación Jurídica, Lima, 2011, p. 7.

Este contrato, a su vez, es uno de plazo indefinido (estamos refiriéndonos al contrato marco o normativo, que trae como consecuencia los futuros contratos de corretaje), dando a entender de manera eficaz que el usuario prestador del servicio subyacente va a tener habitualidad en esta actividad. En efecto, es ilógico pensar que se está celebrando ese contrato con el objetivo de realizar una única vez la actividad. Al celebrar un contrato con estas características, el interesado está dando a conocer una situación de disponibilidad más o menos permanente en el mercado determinado.

Del mismo modo, los usuarios prestadores suelen tener una puntuación otorgada por los usuarios que acceden a sus servicios. En algunos casos incluso deben mantener un puntaje mínimo para permanecer en estas plataformas y para que los usuarios consumidores puedan seguir solicitando sus servicios. Esto lleva a su vez a que el usuario prestador del servicio subyacente tenga que utilizar constantemente la aplicación, pues mientras más lo utilice, más y mejores puntuaciones va a poder obtener. Con esta puntuación, además, el usuario prestador del servicio se obliga de cierta forma a competir con los otros usuarios de la comunidad para otorgar la mejor experiencia posible y el mejor servicio a los usuarios destinatarios.

No cabe duda, adicionalmente, de que los usuarios prestadores del servicio procuran cumplir estos requisitos y llevar a cabo la actividad repetidamente, para poder obtener una ganancia, que va a depender de cuántas transacciones finalizadas hayan tenido.

Por último, podemos hablar de una publicidad acerca de los servicios que brindan los usuarios prestadores. El Decreto Legislativo N° 1044 en su artículo 21 entiende que la publicidad es un instrumento para promover en el destinatario de su mensaje, de forma directa o indirecta, la contratación o el consumo de bienes o servicios.

Sobre el particular, se debe tener en cuenta que la publicidad comercial, a la cual nos estamos refiriendo, tiene ciertos caracteres, que son¹⁷²:

¹⁷² ZEGARRA MULANOVICH, A., *Apuntes de Derecho Mercantil 1*, capítulo 4 El Derecho de la Competencia, pro manuscrito, Lima, 2014, pp. 258 -261.

1. Es un acto de comunicación público, es decir que buscan que sea conocido por un número de personas indeterminado.
2. Está dirigido a potenciales clientes del anunciante o sus intermediarios.
3. Es una comunicación persuasiva, pues tiene como finalidad promover la contratación o la realización de transacciones del anunciante.

Al respecto, de los caracteres indicados, se puede decir que la función persuasiva es la más importante, pues queda claro que la función principal de un anuncio publicitario es convencer al potencial cliente para que compre el producto o contrate el servicio. Así, con las distintas herramientas que utilizan los anunciantes (ya sea humor, exageración, mencionar los beneficios de su servicio, etc.) se busca satisfacer las necesidades de los consumidores y promover la fidelidad con una determinada marca¹⁷³.

De otro lado, y teniendo en cuenta el mercado al que estamos haciendo referencia en esta investigación, es importante mencionar que hoy en día está ganando un papel primordial la publicidad *on line* (redes sociales, por ejemplo). Teniendo en cuenta esto, no podemos perder de vista que “Para lograr que en la publicidad *on line* se implementen las mejores prácticas se puede acudir, por ejemplo, a la auto regulación, tal como ha sucedido en otros países de la región y en Europa. Sin perjuicio de ello, lo cierto es que las normas que regulan la publicidad comercial en el Perú resultan aplicables a esta nueva modalidad de difusión de anuncios”¹⁷⁴.

Si bien es el empresario oferente de la plataforma el que realiza una publicidad masiva acerca del uso de la propia plataforma digital, la publicidad que reciben los usuarios prestadores del servicio subyacente también depende de la puntuación que les den los consumidores, pues mientras mejor realice el servicio, mayor puntuación va a obtener y más personas lo van a elegir por esa razón. Este ejemplo podría ser una de las

¹⁷³ ARAMAYO BAELLA, Abelardo; GAGLIUFFI PERECHI, Ivo; MAGUIÑA PARDO, Ricardo; RODAS RAMOS, Carlos; SOSA HUAPAYA, Alex; STUCCHI LOPEZ RAYGADA, Pierino, *Competencia Desleal y Regulación Publicitaria*, Indecopi, Lima, 2013, p. 75.

¹⁷⁴ Ibid., p. 81.

formas de auto regulación mencionadas como alternativa para implementar de una mejor manera este tipo de publicidad.

Estos indicios dan la impresión de que los usuarios prestadores del servicio subyacente, quienes realizan una serie de actos con el fin de acceder y permanecer en la plataforma digital de intermediación, lo hacen justamente porque tienen una vocación de permanencia. Esta se la otorga el solo hecho de aceptar los términos y condiciones de las plataformas y realizar los actos necesarios para formar parte de la comunidad de usuarios que prestan los servicios a los usuarios finales.

Todos esos hechos en efecto, dan a entender que en principio que han decidido realizar esta actividad de manera habitual en el mercado a través de estas aplicaciones digitales que hacen más sencilla la tarea de captar clientes. Es por ello que cumplieron todos los requisitos exigidos por cada una de las aplicaciones y no parece lógico entender que lo hicieron para realizar la actividad determinada una única vez.

Finalmente, es importante mencionar que el Indecopi, en ciertos casos, da por hecho que los usuarios prestadores del servicio subyacente son proveedores de los servicios que brindan a través de las plataformas digitales y, por tanto, responsables frente a los usuarios finales.

De este modo, en la Resolución N° 1050-2016/CC2 de fecha 23 de junio de 2016, la Comisión de Protección al Consumidor N° 2 de la Sede Central, resolvió un caso en el cual se había denunciado a Easy Taxi Perú S.A.C. (en adelante, Easy Taxi) por presunta infracción a los artículos 18° y 19° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, al haber mandado el usuario conductor mensajes de texto, así como dirigirle llamadas telefónicas a la denunciante una vez finalizado el servicio de taxi.

La Secretaría Técnica, luego de analizar el caso y cómo funciona la aplicación de Easy Taxi, decidió incorporar al usuario conductor como co-denunciado, considerando de esta manera como proveedor al taxista que fue contactado por la denunciante a través de la aplicación de Easy Taxi.

Al respecto, la Resolución señala lo siguiente: “Por otro lado, la Comisión considera que no es idóneo que un Usuario Conductor envíe este tipo de mensaje de texto o realice llamadas al Usuario Pasajero después de haber

realizado el servicio de taxi; asimismo, que utilice la información del Usuario Pasajero de manera inadecuada. Finalmente, el mensaje enviado no guardaba relación con el servicio prestado, por el contrario, representaba un acto de acoso en contra de la denunciante; asimismo, un consumidor al contratar el servicio de taxi no esperaría recibir mensajes de texto con un contenido que no esté relacionado a la prestación de dicho servicio. En tal sentido, ha quedado acreditado que el señor Torres aceptó que envió y realizó llamadas a la denunciante de manera posterior de la realización del servicio; asimismo, el señor Torres es el Usuario Conductor **que realizó el servicio el 15 de noviembre de 2015; por lo cual es el responsable del hecho infractor**¹⁷⁵, (subrayado agregado).

En este caso se evidencia que el Indecopi dio por hecho que el usuario conductor era proveedor del servicio. Si bien en la Resolución citada el Indecopi no especifica por qué considera al usuario conductor como proveedor, debemos tener en cuenta la línea que ha seguido esta institución cuando se trata de definir a un proveedor, considerando siempre como un requisito legal el tema de la habitualidad en la realización de la actividad.

En ese sentido, podemos entender que el Indecopi no se pronunció sobre la condición del usuario conductor como proveedor, porque no fue uno de los temas controvertidos (dado que el conductor no negó su condición como tal) y teniendo en cuenta que la habitualidad es un presupuesto legal que debe reflejarse, entendemos que se consideró como proveedor al usuario conductor, considerando a su vez que el taxista prestaba el servicio de manera habitual.

De todo lo expuesto, (y haciendo un lado por el momento, el tema de si fue correcto o no que Indecopi sancionara también a la aplicación digital), se puede notar que dicha institución entiende que los usuarios prestadores del servicio subyacente realizan la actividad económica en cuestión de manera habitual, puesto que al estar registrados en estas plataformas digitales ya están dando a conocer una cierta disposición de permanecer en el ámbito en el cual se desenvuelven. Al usuario prestador entonces le corresponde, de ser el caso, demostrar su falta de habitualidad en la actividad. Sin embargo, esta prueba es sumamente difícil de demostrar ya en la mayoría de los casos

¹⁷⁵ Resolución N° 1050-2016/CC2 pág. 20.

el usuario final que pueda contactarse con el usuario prestador, éste último tiene que tener la aplicación activada y en funcionamiento, lo que tendería a demostrar una vez más su vocación de permanencia en ese mercado y por tanto su habitualidad en la actividad a realizar.

1.2 ¿Existe relación de consumo entre los usuarios que brindan el servicio subyacente y los usuarios finales?

Hemos señalado ya la importancia del concepto de relación de consumo, pues es en este tipo de relaciones donde se desenvuelven los proveedores y consumidores, y solo si estamos frente a estas relaciones vamos a poder aplicar el CPDC.

En cuanto a los usuarios que brindan el servicio subyacente dentro de las plataformas digitales de intermediación, podemos mencionar los siguientes puntos:

- i) En las 6 aplicaciones los usuarios prestadores del servicio están, justamente, brindando un servicio a otra persona. En el caso de los usuarios conductores en Uber, Easy Taxi y Beat, el servicio prestado es el de llevar al usuario pasajero desde un punto de partida hacia un punto de destino en un transporte terrestre y a cambio de una contraprestación (es decir, presta el servicio de taxi o de transporte)¹⁷⁶. En el caso de los usuarios que anfitriones que participan en Airbnb, lo que realmente están brindando cuando se concreta una transacción con un usuario final es un servicio de alojamiento u hospedaje. En el caso de los usuarios que brindan sus servicios en las plataformas de Fandango y de Domicilios.com y, es más sencillo determinar de qué servicios se trata. Así, en el primero, el servicio prestado es el de cine (entretenimiento) y en el segundo el de un restaurante.

¹⁷⁶ La definición aquí esbozada cumple con la finalidad de lo establecido en el artículo 3.59 del Decreto Supremo N° 017-2009-MTC, Reglamento Nacional de Administración de Transporte. Modificado por el artículo 1 del Decreto Supremo N 005-2016-MTC y cuyo texto actual es el siguiente: “Servicio de Transporte Terrestre: Actividad económica, realizada por una persona natural o jurídica debidamente autorizada, cuyo fin primordial es la satisfacción de la necesidad de traslado por vía terrestre de personas o mercancías, conforme a lo regulado en el presente Reglamento”.

- ii) En relación al concepto de consumidor, podemos afirmar que, los usuarios finales calzan perfectamente con la definición de consumidor final. Esto, debido a que la mayoría de las veces las personas que utilizan estas aplicaciones, por la propia naturaleza de estas, lo hacen para fines personales o dentro de su entorno familiar o social. No es normal en estos casos que utilicen el servicio con la finalidad de introducirlo a su actividad como profesional o proveedor. Sin embargo, habrá casos en los que se pueda demostrar que el usuario no actuó como consumidor. Tales supuestos quedarían automáticamente excluidos de la protección del CPDC. Es otro aspecto que debe determinarse caso por caso.
- iii) En este punto, es importante volver a distinguir los dos grupos de usuarios prestadores inscritos en estas plataformas digitales. El primer grupo, que son los usuarios personas jurídicas constituidas en forma mercantil, es fácil concluir que sí son proveedores del servicio subyacente, pues fueron creadas justamente para realizar esta actividad económica. En el segundo grupo (los usuarios conductores de las aplicaciones de taxi y los anfitriones en Airbnb), la tarea se complica un poco más. Para poder definir si pueden o no ser considerados proveedores del servicio subyacente se debe recordar lo que ya hemos explicado hasta el momento sobre la habitualidad y cómo se desarrolla en estas actividades. Se ha podido determinar que hay indicios suficientes para concluir que estos usuarios permanecen o, al menos, pretenden permanecer en el mercado realizando esta actividad económica. Dado que se entiende que van a prestar un servicio de manera habitual en el mercado a consumidores finales, sí podrían ser considerados proveedores en términos del CPDC del servicio subyacente, siempre y cuando lo brinden a un consumidor final.

En el caso de Airbnb, está el debate de si el usuario anfitrión al utilizar solamente un bien que no está usando en ese momento para ganar dinero, podría pensarse que no existe la habitualidad y que solo es una persona común sacando provecho de los bienes que tiene. Sin embargo, como estas personas se inscriben en la plataforma digital y dan a entender al consumidor que siempre están disponibles (pues mientras ellos no se retiren el alquiler/hospedaje seguirá en la aplicación y cualquiera podría verlo), podría pensarse entonces que sí

hay una habitualidad en el ejercicio de esa actividad económica como mínimo en términos de apariencia¹⁷⁷. Como ya hemos mencionado de igual manera, se tendría que ver caso por caso para definirlo con exactitud, pero no consideramos que estén excluidos del concepto de proveedores.

1.3 Conclusión

Luego de analizar los componentes que necesita tener una relación de consumo para ser considerada como tal, y luego de explicar cada una de las plataformas digitales estudiadas, podemos notar a primera vista que cumplen con los tres componentes esenciales para poder ser consideradas relaciones amparadas por el CPDC.

El proveedor que brinda el servicio a través de la plataforma de intermediación, lo hace con habitualidad que lo convierte en proveedor. Existe un servicio, que como ya hemos mencionado, necesita brindarse de la mejor manera posible porque ellos mismos están en una competencia constante. Y, por supuesto, existen consumidores finales que pueden exigir sus derechos ante el Indecopi.

De esta manera, consideramos que el Indecopi acierta, en principio, en las resoluciones que ha considerado como proveedores a los prestadores del servicio subyacente ofrecido a través de las plataformas digitales. Y aunque de momento solo se han pronunciado respecto de las plataformas de taxi, si es que se presentan denuncias por otras plataformas digitales parecidas, el deber del Indecopi va a ser (si es que el propio denunciante no lo hace)

¹⁷⁷ Como señala Falzea “*La figura de la apariencia es asimilada a un esquema general de relación: la relación por la cual un fenómeno materialmente presente e inmediatamente real hace aparecer o – como también podemos anotarlo (con un término más usual entre los juristas) – manifiesta otro fenómeno, que no está presente materialmente y que no es inmediatamente real (...) Y lo manifiesta objetivamente, a través de signos o relaciones de significación socialmente apreciables. Lo manifiesta, no a través de símbolos sino rebus ipsis ac factis, sobre la base de normales conexiones empíricas (...) Para resumirlo todo, en una breve definición: la apariencia, objetivamente entendida, es el apareamiento de lo irreal como real, dentro de un campo de experiencia pública, en virtud de relaciones socialmente reconocidas de significación no simbólica*”. FALZEA, A., *El principio jurídico de la apariencia*, Revista Derecho PUCP N° 59, 2006, pP. 183-184.

incorporar al procedimiento al menos como co-denunciado al proveedor prestador del servicio. Al fin y al cabo, fue justamente este proveedor el que brindó el servicio cuya idoneidad se discutiría.

2. Relación de los usuarios finales con el oferente de la aplicación

2.1 ¿Son considerados proveedores los oferentes de la aplicación? Y si es así ¿de qué servicio?

En este segundo caso, es más sencillo poder afirmar que los oferentes de estas aplicaciones son empresarios y, por tanto, proveedores de un servicio. Es más, la mayoría de las aplicaciones estudiadas están constituidas en el Perú como sociedades¹⁷⁸.

En el caso que no tengan sede en el Perú o no estén constituidas como personas jurídicas en el país, (caso que no sería raro, dado que se trata de servicios ofrecidos por Internet), esto no les quita la calidad de empresarios y, por ende, la responsabilidad que su actuar en el mercado genere, pues en estos casos es claro que existe habitualidad y hasta una marca reconocida por los usuarios.

Ahora bien, que no estén constituidas en el Perú o que no tengan una sede formal puede traer otra clase de inconvenientes, como por ejemplo los tributarios¹⁷⁹. Sería bueno que estos problemas se resuelvan en el ámbito tributario ya que estas aplicaciones y, en general, el consumo por internet, en la actualidad es cada vez más común. Sin embargo, no es el tema de este

¹⁷⁸ Por ejemplo, Easy Taxi como Easy Taxi Perú S.A.C.; Domicilios.com como Click Delivery S.A.; y, Fandango como Papaya Perú S.A.C.

¹⁷⁹ En la teoría, las rentas del contribuyente no domiciliado estarán sujetos a nuestro impuesto a la renta solo si es de fuente peruana. Que sea de fuente peruana quiere decir que se hayan producido por predios situados en el territorio peruano, a las producidas por capitales, bienes o derechos situados físicamente o colocados o utilizados económicamente en el Perú, entre otros. Sin embargo, todavía es un problema que deben solucionar los expertos en la materia, a sea con convenios ya existentes o crear nuevos para estos tipos de negocios, pues no siempre es tan sencillo fiscalizar estas transacciones por internet. Sobre este punto, cfr. CASTILLO BALAREZO, J., *Los contribuyentes no domiciliados en el Perú: comentarios a la ley del impuesto a la renta*, Revista Themis N° 41, 2000, p. 41.

trabajo resolver los posibles conflictos que pueda traer en el ámbito tributario el servicio brindado por un no domiciliado en el país.

De otro lado, hemos podido notar que todas estas aplicaciones indican en sus términos y condiciones que no son responsables por el servicio prestado por los usuarios proveedores del servicio subyacente. El problema está por tanto en determinar si el indicarlo de esa manera en los términos y condiciones y en las actividades inscritas en la SUNAT (en caso corresponda) basta para excluirlas del concepto de proveedores del servicio subyacente.

En este apartado, por lo tanto, vamos a analizar el comportamiento real de estas plataformas para poder concluir si se trata de proveedoras del servicio que brindan los usuarios de sus aplicaciones o, en todo caso, si pueden ser consideradas responsables por éstos.

Son muchas las posiciones que han adoptado los diferentes sistemas normativos sobre este punto. Por un lado, hay un grupo¹⁸⁰ que indica que las plataformas digitales sí brindan junto con el usuario prestador, el servicio subyacente, y otros, por el contrario, que consideran que solo realizan un servicio de intermediación.

En cuanto a las posturas inclinadas por defender que el servicio brindado por las plataformas son solo servicios de intermediación, tenemos por ejemplo la sentencia del 29 de noviembre del 2016 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo N° 11 de Barcelona, que resuelve el recurso que interpone Airbnb contra la resolución sancionadora de la Dirección General de Turismo de la Generalitat de Cataluña, por medio de la cual se le imponía una multa de 30,000 euros al considerar que la plataforma prestaba servicios turísticos sin contar con la habilitación correspondiente.

¹⁸⁰ Como vamos a identificar más adelante, existe diversa jurisprudencia y autores de distintos países, como por ejemplo España, México o Perú, donde las plataformas digitales de este tipo están causando controversia, y se puede observar dos posturas muy marcadas, los que indican que el servicio subyacente lo brinda la propia plataforma digital o los otros que indican que la plataforma solo brinda el servicio de intermediación.

De este modo, la sentencia del Juzgado concluyó que la actividad de Airbnb se trataría de una mediación mercantil, pues la plataforma da un soporte al servicio de mediación, que produce una retención y cobro del precio pagado y que, la gestión de reservas, fijación de precios y especificaciones concretas del uso de las viviendas alquiladas se establecen por sus titulares (es decir, por los usuarios anfitriones).

Pues bien, ese servicio brindado por Airbnb es el que la Dirección General de Turismo calificaba como servicio turístico y que el Juzgado concluye que no lo es, ya que, a la hora de valorar la actividad de turismo con la ley catalana, esta no encaja. De este modo, el Juzgado indica que la labor de Airbnb es “únicamente la de ofrecer un espacio abierto digital de comunicación por el que cobra una comisión”¹⁸¹.

Del mismo modo, parece que al menos una parte de México comparte la idea de este Juzgado de Barcelona en cuanto a la verdadera naturaleza de las plataformas digitales y más específicamente, sobre las de taxi.

Así, en la opinión OPN-008-2015 emitida por el pleno de la Comisión Federal de la Competencia Económica de México, establecen que “Basándose en el desarrollo de las tecnologías de teléfonos inteligentes y los sistemas de posicionamiento global, recientemente han surgido diversas empresas dedicadas a mediar el acuerdo entre usuarios y proveedores de servicio de transporte a través de aplicaciones descargables en dispositivos móviles (plataformas), los usuarios demandan servicios de transporte de punto-a-punto; por otra parte, un grupo de conductores privados ofrece el servicio mediante el uso de la misma aplicación y de vehículos propios (sic)”¹⁸².

La Comisión continúa indicando que “El uso de esta tecnología se ha constituido como una herramienta efectiva para resolver de una forma eficaz

¹⁸¹ GUITADO, R., *Legal Sharing, legal advice on sharing economy. Airbnb es legal (por si alguien tenía alguna duda)*, 12 de diciembre de 2016, legalsharing.eu/single-post/2016/12/12/Airbnb-es-legal. Consultado por última vez el 25 de setiembre de 2017.

¹⁸² Opinión OPN-008-2015 del Pleno de la Comisión Federal de Competencia Económica a los Gobernadores de los Estados, Jefe de Gobierno del Distrito Federal, legislaturas de las entidades federales, de fecha 4 de junio de 2015, p. 2.

los problemas de información asimétrica y coordinación entre conductores y pasajeros...¹⁸³.

Si bien, la Comisión finaliza indicando que su recomendación es que se regule esta nueva modalidad de prestación de servicios, lo que podemos concluir de todo el documento es que siempre separan a los sujetos intervinientes de estas operaciones, indicando que son los usuarios conductores los que realmente prestan el servicio de taxi.

Del mismo modo, Montero Pascual se refiere a las plataformas digitales mencionando que “Surge así un nuevo modelo de negocio, la plataforma electrónica, que se caracteriza por intermediar entre prestadores y receptores de servicios, incluyendo el arrendamiento de bienes... Por eso ni Airbnb tiene propiedades inmobiliarias ni BlaBlaCar o Uber son propietarios de vehículos. Las plataformas electrónicas se limitan a casar la oferta de los propietarios de casas, vehículos, plazas de parking y cualquier otro bien o servicio con la demanda de los mismos. Las plataformas no prestan servicios de transporte ni servicios de alojamiento ni ningún otro servicio subyacente. Se limitan a mediar, a facilitar la contratación de terceros”¹⁸⁴.

En cuanto a los que defienden la idea de que son las plataformas digitales de intermediación las que realizan el servicio, podemos mencionar a Argentina, que establece que Uber brinda un servicio público de transporte y que por lo tanto debe cumplir las normas de tránsito.

Así, lo indican Mena y Volando al mencionar que “A nuestro criterio, Uber posee determinadas características que lo asimilan más a un servicio público -si bien de carácter impropio- que privado de personas: a) tiene en miras la satisfacción de un interés público, es decir, realiza el traslado de personas en condiciones de seguridad; b) aplica como contraprestación una tarifa prefijada, es decir, realiza una actividad de carácter oneroso; c) es accesible para cualquier ciudadano (si bien requiere bajar la aplicación al celular); d) está dirigido a un público indeterminado de personas; e) en principio, no estaría excluido de la supervisión del Ente Único Regulador de los servicios

¹⁸³ Ibid., pág. 3.

¹⁸⁴ MONTERO PASCUAL, J., *La regulación de la economía colaborativa. Airbnb, BlaBlaCar y otras plataformas*, Editorial Tirant Lo Blanch, Madrid, 2017, p. 4.

públicos, f) es pasible de la aplicación de sanciones por incumplimiento de las normas que regulan el tránsito vehicular”¹⁸⁵.

Lo cierto es que el tema de qué servicio en específico brindan estas aplicaciones digitales no está resuelto pacíficamente ni siquiera en un mismo país. España es un claro ejemplo de la incertidumbre que existe en torno a este tema, pues en principio este país establecía rotundamente que las aplicaciones de taxi brindaban el servicio subyacente; luego se pudo observar que mayor flexibilidad al tratar estas y otras aplicaciones digitales de intermediación, estableciendo incluso que estas aplicaciones únicamente brindan el servicio de mediación.

Sin embargo, no podemos olvidar mencionar que el Tribunal de Justicia de Luxemburgo (TJUE) tenía pendiente emitir la resolución que establecería la naturaleza jurídica de estas aplicaciones. Este problema comenzó en el año 2014¹⁸⁶ con la denuncia de la Asociación de Taxista de Barcelona.

Esta sentencia ha sido resuelta en diciembre de 2017 y ha fallado a favor de la Asociación de Taxistas, en tal sentido, el Tribunal establece en su decisión prejudicial que la empresa Uber está vinculada a un servicio de transporte y, por lo tanto, deben calificarse de servicio en el ámbito de transporte. Así, establece lo siguiente:

“A este respecto, procede señalar que un servicio de intermediación consistente en conectar a un conductor no profesional que utiliza su propio vehículo con una persona que desea realizar un desplazamiento urbano constituye, en principio, un servicio distinto del servicio de

¹⁸⁵ MENA, Valeria; VOLANDO, Mariela, *Uber vs Taxis*”. *Cuando la tecnología supera la realidad. Nuevas modalidades no reguladas del servicio de transporte de pasajeros*. Trabajo expuesto en el V Congreso Ibero-Americano de Seguridad Vial, realizado en Santiago de Chile, los días 7, 8 y 9 de noviembre de 2016. La exposición se puede encontrar en el siguiente link: <http://www.adaciudad.org.ar/docs/Mena-Volando-UBER-VS-TAXIS.pdf>.

¹⁸⁶ El gran conflicto comenzó en el 2014 cuando la Asociación Profesional Elite de Taxi denunció a Uber por un supuesto fraude al anunciarse como una plataforma de economía colaborativa, cuando en realidad ofrecían servicios de transporte de pasajeros. La denuncia comenzó en el Juzgado N° 3 de Mercantil de Barcelo y llegó hasta el Tribunal de Justicia de Luxemburgo.

transporte, que consiste en el acto físico de desplazamiento de personas o bienes de un lugar a otro mediante un vehículo. Debe añadirse que cada uno de estos servicios, considerados aisladamente, puede estar vinculado a diferentes directivas o disposiciones del Tratado FUE relativas a la libre prestación de servicios, como considera el juzgado remitente.

Así, un servicio de intermediación que permite la transmisión, mediante una aplicación para teléfonos inteligentes, de información relativa a la reserva del servicio de transporte entre el pasajero y el conductor no profesional que utiliza su propio vehículo, que efectuará el transporte, responde en principio a los criterios para ser calificado de ‘servicio de la sociedad de la información’, (...) este servicio de intermediación es un ‘servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios’.

En cambio, un servicio de transporte urbano no colectivo, como un servicio de taxi, debe ser calificado de ‘servicio en el ámbito del transporte’ (...).

No obstante, es preciso poner de manifiesto que un servicio como el controvertido en el litigio principal no se limita a un servicio de intermediación consistente en conectar, mediante una aplicación para teléfonos inteligentes, a un conductor no profesional que utiliza su propio vehículo con una persona que desea realizar un desplazamiento urbano.

En efecto, en una situación como la que describe el juzgado remitente, en la que el transporte de pasajeros lo realizan conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo, el prestador de este servicio de intermediación crea al mismo tiempo una oferta de servicios de transporte urbano, que hace accesible concretamente mediante herramientas informáticas, como la aplicación controvertida en el litigio principal, y cuyo funcionamiento general organiza en favor de las personas que deseen recurrir a esta oferta para realizar un desplazamiento urbano.

A este respecto, de la información de que dispone el Tribunal de Justicia resulta que el servicio de intermediación de Uber se basa en la selección de conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo, a los que esta sociedad proporciona una aplicación sin la cual, por un lado, estos conductores no estarían en condiciones de prestar servicios de transporte y, por otro, las personas que desean realizar un desplazamiento urbano no podrían recurrir a los servicios de los mencionados conductores. A mayor abundamiento, Uber ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores. Sobre este último punto, consta en particular que Uber, mediante la aplicación epónima, establece al menos el precio máximo de la carrera, que recibe este precio del cliente para después abonar una parte al conductor no profesional del vehículo y que ejerce cierto control sobre la calidad de los vehículos, así como sobre la idoneidad y el comportamiento de los conductores, lo que en su caso puede entrañar la exclusión de éstos.

Por consiguiente, debe considerarse que este servicio de intermediación forma parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal es un servicio de transporte y, por lo tanto, que no responde a la calificación de ‘servicio de la sociedad de la información’, en el sentido del artículo 1, punto 2, de la Directiva 98/34, al que remite el artículo 2, letra a), de la Directiva 2000/31, sino a la de ‘servicio en el ámbito de los transportes’, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra d), de la Directiva 2006/123.

Por otro lado, esta calificación encuentra apoyo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, según la cual el concepto de ‘servicio en el ámbito de los transportes’ engloba no sólo los servicios de transporte como tales, sino también cualquier servicio ligado de forma inherente a un desplazamiento de personas o mercancías de un lugar a otro gracias a un medio de transporte (...) ¹⁸⁷,

Al respecto, el razonamiento que elabora el Tribunal y los autores Mena y Volano nos parece poco claro, tanto que termina por convertirse en un

¹⁸⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) del 20 de diciembre de 2017. Caso Asociación Profesional Élite Taxi contra Uber Spain S.L. Puntos 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40 y 41.

razonamiento circular, es decir, comienzan por las conclusiones para luego defender su postura. No basan su análisis en el servicio mismo, sino que establecen la conclusión de que las plataformas digitales son las que realmente prestan el servicio de taxi (o servicio subyacente) y luego pretenden hacer encajar sus argumentos a esa conclusión, pero no se observa un verdadero análisis del tema en discusión.

Sin embargo, ahora solo queda esperar y observar cómo los estados miembros van a tomar la decisión del Tribunal y por lo tanto cómo van a resolver y regular de ahora en adelante este tipo de aplicaciones digitales.

En lo que sí están de acuerdo todos los países en donde funcionan algunas de estas aplicaciones, es que las mismas brindan un servicio a sus clientes. El Perú está dentro de estos países que afirman la calidad de proveedores de estos empresarios dueños de las aplicaciones digitales¹⁸⁸.

En efecto y como se señaló desde el principio de esta sección, Uber, Easy Taxi, Beat, Fandango y Domicilios.com están constituidas como sociedades en el país, de manera que estas personas jurídicas fueron creadas justamente para brindar un servicio al público en general.

Asimismo, Airbnb, sin tener una sede en el Perú, ofrece sus servicios en el país a través del *e-commerce*, situación perfectamente usual en estos nuevos mercados. Por tal motivo, igual que en los otros casos indicados, se puede decir que esta aplicación brinda un servicio en el país mediante su página web y su aplicación electrónica.

¹⁸⁸ Un ejemplo claro es lo que indica la Resolución N° 099-2015/CD1-INDECOPI: “La Comisión verifica que la imputada ofrece una aplicación móvil que permite conectar de forma automática y rápida a una persona que necesita un taxi con un prestador de dicho servicio... En ese sentido, para la Comisión, no resulta evidente que Easy Taxi ofrezca al público consumidor, directamente, el servicio de taxi. De la información brindada por la imputada en el mercado, mediante su sitio web y redes sociales, se puede apreciar suficiente información referida a que Easy Taxi se dedica a la colocación de taxis, mediante una plataforma, el cual permite conectar a usuarios taxistas con usuarios solicitantes del servicio de transporte, lo que no constituye de ninguna forma, la prestación del servicio de transporte, en la modalidad de taxi”. pp. 9-10.

Por tanto, no está en discusión que los empresarios de estas aplicaciones digitales son proveedores de un servicio. El gran cuestionamiento es identificar cuál es el servicio brindado.

Empecemos recordando que estos empresarios (plataformas) celebran dos contratos distintos, uno con el usuario prestador del servicio y otro con el usuario final. Ya hemos mencionado que estos contratos son normativos (o como también se conocen, contratos marco) y que consisten en regular futuros contratos que encajan en el concepto de “corretaje”.

En tal sentido, luego de haber revisado cómo funcionan y en qué consisten todas estas aplicaciones digitales, nuestra opinión se asemeja al primer criterio mencionado del Juzgado N° 11 de Barcelona.

Las plataformas digitales brindan un servicio de mediación (corretaje), de manera que ayudan a los usuarios a encontrar el servicio buscado. Aplicándolo a los ejemplos estudiados podemos decir que las plataformas realizan los siguientes servicios:

a) Las aplicaciones de taxi

Brindan el servicio de intermediación para que usuarios pasajeros puedan contactar y ubicar a usuarios conductores para realizar un viaje en taxi.

De la misma manera, brindan el servicio de geolocalización, por medio del GPS de los celulares y del uso de datos (Internet), ambos tipos de usuarios pueden saber dónde se encuentra el otro y seguir todo el trayecto del viaje.

El servicio de información, pues la plataforma les brinda a ambos usuarios los datos del otro como, por ejemplo, nombre, teléfono y en el caso del usuario pasajero la placa del auto del conductor; esto con el objetivo de que los usuarios puedan comunicarse para poder finalizar la prestación de una mejor manera. Este servicio lo brinda dentro de los límites propios del control que puede tener la aplicación respecto a la información que obtiene por parte de los usuarios.

Se debe mencionar que este servicio de información está muy ligado al de intermediación, pues para poder realizar este segundo, que consiste en

contactar a las partes para que realicen sus transacciones, se necesita que la plataforma les brinde toda la información necesaria a los usuarios intervinientes. De manera que, incluso, se podría decir que el servicio de información está incluido dentro del de intermediación. Sin embargo, y con la finalidad de explicar con mayor precisión cómo se desarrollan las actividades de estas plataformas, los tomaremos como servicios separados.

Gestión de cobro¹⁸⁹, pues en los casos que se realiza el pago con tarjeta de crédito o débito, es la plataforma la que recibe el pago y luego de cobrar la comisión, se la entrega al usuario conductor. En los tres casos, normalmente ese depósito se realiza una vez a la semana, aunque en el caso de Beat, tienen la opción de solicitar una vez al día el pago del dinero generado¹⁹⁰.

En el capítulo anterior¹⁹¹ habíamos mencionado la posibilidad de que existan servicios conexos que brindaban las plataformas para satisfacer las expectativas de sus usuarios. Uno de esos servicios es la gestión de cobro, que no forma parte del corretaje mismo, pues es un servicio que el oferente de la aplicación brinda en representación y en nombre del usuario proveedor, por lo que se podría asemejar más bien a una comisión (entre el oferente de la aplicación y el usuario prestador)¹⁹².

¹⁸⁹ Sobre este punto, Montero Pascual indica que “Es muy habitual que las plataformas presten servicios de gestión de cobro, de forma que los usuarios paguen el servicio a la plataforma, que posteriormente traslada la cantidad pagada al prestador del servicio. Es importante señalar que las plataformas cobran en nombre del prestador y no en nombre propio. Por este motivo, las facturas o recibos que se puedan girar serán siempre a nombre del prestador, y nunca a nombre de la plataforma, en cuanto no es la titular de la relación jurídica de alojamiento, transporte, etc.” MONTERO PASCUAL, J., Ob. Cit. pp. 12-13

¹⁹⁰ Vid punto 3.3.

¹⁹¹ Véase capítulo 2 punto 2.2.4.

¹⁹² Así, según Cristhian Northcote la comisión mercantil es aquél contrato que se realiza entre un comerciante llamado comisionista y otra persona denominada comitente, obligándose el primero a realizar en nombre propio o del segundo, pero siempre en interés de éste, uno o más negocios comerciales individualmente determinados. Del mismo modo continúa indicando que “se trata, entonces de una operación en la cual una persona debe celebrar un acto en interés de otra persona, a cambio, normalmente, de una retribución (...). Probablemente, la forma más usual de comisión mercantil sea aquella

b) Airbnb

En el caso de esta aplicación, podemos concluir por lo investigado sobre la misma, que el servicio que brinda es el de intermediación, gestión de cobro e información. Recordemos que en estos casos son los propios usuarios anfitriones los que indican el precio por su habitación, departamento y/o casa, y es de ese precio que la aplicación le cobra la comisión correspondiente.

c) Fandango

Esta aplicación al igual que la anterior, realiza el servicio de intermediación, información y gestión de cobro.

d) Domicilios.com

Por último, la aplicación de Domicilios.com, realiza los servicios de intermediación e información. Y en determinados casos, existirá también el de gestión de cobro.

2.2 ¿Existe relación de consumo entre los oferentes de la aplicación y los usuarios finales?

Ya hemos definido qué se entiende por relación de consumo, teniendo como aspecto principal el hecho que se encuentren presentes tres elementos fundamentales: proveedor, consumidor y bien o servicio. De manera que sea el consumidor el que, al encontrarse en una situación de asimetría, pueda acudir, en su función como tal, al Derecho de Consumo para verse amparado¹⁹³.

en la que el comisionista actúa con representación del comitente, es decir, que frente a terceros se presenta como representante del comitente; y, por lo tanto, celebra operaciones en su nombre e interés”. En NORTHCOTE, C., *Principales aspectos del contrato de comisión mercantil*, Actualidad empresarial N° 162, 2008, pp. 1 y 2.

¹⁹³ Como señala Espinoza “Las relaciones de consumo son un tipo de relaciones jurídicas que presuponen dos situaciones jurídicas específicas, la de consumidor y la de proveedor. Dada la situación de asimetría (o insuficiencia) informativa del consumidor, la disciplina que trata esta materia, el Derecho del consumidor, tiene como principio básico protegerlo, existiendo un favor respecto al mismo”. ESPINOZA ESPINOZA, J., Ob. Cit. p. 39.

Para poder entender la relación que existe entre los oferentes de las aplicaciones y los usuarios finales, en el caso de las plataformas digitales, nuevamente tenemos que tener presente los dos tipos de contratos que celebra el empresario oferente de la plataforma con los usuarios de sus comunidades, que son los celebrados con el usuario oferente del servicio subyacente (que vamos a explicar con mayor detalle en el siguiente acápite) y el celebrado con el que llegaría a ser el usuario final.

- Con relación al contrato celebrado entre el oferente de la plataforma y el usuario final: en este segundo caso, se puede afirmar que se brinda un servicio, que entre otros sería el de intermediación e información (que como ya vimos, son las dos características comunes en todas las aplicaciones estudiadas).

El oferente de la plataforma estaría actuando como proveedor y el usuario final, siempre y cuando actúe en un ámbito ajeno a su condición como empresario, es decir, en un ámbito familiar o social, estaría actuando como consumidor y por lo tanto sí estaríamos hablando de una relación de consumo tutelada por el Derecho de Consumo.

Sin embargo, hay que tener en cuenta un aspecto sumamente relevante y que como ya hemos explicado en su oportunidad, parte de la premisa que un sujeto no es consumidor *per se*, sino que puede adquirir esa condición en determinados casos¹⁹⁴. Por eso, se puede indicar que el usuario final puede llegar a ser consumidor, pero de igual forma, se va que tener que ver caso por caso para determinar tal condición.

Ha quedado demostrado entonces que los oferentes de estas aplicaciones digitales brindan un servicio determinado a sus usuarios destinatarios, y, por lo tanto, cuando estos últimos actúen como destinatarios finales, entonces sí podemos hablar de la existencia de una relación de consumo respecto al servicio que efectivamente les está brindando el oferente de la plataforma.

¹⁹⁴ Ahora bien, cuando se den los hechos necesarios para considerar al destinatario como consumidor, la carga de la prueba entonces caería en el supuesto proveedor, para que éste demuestre que el usuario no está actuando como destinatario final y por lo tanto, no puede ser considerado consumidor.

3. Relación existente entre el oferente de la aplicación y los usuarios oferentes del servicio subyacente

En este caso el empresario oferente de la plataforma indudablemente le brinda un servicio al oferente del servicio subyacente (como ya se ha señalado en otra sección), pues entre otras cosas, el empresario dueño de la plataforma se encarga de conseguirle futuros clientes. Es justo este punto donde se encuentra la respuesta.

Nos explicamos. Existe un servicio (intermediación) y existe un proveedor que lo brinda (plataforma digital); sin embargo, el usuario prestador del servicio subyacente no va poder ser considerado consumidor, pues el servicio de intermediación justamente se le brinda para que ellos puedan desarrollar su actividad como proveedores. En tal sentido, quedan excluidos automáticamente de la definición de consumidor.

Ni siquiera podrían ampararse en el caso de ser considerados microempresarios, pues como ya hemos explicado, para que una micro o pequeña empresa sean considerados consumidores, es necesario que existan tres requisitos (tamaño, que el producto o servicio no forme parte del giro de su negocio y que se evidencie la asimetría informativa). Y como ya hemos mencionado en el párrafo anterior, justamente los usuarios utilizan el servicio que les ofrece los oferentes de las aplicaciones digitales para conseguir clientes, por lo que no van a poder defender que este servicio no forma parte del giro de su negocio.

Aunque no existe una relación de consumo entre estos dos sujetos (oferente de la plataforma con el usuario oferente/prestador del servicio), ciertamente hay una relación jurídica entre ellos. Por ello, el usuario prestador podrá tomar acciones por la vía civil o judicial, dependiendo del caso, pero nunca como consumidor (si está utilizando la plataforma para prestar servicios) ante el Indecopi.

Este contrato celebrado entre ambos sujetos genera responsabilidades y derechos para cada una de las partes. Básicamente, lo que genera es que, por un lado, el oferente de la plataforma digital se obligue a realizar un servicio de intermediación consiguiéndole clientes al prestador del servicio subyacente y, además, realizar una gestión de cobranza (cuando el pago del servicio subyacente se realice por algún medio bancarizado); y por el otro

lado, el usuario prestador del servicio subyacente se compromete a seguir las reglas de conducta para participar en la plataforma y a realizar (o dejar que se realice) el pago de la comisión acordada.

Uno de los aspectos más controvertidos de la naturaleza jurídica de la relación existente entre ambos sujetos es el hecho de que un sector de la doctrina considere trabajadores a los usuarios prestadores del servicio subyacente y empleadores a los empresarios oferentes de las aplicaciones.

Consideramos que en los casos de las plataformas como Airbnb, Fandango y Domicilios.com queda más que claro que no existe ninguna relación laboral entre los sujetos intervinientes, por lo que no profundizaremos sobre estas plataformas en concreto¹⁹⁵.

En realidad, el “problema” (lo ponemos entre comillas porque desde nuestro punto de vista queda claro que no existe un verdadero conflicto), se da en las aplicaciones de taxi. Esto debido a que algunos laboristas indican que sí hay un cierto control de los empresarios oferentes de las plataformas hacia los taxistas, de manera que son estos primeros los que indican el precio que los taxistas deben cobrar, que ruta deben tomar, tienen la potestad de bloquear al taxista, indican un cierto número de transacciones a realizar, etc¹⁹⁶. Tales factores, entre otros, harían pensar que estamos ante una relación de subordinación laboral¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Esto debido a que en el caso de Fandango y Domicilios.com podemos afirmar sin temor a equivocarnos que los usuarios prestadores del servicio subyacente son empresarios constituidos como personas jurídicas, que de ningún modo pueden entrar en la categoría de trabajadores del oferente de la aplicación. De hecho, ni siquiera el giro de sus negocios es la tecnología ni realizan un trabajo para estos segundos empresarios. Todo lo contrario, son los oferentes de las aplicaciones los que apoyan a estas empresas para que puedan llegar a más usuarios. Por otro lado, el caso de Airbnb, es la persona particular la que tiene los activos (casa, departamento, etc.), el que le pone un precio al alquiler y el que al final gestiona todo los pormenores para alquilar su espacio al usuario final, por lo que la plataforma en estos casos sería un apoyo para facilitar y hacer más seguras estas transacciones.

¹⁹⁶ Tomar el hecho de que pueda haber sanciones para considerar que el contrato celebrado entre los taxistas y las plataformas digitales son contratos de trabajo, es absurdo. En todos los contratos se establecen sanciones o medidas correctivas o indemnizaciones si es que alguna de las partes no cumple con sus obligaciones. El hecho de que la plataforma digital bloquee al taxista de su aplicación como usuario prestador, no es otra

No vamos a entrar a un análisis profundo de qué se entiende por contrato laboral o por qué debe considerarse o no trabajadores a los taxistas que prestan sus servicios a través de estas plataformas digitales, porque no es tema del presente trabajo de investigación¹⁹⁸.

Sin embargo, lo que sí podemos decir es que las plataformas pueden y usualmente hacen sugerencias sobre la prestación del servicio subyacente. Sugerencias que van hacer que el usuario final tenga una mejor experiencia y realice más transacciones con los usuarios prestadores del servicio subyacente.

Tener la posibilidad de realizar sugerencias o fijar los precios, no quiere decir que el empresario oferente de la aplicación digital esté brindando el servicio subyacente o que los taxistas sean empleados de estos empresarios, por la sencilla razón de que los taxistas igual tienen la libertad de pactar algo distinto con el consumidor porque son ellos los que finalmente están brindando el servicio. Mientras que a la plataforma se le pague la comisión correspondiente por el servicio que prestó y según la tarifa indicada, no habría ningún inconveniente de que, por ejemplo, el taxista decida cobrarle menos al consumidor o tomar una ruta con menos tráfico, etc.

cosa que finalizar el contrato por alguna falta cometida por el taxista, esta medida o “sanción” es completamente legal y de hecho se aplica bastante en cualquier contrato civil, y no por eso, los van a considerar a todos esos contratos de índole laboral.

¹⁹⁷ Así, por ejemplo, la abogada Kathy Caballero, especialista en derecho laboral de la Universidad Mayor de San Marcos (UNMSM) indicó en una entrevista con LaMula.pe que las empresas de aplicaciones solo se muestran como “intermediarios que cobran por el uso del aplicativo”. “Bajo este esquema, estas empresas establecen una relación de tipo intermediario para el encuentro entre los usuarios y los conductores, esa es la figura que ellos asumen”. Sin embargo, la abogada sostiene que en realidad hay “una fiscalización por parte de la empresa hacia el conductor” y que estas empresas “no reconocen que hay una relación de subordinación a pesar de que hay sanciones, suspensiones y modificaciones de tarifas y comisiones”. PAUCAR ALBINO J., *Perú: proponen reconocer derechos laborales de taxistas por aplicación*, 9 de mayo de 2017, <https://redaccion.lamula.pe/2017/05/09/uber-taxibeat-easytaxi-cabify-taxistas-derechos-laborales-proyecto-de-ley/jorgepaucar/>. Consultado por última vez el 2 de octubre de 2017.

¹⁹⁸ Para más información sobre este punto de vista, cfr. GINES, Anna; GÁLVEZ, Sergi, *Sharing economy vs Uber economy y las fronteras del Derecho al trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital*, revista para el análisis del Derecho, Indret, Barcelona, 2016, pp. 11-16.

En realidad, el tema de la tarifa establecida no se da porque haya una subordinación entre el usuario prestador del servicio subyacente y el oferente de la plataforma, sino que tiene una explicación por el sujeto destinatario del servicio, como pasamos a explicar a continuación. El usuario oferente del servicio subyacente al entrar como usuario prestador a esa plataforma digital, aceptó todos los términos y condiciones que formaban su contrato con la plataforma, teniendo como uno de los puntos relevantes el tema de las tarifas. Es así que, los usuarios prestadores ya saben que al entrar a la plataforma para conseguir clientes (i) se le va cobrar una comisión; y, (ii) esa comisión se va a obtener en base a una tarifa pre-establecida por la plataforma digital.

Del mismo modo, sabe que esa tarifa también se le ha mostrado al usuario destinatario cuando entró a la plataforma digital para conseguir a alguien que le preste ese servicio, por lo que ya se le generó una expectativa. De esta manera, la verdadera razón por la que, en principio, el usuario prestador del servicio subyacente no va poder cambiar la tarifa es porque se le generó una expectativa al usuario destinatario y porque claramente, si lo hace, estaría incumpliendo el contrato celebrado con la plataforma digital.

Como señala Montero Pascual “Las plataformas suelen realizar sugerencias sobre la prestación del servicio. Sugieren técnicas básicas de trato con los usuarios (mantener la casa o el vehículo limpio, etc.). E indican, por ejemplo, dónde se concentran los demandantes del servicio, a fin de que los prestadores del servicio puedan acudir a esas zonas. En cualquier caso, son los prestadores del servicio los que deciden o no prestar el servicio, los que deciden cuántas horas quieren estar disponibles para los usuarios y los horarios concretos que quieren realizar. Las plataformas no imponen las condiciones de prestación del servicio. No obstante, es cierto que las plataformas pueden incentivar ciertos comportamientos. Los incentivos pueden ser económicos, en forma de pagos por superar ciertos umbrales temporales de disponibilidad, por prestar servicios a ciertas horas, etc.... Un aspecto importante es el precio del servicio. En la mayoría de las plataformas, el precio es fijado libremente por el prestador del servicio. Es el caso por ejemplo de Airbnb y BlaBlaCar. En algunos casos, la plataforma interviene fijando precios máximos que pueden ser posteriormente

modificados a la baja por mutuo acuerdo de prestador y usuario del servicio, es el caso de Uber¹⁹⁹.

No debemos olvidar que se trata de un nuevo modelo de negocio en el mercado y que la plataforma intervenga en algunos aspectos de la prestación del servicio subyacente, es lo que genera ese valor agregado al servicio²⁰⁰. Asimismo, la plataforma es el regulador de esta comunidad de usuarios, de manera que es normal que pueda dar ciertas pautas o bloquear a algún usuario. Así, por ejemplo, si el conductor es el que se ve afectado pues una persona que se hace pasar por usuario pasajero pide el taxi y luego le roba, el empresario oferente de la aplicación procede inmediatamente a bloquear a ese usuario hasta que se resuelva el conflicto, y de ninguna manera pueden decir que están “despidiendo” al consumidor. Ni pueden afirmar que, si el usuario conductor tiene varias aplicaciones de taxi descargadas y utiliza todas como prestador del servicio, está incumpliendo su contrato de trabajo por “laborar” en empresas competidoras.

Lo cierto es que esta relación (plataforma y prestador del servicio subyacente) es una relación de mediación mercantil, por lo que tiene que utilizarse las reglas y principios mercantiles y en su caso civiles, y en caso de algún conflicto acerca de ese servicio brindado (intermediación), se tendrá que ver por la vía correspondiente, que no son los órganos de consumidor del Indecopi ni los Juzgados laborales.

¹⁹⁹ Montero Pascual, J., Ob. Cit. p. 12.

²⁰⁰ Es más, se podría afirmar que cuestiones de este tipo pasan en todos los esquemas de distribución. Siempre el agente que tenga cierto poder o posición de dominio en la relación jurídica, va a tratar de imponer su manera de realizar el negocio o va a poner ciertos incentivos para que se realicen de una manera determinada. Además, es importante recalcar que no en todas estas aplicaciones se distinguen estos aspectos (por ejemplo, en Airbnb la plataforma no fija tarifas), por lo que no podemos decir que es parte relevante de este tipo de contratos, sino que, a veces, por el servicio y la manera en que éste se presta, el oferente de la plataforma digital, considera mejor inmiscuirse en algunos puntos del servicio subyacente, y al tener esa posición de dominio, va a poder hacerlo.

II. Problemática en torno a la responsabilidad de los sujetos intervinientes frente al consumidor

1. Planteamiento

A pesar de contar con varios fundamentos para indicar que las plataformas digitales de intermediación no son las responsables por el servicio subyacente brindado, la interrogante en torno a la responsabilidad frente al consumidor sigue siendo un tema muy discutido, pues ni el propio INDECOPI ha respondido todavía de manera uniforme.

En efecto, en un primer momento podríamos notar que el INDECOPI (o al menos la Sala de Protección al Consumidor) tenía la idea que los aplicativos móviles prestaban el servicio subyacente y, por lo tanto, eran responsables frente al consumidor.

A manera de ejemplo, podemos mencionar la Resolución N 1202-2016/SPC-Indecopi, mediante la cual, la Sala Especializada en Protección al Consumidor, resolvió declarar que el Órgano Resolutivo de Procedimientos Sumarísimos de Protección al Consumidor N 1, era la autoridad competente, por razón de la materia, para resolver las denuncias presentadas contra esta clase de aplicaciones (en el caso en concreto, las aplicaciones de taxi), bajo el fundamento de que estas prestan el servicio de “transporte urbano de pasajeros”²⁰¹.

²⁰¹ De esta manera, en la Resolución citada, se indica lo siguiente: “En el presente caso, los hechos expuestos en la denuncia de la señora Ugaz dan cuenta de una presunta falta de idoneidad en el servicio brindado por Easy Taxi, empresa que, por medio de una plataforma web, brinda el servicio de transporte terrestre (traslado) de pasajeros (taxi) dentro de la circunscripción territorial de la ciudad de Lima. Sobre el particular, esta Sala advierte que si bien el servicio de transporte materia de denuncia fue brindado a través de una plataforma virtual (aplicación descargada en el teléfono celular), ello no enerva que el servicio que recibe el consumidor en calidad de destinatario final sea el de transporte terrestre, comercializado por Easy Taxi. En este punto, debe indicarse que si bien la práctica comercial actual permite la obtención de productos y/o servicios a través de plataformas virtuales (como en el presente caso), ello no debe desnaturalizar la finalidad de la contratación, ya que se evidencia que la señora Ugaz accedió a la plataforma de Easy Taxi para contratar el servicio de taxi, es decir, contrató un servicio de transporte urbano de pasajeros. En consecuencia, este Colegiado considera que el hecho de que la contratación del servicio se realice a través de aplicaciones, call centers, páginas webs, entre otros, no implica que al momento de analizar la competencia de los

Otro ejemplo es la Resolución 1203-2016/SPC-Indecopi, en la cual, la Sala vuelve a resolver declarando competente al Órgano Resolutivo N 1. El fundamento empleado para ello fue que, a pesar de tener la condición de plataformas virtuales, no debía desnaturalizarse la finalidad entre el consumidor y la aplicación, es decir la de brindar un servicio de taxi. En consecuencia, la responsabilidad se extendería a estas plataformas, pues el consumidor buscaba un servicio que iba ser satisfecho gracias a la aplicación.

Sin embargo, el mismo INDECOPI al resolver un caso de competencia desleal, afirmó que la actividad de estas aplicaciones (en el caso en mención, de Easy Taxi) no constituiría prestación del servicio de transporte en la modalidad de taxi.

De este modo, la Comisión de Fiscalización de Competencia Desleal N° 1 afirma que: “... (d)e la información brindada por la imputada en el mercado, mediante su sitio web y redes sociales, se puede apreciar suficiente información referida a que Easy Taxi se dedica a la colocación de taxis, mediante una plataforma, el cual permite conectar a usuarios taxistas con usuarios solicitantes del servicio de transporte, lo que no constituye, de ninguna forma, la prestación del servicio de transporte en la modalidad de taxi”²⁰².

En esta primera parte se puede observar con claridad que la Sala de Protección al Consumidor ha manifestado en muchos procedimientos, una visión distinta a la Comisión de Competencia Desleal²⁰³. Esto puede dar lugar a una gran contradicción que generaría un perjuicio para el propio

Órganos Resolutivos, dicho análisis se efectúe diferenciando el acceso del servicio propiamente dicho, más bien, si tal como en el presente caso, la plataforma en cuestión solo se dedica a la prestación del servicio de taxi (transporte urbano de pasajeros)”.

²⁰² Resolución N 099-2015/CD1-INDECOPI, de fecha 19 de agosto de 2015. Pág. 10.

²⁰³ Hay que tener presente que la plataforma digital sí podría responder, si es que se llegara a demostrar que está en la misma cadena productiva que el proveedor oferente del servicio subyacente, pues el propio Código de Consumo establece que serán proveedores de una relación de consumo todos los que hayan participado en la cadena productiva hasta llegar al destinatario final. Sin embargo, como se explica más adelante, son servicios distintos, y la plataforma digital no puede ser considerada fabricante, comerciante ni ningún otro tipo de proveedor parte de esa cadena, sino que responde por el servicio que presta.

mercado en el cual se desenvuelven estos sujetos (plataforma, prestadores del servicio subyacente e incluso los propios consumidores).

Ahora bien, al parecer, por el mejor entendimiento que está teniendo esta institución en la materia, parecería que se estuvieran alejando del criterio de la Sala y estarían inclinándose más por el lado de considerar que la responsabilidad de esta clase de aplicaciones de intermediación se limita únicamente a los servicios que brinda como plataforma de contacto, mas no como proveedora del propio servicio subyacente²⁰⁴.

Como señal de este cambio, podemos mencionar la Resolución N 085-2017/CC3-Indecopi. En este caso, la Comisión reconoce a las plataformas digitales de taxi como un comercio virtual, por medio del cual conecta a sus usuarios pasajeros con los usuarios conductores a efecto de que estos últimos presten el servicio de taxi.

De esta manera, el Indecopi estaría reconociendo que los servicios brindados por los empresarios oferentes de las aplicaciones serían más limitados y se restringirían únicamente a las funcionalidades y servicios que ponen a disposición como plataforma digital.

Así, la Resolución mencionada establece lo siguiente: “...Uber es un comercio virtual que desarrolla sus actividades a través de una aplicación móvil o plataforma tecnológica (aplicación para dispositivos móviles ‘App’) que conecta a usuarios con unidades de transporte particular registrados también en la plataforma a efectos de realizar el servicio de transporte particular de personas:

²⁰⁴ Asociación Civil Adu Editores (Agnitio.pe), *¿Chapa tu taxi o tu app? ¿Qué nos dice el INDECOPI respecto a los aplicativos de taxi?* 31 de agosto de 2017, <http://agnitio.pe/articulos/chapa-tu-taxi-o-tu-app-que-nos-dice-indecopi-respecto-a-los-aplicativos-de-taxi/>. Consultado por última vez el 4 de octubre de 2017.



Cuadro elaborado por la GSF.

Fuente: N 085-2017/CC3-Indecopi

Bajo este esquema, UBER facilita el cobro por el servicio de movilidad brindado entre conductores y pasajeros, el cual puede realizarse en efectivo o mediante cargos en la tarjeta de crédito o débito del cliente, a elección de estos últimos. En esa línea, podemos advertir que la forma en la que UBER brinda el servicio a los consumidores es a través de un esquema de economías colaborativas, consistente en conectar a los pasajeros con conductores que ofrecen un precio por trayecto, quedándose por esta conexión un porcentaje del precio... De forma preliminar al análisis, se debe señalar que el referido modelo de [economías colaborativas] hace referencia a comportamientos que reinventan las formas tradicionales de compartir, colaborar, intercambiar, prestar, alquilar y regalar que ya existían y las redefine, amplía y orienta, gracias a la introducción de nuevas tecnologías, redes sociales e internet²⁰⁵.

Siguiendo esta línea, se ha mencionado en un artículo que “(E)n efecto, estos constituyen plataformas tecnológicas que sirven de intermediarias para contactar a un usuario registrado que desea el servicio de taxi y a un conductor independiente que también -tras haber presentado determinados documentos y/o exámenes- se encuentra registrado en dicha plataforma. Por la actividad de intermediación es que la plataforma virtual realiza el cobro de una comisión, el cual es calculado en un porcentaje de la tarifa final. En consecuencia, estas empresas cobran por ponernos en contacto con un

²⁰⁵ Resolución N 085-2017/CC3, de fecha 13 de julio de 2017. Págs. 11 y 12.

conductor registrado, mas no son dueñas de los vehículos a los que nos subimos, ni menos aún empleadoras de aquellos conductores que nos atienden... En ese sentido, puede surgir la pregunta ¿en qué casos podré acudir a INDECOPI para denunciar la vulneración a mis derechos como consumidor por parte de las aplicaciones de taxi? ¿cuándo esas se hacen responsables? Pues, la respuesta sería, cuando incumplan el deber que tienen de prestar un servicio de intermediación o contacto idóneo”²⁰⁶.

Si bien no tenemos todavía un pronunciamiento específico sobre las otras plataformas de intermediación investigadas, al tener una naturaleza parecida (contratos marco que generan futuros contratos de corretaje), el INDECOPI debería, en caso se presente alguna denuncia por estas aplicaciones, proceder de la misma manera, es decir, diferenciando los servicios que prestan las plataformas, de los servicios subyacentes.

Es más, consideramos que, en el caso de Airbnb, Domicilios.com y Fandango, la separación de responsabilidades es mucho más evidente que en el caso de los taxis, debido a que en estos casos, las plataformas de intermediación tienen menos protagonismo, limitándose a ayudar a sus usuarios a encontrar a otros sujetos para que puedan finalizar una transacción. Es por esta razón que incluso podría confundirse con una especie de avisos clasificados.

Podemos asemejar pronunciamientos que ha tenido el INDECOPI a este tipo de aplicaciones que se encargan de publicitar a terceros para que puedan realizar transacciones con otros sujetos. De este modo, podemos traer a colación una denuncia en la cual una persona solicitó un producto anunciado por un portal web, producto que nunca le fue entregado.

El comprador afectado alegó que la página web en cuestión no había cumplido con adoptar las medidas necesarias para verificar a los proveedores que hacían uso de ese sitio web.

Sin embargo, el INDECOPI dispuso archivar el procedimiento alegando lo siguiente: “... en la actualidad se advierte el empleo de empresas encargadas de ofrecer los productos de terceros a través de redes sociales o portales de

²⁰⁶ Asociación Civil Adu Editores (Agnitio.pe), loc. cit.

Internet, como mecanismo de publicidad, sin que ello conlleve necesariamente responsabilidad por parte del anunciante, más aún si la misma se encuentra limitada en los términos y condiciones de contratación informados oportunamente a los consumidores. Así, podemos observar la existencia de distintos proveedores del servicio de publicidad, como ocurre en los casos de anuncios publicados a través de Mercado Libre, Páginas Amarillas, entre otros. (...) las empresas encargadas de publicar la oferta no resultan responsables por los bienes o servicios que proveen los terceros. Lo contrario tendría como consecuencia que, ante la falta de idoneidad de un producto vendido a través de MercadoLibre o un servicio contratado luego que el consumidor leyó un anuncio en las Páginas Amarillas, se haga responsable al medio a través del cual se promueve el servicio (...) no corresponde a este tipo de empresas verificar el cumplimiento de requisitos como autorizaciones o permisos por parte de los proveedores que solicitan el servicio de anuncios publicitarios, en la medida que el servicio que proveen se encuentra limitado únicamente a la transmisión de información hacia los potenciales consumidores o usuarios”²⁰⁷.

Es evidente que los empresarios a través de sus plataformas realizan algo más que solo publicitar los anuncios de proveedores (razón por la cual hemos concluido que pueden ser una especie de corretajes); sin embargo, la lógica utilizada por el INDECOPI en esta resolución, consideramos que puede ser útil para futuros casos que puedan presentarse por estas aplicaciones, de manera que puedan diferenciarse claramente los servicios de los intervinientes e verificar si el empresario oferente de la plataforma cumplió con brindar adecuadamente los servicios que ofrece (que no son los mismos que publicita, intermedia o anuncia).

Siguiendo con esta línea de ideas, si bien esta resolución puede ser útil, hay que tener en cuenta que no es lo mismo hablar de un contrato de corretaje que de un contrato de publicidad. Y es que una de sus diferencias más marcadas es la intromisión en el servicio (que también los diferencia de los contratos de comisión y agencia).

²⁰⁷ Resolución N 0292-2014/PS3 citada por VALDIVIA, A., Responsabilidad virtual: la responsabilidad de las plataformas peer to peer en materia de protección al consumidor, encontrado en el siguiente link: http://www.bullardabogados.pe/publications/wp-content/uploads/2015/07/avaldivia_Responsabilidad-Virtual.pdf.

Esto quiere decir que, en grado de intervención, si lo vemos de menos a más, se daría en el siguiente orden:

1. Contrato de Publicidad.
2. Contrato de Corretaje.
3. Contrato de Comisión.
4. Contrato de Agencia.

Ya hemos definido qué se entiende por cada uno de estos contratos, salvo el de publicidad, de manera que nos toca hablar sobre este.

El contrato de publicidad es aquél documento firmado por un anunciante y la otra parte (que normalmente es una agencia de publicidad) en donde el primera le encomienda al segundo el diseño, preparación, ejecución y transmisión de una campaña publicitaria o un anuncio publicitario en específico, a cambio de una remuneración²⁰⁸.

De esta manera, nos damos cuenta que la publicidad se basa más en crear y/o transmitir un anuncio publicitario de un tercero, sin haber intervenido en la preparación del servicio o del bien en sí, ni en su posterior ejecución, por lo que no es lo mismo que hacen estas plataformas digitales, pero como dijimos, la lógica adoptada por el Indecopi puede ayudarnos a diferenciar bien los servicios intervinientes que se le brindaron al consumidor.

2. Desnaturalización de las relaciones descritas

La intermediación digital que realizan las empresas oferentes de las aplicaciones ha generado un escenario complejo en el que los límites entre proveedores y consumidores se difuminan. Por eso, es de suma importancia tener en cuenta qué servicios se prestan, quiénes son los responsables de estos y frente a quiénes lo son.

Es así como, en un primer momento, podríamos afirmar que los oferentes de las plataformas digitales son responsables del servicio de intermediación

²⁰⁸ En conceptodefinicion.de/contrato-de-publicidad/. Visitado por última vez el 15 de enero de 2018.

(entre otros relacionados) que prestan; mientras que los usuarios proveedores lo son del servicio subyacente.

Sin embargo, hay circunstancias que generan que la responsabilidad por la falta de idoneidad de los servicios subyacentes brindados se extienda a los otros tipos de proveedores (plataformas) y al final, respondan frente a alguna queja o denuncia del consumidor afectado.

Es el caso en el que los oferentes de las plataformas digitales dan la apariencia al público en general, que son ellos mismos los responsables del servicio subyacente y que de alguna manera avalan este servicio. Este fenómeno se conoce en la doctrina como la teoría de la apariencia.

Esta teoría se puede explicar fácilmente con un caso sucedido en Argentina, en el cual un hombre sufrió un accidente en un salto en paracaídas, a raíz del cual falleció. Su familia demandó al prestador de la actividad de paracaidismo y al Aero Club por llevarse a cabo dicha actividad en el predio de su propiedad.

La demanda se declaró fundada y el Club apeló la decisión del juez sosteniendo que no era responsable ya que el paracaidismo no era una disciplina que integraba su objeto social.

La Cámara en lo Civil y Comercial, le dio la razón al juez de primera instancia, y entendió aplicable la teoría de la apariencia y el régimen del consumidor. Sostuvo que jugó un papel importante dicha teoría pues hubo personas ajenas a la entidad que declararon que existieron variadas circunstancias de hecho que provocaron el convencimiento de que el servicio estaba proporcionado, organizado y fiscalizado por el Aero Club.

Así, se puede afirmar que “la atribución de la responsabilidad alcanza a todos aquellos que hayan intervenido en la organización del servicio, incluido a quienes se presentan en apariencia de tales... si ha surgido determinada apariencia, quien lo ha hecho queda obligado a cumplir en la medida en que la otra parte ha podido creer en ella (principio de confianza y buena fe). Es de saber que mayor es la apariencia de seguridad, mayores son las expectativas que se generan. Es decir, Aero Club no pudo desligarse de la responsabilidad ante el derecho de quien depositó confianza en la

apariencia que representaba, aunque haya aparentado sin un deliberado propósito de inducir a error”²⁰⁹.

En nuestro ordenamiento, también se reconoce esta teoría. Es así que en la Resolución 1630-2014/SPC-INDECOPI, la Sala Especializada en Protección al Consumidor, señaló lo siguiente: “... En ese sentido, es evidente que en los contratos de franquicia se presenta la figura de la apariencia jurídica, siendo que la doctrina relativa a la protección al consumidor señala sobre el particular que: ‘(...) quien sugiere determinada apariencia queda obligado a cumplir en la medida que la otra parte ha podido creer en ella’. La teoría de la apariencia resulta de vital importancia en un escenario de mercado en el que las empresas tienen como activos su buen nombre y reputación...”²¹⁰.

Ahora bien, en esta resolución de Indecopi se reconoce la teoría de la apariencia como un elemento para determinar la responsabilidad de algún participante en el mercado; sin embargo, en el mismo falta un elemento fundamental y es que tal apariencia debe ser imputable al aparente por acción u omisión.

Del mismo modo, Weingarten señala que “Lo expresado no es más que la aplicación de la responsabilidad por la apariencia, y que tiene con el principio de confianza una estrecha ligazón... Existen determinadas situaciones en que la apariencia prevalece por sobre la realidad y actúa como fuente jurídica, de esta forma, quien sugiere determinada apariencia queda obligada a cumplirla en la medida en que la otra parte ha podido creer en ella. El ordenamiento jurídico, a través de los principios de la buena fe y de confianza, otorga primacía a la situación jurídica objetivamente creada, aunque ella no corresponda con la realidad o con la voluntad de quien haya generado dicha apariencia (sic.)”²¹¹.

²⁰⁹ CORNELLI, A., ¿Qué es la teoría de la apariencia y por qué sirve para defender a los consumidores?, 10 de febrero de 2017, www.org.ar/que-es-la-teoria-de-la-apariencia-y-por-que-sirve-para-defender-a-los-consumidores/. Consultado por última vez el 13 de octubre de 2017.

²¹⁰ Resolución 1630-2014/SPC-INDECOPI de fecha 19 de mayo de 2014. Págs. 9 y 10.

²¹¹ GHERSI, Carlos; WEINGARTEN, Celia, *Manual de los derechos de usuarios y consumidores*, Editorial Thomson Reuters La Ley, 2da edición, Buenos Aires, 2015, p. 76.

En esta misma línea Rodríguez García explica lo siguiente: “El fundamento esencial de la teoría de la apariencia reside en la confianza. El sistema de protección al consumidor se encuentra orientado a la superación de la asimetría informativa, esto es, la circunstancia natural en la que los proveedores cuentan con mayor información sobre sus propios productos o servicios que los consumidores a los que estos están dirigidos (...). En ese orden de ideas, siendo la confianza una importante fuente motivadora de las decisiones de consumo es claro que se constituye también como un factor susceptible de generar expectativas tutelables de los consumidores. El consumidor razonable espera que los proveedores se comporten de acuerdo a las expectativas que generaron siempre que estas se infieran objetiva y razonablemente a partir de las garantías explícitas ofrecidas por los proveedores o encuentren sustento en la garantía implícita aplicable que nos conduce a considerar los fines normales y previsibles de un producto o servicio²¹²”.

El mismo autor termina concluyendo que: “En aplicación de la teoría de la apariencia, uno debe tener cuidado no solamente de lo que es sino de lo que parece ser. La confianza de los consumidores es tutelada porque esta es susceptible de generar expectativas atendibles por el Derecho del Consumidor (sic)²¹³”.

Bajo este contexto y pese a que en principio se puede defender la idea de que los oferentes de las aplicaciones digitales brindan un servicio distinto al del usuario proveedor, si estos primeros dan a entender al público que están involucrados en la propia realización del segundo servicio, entonces sí podrían responder en caso de algún daño ocasionado al consumidor.

El Indecopi se ha pronunciado en distintas ocasiones sobre la apariencia que dan las aplicaciones de taxi y cuál sería la consecuencia de la misma.

En la Resolución 099-2015/CD1-INDECOPI, de fecha 19 de agosto de 2015, la Comisión de Competencia Desleal manifestó que un consumidor,

²¹² RODRÍGUEZ GARCÍA, G., *Teoría de la apariencia en el Derecho del Consumidor. La marca como factor atributivo de responsabilidad*, Actualidad Jurídica, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 310.

²¹³ Ibid. Pág. 311.

luego de realizar un análisis superficial e integral de la publicidad difundida en el sitio web y redes sociales de la empresa Easy Taxi, no resulta lógico que puedan entender que dicha empresa concurre en el mercado prestando directamente el servicio de taxi a los consumidores, en tanto ello no se puede deducir de la publicidad identificada.

Así, en esta oportunidad la Comisión señaló que: “Sobre el particular, luego de un análisis superficial e integral de la publicidad difundida por Easy Taxi, en su sitio web y redes sociales, la Comisión aprecia que el mensaje publicitario difundido por la imputada es objetivo e informa claramente a los consumidores que el servicio que pone a disposición en el mercado consiste en brindarles una plataforma que permite conectar de forma automática y rápida a una persona que necesita un taxi con un prestador de dicho servicio”²¹⁴. Por lo tanto, a no dar a entender que ellos brindan o garantizan el servicio de transporte, no serán responsables por alguna queja que pudiera tenerse por dicho servicio.

Sin embargo, en otra Resolución de fecha anterior (mencionada más arriba)²¹⁵, la Comisión de Protección al Consumidor N 2, en una denuncia interpuesta ante la misma empresa (Easy Taxi), indicó que: “De la revisión de la página web de Easy Taxi, se observa que existe una sección de ‘Seguridad’, en la cual se estipula lo siguiente ‘La seguridad es una de las principales prioridades de Easy Taxi por medio de nuestra aplicación, nuestro objetivo es conectar usuarios pasajeros y conductores de la manera más rápida y más práctica, permitiendo el traslado de los usuarios mientras disfrutan de una experiencia segura y agradable’... En ese sentido, de la revisión de la información contenida en la página web de la denunciada, se puede verificar que en ella se estipula como una finalidad de su servicio que sus usuarios disfruten de una experiencia de transporte y agradable y segura, siendo que dicha información permitiría a un consumidor entender que la empresa denunciada garantiza la seguridad del servicio de transporte prestado”²¹⁶.

²¹⁴ Resolución 099-2015/CD1-INDECOPI, de fecha 19 de agosto de 2015. Pág. 13.

²¹⁵ Vid. Nota 175.

²¹⁶ Ibid, págs. 9 y 10.

Esta resolución también menciona que, pese a que en los términos y condiciones se indica que la empresa oferente de la aplicación no es responsable por el servicio subyacente brindado, la información contenida en su publicidad permite que los consumidores tengan la percepción de que la empresa denunciada garantiza la seguridad del servicio subyacente.

Como puede apreciarse, el Indecopi ha tenido distintos puntos de vista acerca de cómo entienden los consumidores el servicio que prestan las aplicaciones digitales de taxi, y según eso, la responsabilidad que se genera.

Ahora bien, en este punto del trabajo, consideramos que ya no está en discusión el tema de si son estas empresas (plataformas digitales) las que brindan o no el servicio de transporte, pues ya ha quedado demostrado que no es así. Ahora, el tema es resolver el problema de si la responsabilidad se extiende a ellas por cómo se presentan en el mercado.

No pretendemos realizar una revisión exhaustiva sobre la publicidad de estas aplicaciones, pues las campañas y mensajes publicitarios pueden modificarse y cambiar la perspectiva que podamos comentar en este momento²¹⁷. Sin embargo, consideramos útil revisar ciertas características en toda la comunicación que tienen estas plataformas digitales para poder sentar algunas bases sobre este problema de responsabilidad.

Sobre las tres aplicaciones de taxi (Uber, Easy Taxi y Beat) ya hemos mencionado que en sus términos y condiciones (documentos que un consumidor responsable debería leer, pues ese es el contrato que acepta) indican que ellos no son los responsables por el servicio brindado por el usuario conductor, y, por lo tanto, la aplicación responde únicamente por los servicios que ellas prestan como tales.

Sin embargo, no solo se debe tener en cuenta los términos y condiciones que mencionan, sino también, toda la publicidad que ponen en conocimiento al público en general. Por ejemplo, en la página web de Uber la empresa indica lo siguiente: “De principio a fin, un viaje de confianza. Tu seguridad es importante para nosotros antes, durante y después de cada viaje. Por eso

²¹⁷ Claro está que, de igual forma, pueden responder si es que hubiera responsabilidad o publicidad engañosa así luego cambien el mensaje.

continuamos desarrollando tecnología que ayuda a lograr que millones de viajes sean más seguros cada día”²¹⁸.

Al continuar leyendo esta sección, podemos encontrar frases como la siguiente: “Nuestro compromiso con los usuarios. Uber se compromete a mantener a las personas seguras durante sus viajes. Nuestra tecnología nos permite enfocarnos en la seguridad de los usuarios antes, durante y después de cada viaje”.

Una de las razones por las que manifiestan esto es porque indican que el usuario pasajero podrá saber el nombre, número de matrícula, foto, calificación, para que puedan saber de antemano quién le está prestando el servicio.

Otro factor que indican para demostrar tal seguridad es que el usuario pasajero puede seguir su viaje en tiempo real y siempre saber dónde está, cuán lejos está su destino y por dónde lo está llevando el usuario conductor.

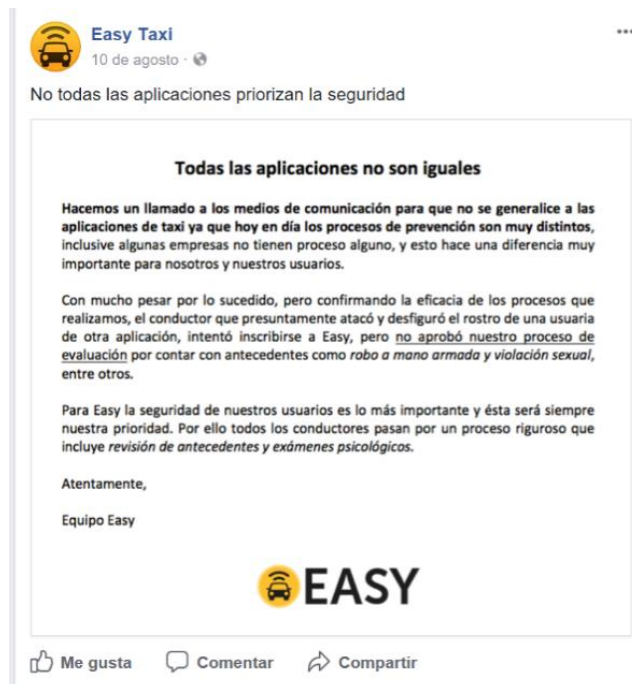
Por último, mencionan que el equipo de Uber está capacitado para responder rápidamente por algún incidente que puedan tener los usuarios del servicio.

En cuanto a Easy Taxi, en su página oficial de Facebook se puede observar algunas publicaciones en donde se pueden identificar frases como “Easy te cuida”, “En Easy, nos tomamos en serio la seguridad” “la seguridad de nuestros usuarios es lo más importante”, entre otros:

²¹⁸ En [uber.com/es-US/ride](https://www.uber.com/es-US/ride). Consultado por última vez el 16 de octubre de 2017.



Fuente: <https://www.facebook.com/EasyTaxiPeru/>



Fuente: <https://www.facebook.com/EasyTaxiPeru/>

Por último, en Beat se ha podido notar un cambio en cuanto a la publicidad que dan a conocer al público, tras un desafortunado incidente con un usuario conductor que supuestamente habría agredido a una pasajera.

Ahora, en su página web solo indican la manera en cómo se pide un taxi y que es más rápido y práctico utilizar el aplicativo. En cuanto a sus redes sociales, se centran más en realizar promociones y consejos para utilizar de manera adecuada la app.

Como podemos apreciar, algunas plataformas se cuidan más cuando realizan los mensajes al público, para dar a entender que no son ellos los responsables por el servicio que brindan los usuarios proveedores en sus aplicaciones.

De acuerdo con lo que hemos observado, Uber sí ofrece un viaje seguro, se enfoca en publicitar que el usuario pasajero tiene más información que si utilizara un taxi de la calle (o de otra aplicación). De esta manera, avala a sus usuarios conductores y da a entender que la responsabilidad por la seguridad recae también en la empresa.

Easy taxi tiene una estrategia distinta, ellos se muestran como una empresa que hace un riguroso examen antes de aceptar al usuario conductor como parte de su comunidad y es por eso que indican que es una aplicación segura.

Por último, se encuentra Beat, realiza su publicidad de una manera más neutral y enfoca en realizar promociones para atraer a más usuarios pasajeros.

Hemos visto rápidamente cómo van manejando la comunicación estas empresas para su público. No podemos dar una respuesta única de la responsabilidad que podrían tener estas aplicaciones, pues se tendría que ver caso por caso.

Lo que sí podemos asegurar es que si estas plataformas aseguran haber realizado exámenes o revisados antecedentes y luego nos damos con la sorpresa que no fue así, van a tener que responder y no solo en temas de consumidor, sino también de publicidad engañosa.

Asimismo, siempre que estas aplicaciones den a entender, por lo que digan en su página web, aplicación, redes sociales o publicidad en general, que ellos garantizan la seguridad o el buen servicio de los usuarios proveedores, entonces y a pesar de que en la teoría no deberían responder, lo hacen, y se convierten en responsables solidarios frente al consumidor por la imagen y apariencia que mostraron.

Con referencia a las otras aplicaciones móviles (Airbnb, Fandango y Domicilios.com) es más sencillo determinar la responsabilidad de los participantes, por lo mismo que también la separación de los servicios se observa de una manera más marcada.

Al igual que en las plataformas de taxi, en los términos y condiciones de estas plataformas, también se indica que ellas no son responsables por el servicio subyacente que brindan los usuarios proveedores.

En el caso de Airbnb por ejemplo, la plataforma solo da la información de los lugares donde se puedes hospedar; sin embargo, son los propios usuarios (anfitrión y huésped) los que se ponen en contacto y acuerdan la finalización de la transacción.

En el caso de Fandango y Domicilios.com, la situación se parece más a la de los taxis, los empresarios sí se hacen responsables de la ejecutividad hasta que el consumidor entregue la entrada de cine o reciba la comida solicitada respectivamente. A partir de allí, ya la prestación del servicio corre a cuenta solo de los usuarios prestadores del servicio subyacente. Pues las plataformas son solo facilitadores (intermediarios) para conseguir el servicio o producto específico.

Además, en toda la publicidad que realizan y en los contratos establecidos con los usuarios, se da a entender su participación únicamente como intermediarios; en tal sentido, un consumidor razonable, que sabe perfectamente cómo funcionan estas aplicaciones y además puede identificar al usuario proveedor como empresario, no considera que las plataformas son las que brindan el servicio subyacente ni que son responsables por este, sino que es una forma más rápida y sencilla para llegar a él.

Por estas razones, consideramos que, en este segundo grupo de aplicaciones digitales, el riesgo de confusión sobre la responsabilidad por la idoneidad del servicio es menor. Sin embargo, no está de más insistir en que, si alguna de estas aplicaciones o en general cualquier plataforma de intermediación, da a entender al consumidor que ellos se hacen responsables por la seguridad, entrega o servicio en general, así en la realidad ellos no lo brinden, van a tener que responder frente al consumidor que realizó esa transacción por medio de ese aplicativo con una expectativa creada por la misma empresa.

III. ¿Existe un vacío legal que amerite proponer regulación?

Luego de haber descrito en qué consisten estas plataformas y su verdadera naturaleza jurídica, consideramos pertinente pronunciarnos sobre la regulación actual, a la luz de los Proyectos de Ley N° 01505/2016- CR y N°2218/2017-CR emitidos por el Congreso de la República el 7 de junio y el 6 de diciembre del 2017 respectivamente.

Sobre el primer Proyecto de Ley denominado “Proyecto de Ley que crea y regula el servicio privado de transporte a través de plataformas tecnológicas”, el objeto, como la misma indica, sería “regular el servicio privado de transporte de pasajeros ofrecido y administrado a través de entidades operadoras de plataformas tecnológicas, con el fin de asegurar la legalidad del servicio, promover la mejora y calidad del mismo e identificar las corresponsabilidades entre el operador de la plataforma y los usuarios del servicio”²¹⁹.

En el segundo Proyecto de Ley, el cual se denomina “Ley que regula el servicio de las entidades Administradoras de plataformas tecnológicas que ofertan aplicativos de interconexión para la contratación del servicio de transporte”, se puede observar que tienen como objeto lo siguiente: “regular el servicio de las entidades administradoras de plataformas tecnológicas que ofertan aplicativos de interconexión para la contratación del servicio de transporte especial, taxi, bajo estándares de seguridad, calidad y eficiencia”²²⁰.

²¹⁹ Artículo 1 del Proyecto de Ley N° 01505/2016- CR.

²²⁰ Artículo 1 del Proyecto de Ley N° 2218/2017-CR

Si bien el segundo Proyecto de Ley está más encaminado a la verdadera naturaleza de este nuevo mercado; pues, en este Proyecto de Ley sí se diferencian los dos tipos de servicios (el prestado por la plataforma y el prestado por el taxista)²²¹; sin embargo consideramos de igual modo que no sería necesaria la creación de ninguna de estas leyes. Por el contrario, las mismas serían un limitante a estos nuevos tipos de mercados. Explicamos por qué a continuación:

1. Los proyectos indican una serie de requisitos que deben seguir las plataformas y los conductores de taxi, requerimientos que no son nuevos, pues siempre se han solicitado estos para que el conductor pueda ser parte de los usuarios del servicio en la plataforma.
2. El primer Proyecto indica que son las aplicaciones digitales las que brindan el servicio de transporte privado²²², por lo que, se evidencia que al realizar este Proyecto de Ley no se ha entendido qué son estas aplicaciones y cuál es el verdadero servicio que prestan, que de ninguna manera es de transporte. Para sustentar esto, podemos enunciar algunos fundamentos tales como que los conductores no son trabajadores de los empresarios oferentes de la aplicación, no tienen una flota de carros, ni se han inscrito como personas jurídicas que realizan estos servicios.

Asimismo, se puede notar una contradicción entre sus artículos, pues el artículo al que estamos haciendo referencia, menciona que las empresas operadoras de las aplicaciones son las que brindan el servicio de transporte; sin embargo, en el artículo inmediatamente

²²¹ Así, por ejemplo, en el artículo 3 se establece lo siguiente: “Se entiende como entidad administradora de plataformas tecnológicas, aquel organismo que administre, gestione o presta servicios informáticos, mediante hardware, software y/o aplicativos por internet de interconexión necesarios para la contratación del servicio de transporte especial, taxi, entre operadores y usuarios”.

²²² Al decir en su artículo 4 que “las entidades operadoras de plataformas tecnológicas o aplicaciones virtuales que presten el servicio de transporte privado de pasajeros, se constituyen en personas jurídicas...”

anterior se establece que en realidad lo que realizan estas aplicaciones sería un servicio de intermediación²²³.

3. Crean un registro de plataformas tecnológicas que estaría a cargo del Ministerio de Transporte. Este es otro error, pues los que deberían registrarse son los taxistas y no las plataformas, debido a esto, le están otorgando competencias al Ministerio que no le corresponden.
4. En ambos Proyectos indican que es el Indecopi el encargado de fiscalizar el servicio brindado. Situación que siempre ha sido así, por lo que no presenta ninguna innovación o mejora al indicarlo.
5. El segundo Proyecto crea un “impuesto” o, como ellos lo llaman, “tarifa fija mensual por concepto de la instalación y uso del aplicativo”, un pago que no tiene ningún sentido y que estaría gravando indebidamente un contrato entre privados, teniendo con esto el riesgo de que los taxistas ya no vean atractivo este tipo de mercado, pues adicionalmente a la comisión que se le paga a la plataforma, tendrían que pagar un cargo fijo mensual.

Como puede observarse, consideramos que estas Leyes no ayudarían a la regulación de este tipo de aplicaciones. Poniéndonos en la situación general de todas las plataformas digitales estudiadas, consideramos que realizar leyes para cada tipo de aplicaciones, además de innecesario, sería limitar el funcionamiento y desarrollo de éstas y, por lo tanto, frenar la creatividad y podría inclusive considerarse como una barrera burocrática para el ingreso de nuevas plataformas a nuestro mercado, en especial, nuevos impuestos disfrazados que ocasionarían más perjuicio a los empresarios que recién comienzan a incursionar en este tipo de mercados.

²²³ El artículo 3 del Proyecto de Ley establece lo siguiente: “La intermediación constituye la oferta del servicio de transporte privado basado en la utilización de plataformas tecnológicas o aplicaciones virtuales, diseñadas para interactuar entre personas naturales que presten un servicio de transporte privado con usuarios del servicio que deseen a título propio contratar el servicio de transporte privado y cuyo pago puede ser en efectivo o de forma electrónica...”

Sobre el tema estudiado (protección al consumidor) somos de la opinión de que el CPDC ya contiene todas las definiciones y elementos necesarios para que los consumidores de estos servicios estén protegidos.

No consideramos oportuno crear una ley que regule específicamente cada tipo de aplicaciones que puedan desarrollarse, pues nuestro ordenamiento ya regula los servicios intervinientes en estas aplicaciones, y, además, por la manera en la que se mueve este mercado, sería absurdo (e imposible) crear leyes para todas las aplicaciones en funcionamiento.

Por lo tanto, teniendo todas las leyes generales ya existentes, solo nos queda aprender a diferenciar bien los servicios intervinientes en estos mercados del *e-commerce* para que, de ser el caso, solo se tenga que realizar alguna incorporación o modificación general a las leyes marco y así tener una normativa que proteja a los intervinientes de estas relaciones sin limitarlos ni tener regulaciones con sanciones y requerimientos excesivos.

CONCLUSIONES

1. La protección al consumidor se basa en la existencia de asimetría informativa y organizativa en las relaciones entre consumidores y proveedores, que coloca a este último en una situación de ventaja frente al consumidor. Para evitar que el proveedor utilice esa ventaja en detrimento del mercado, se establece esta protección especial que trata de equilibrar esta desigualdad.
2. La noción de consumidor y proveedor va evolucionando en el tiempo y según como se vaya desarrollando el mercado. En ese sentido, en la actualidad contamos con consumidores de plataformas digitales que adquieren bienes o servicios utilizando el Internet como herramienta práctica para ello. Y proveedores que no son los típicos comerciantes que se ponen en contacto directo con los consumidores, sino que también utilizan el Internet como herramienta para conseguir clientes de manera habitual o al menos con la apariencia de serlo (dicha apariencia debe ser imputable a él).

Ahora bien, se debe tener en cuenta que tanto el consumidor como el proveedor actúan dentro de una relación de consumo. En las relaciones de consumo “tradicionales”, es fácil determinar la actuación de cada participante; sin embargo, en el caso de las PDI que intervienen en el mercado del comercio electrónico, la determinación de cada participante se vuelve más difícil de delimitar, llegando en algunos casos, a confundir la participación de cada sujeto. En este trabajo hemos centrado entonces en la relación de consumo que se celebra dentro del comercio electrónico entre empresarios y consumidores (B2C) o entre

pares (P2P). En ambos casos la plataforma digital está actuando como un intermediario o facilitador para que las partes puedan llegar a realizar una transacción final.

3. Entre las PDI más utilizadas, están las de taxi, como son Uber, Easy Taxi o Beat. Según los términos y condiciones de estas aplicaciones, los servicios que prestan son de intermediación, para que usuarios conductores se contacten con usuarios destinatarios y puedan finalizar el servicio. También existen otras aplicaciones digitales, un poco menos populares que las de taxi, pero con similar concepto y forma de trabajo, como es el caso de Domicilios.com, Fandango o Airbnb. Todas estas aplicaciones establecen según el tipo de usuario que desea registrarse, requisitos determinados.
4. Para entender cómo funcionan estas PDI, es importante tener en cuenta su naturaleza jurídica. Así, luego de revisar la teoría y cómo funcionan estas plataformas digitales en la práctica, se ha podido llegar a la conclusión que estas PDI utilizan para conseguir a sus usuarios, contratos que son mercantiles, normativos y de adhesión. De resultados de estos contratos normativos, se celebran otros cuya naturaleza jurídica es la de un corretaje mercantil.

Se estaría hablando entonces de contratos normativos y por adhesión que establecen cómo se tienen que realizar los futuros contratos de corretaje. Es decir, los oferentes de las aplicaciones les brindan a sus dos tipos de usuarios el servicio de corretaje (que no es otro que el de intermediación), para que las partes (usuarios) realicen al final la transacción que buscaban y por la cual utilizaron las PDI.

5. Asimismo, entendemos que el servicio principal (que es el de intermediación o “poner en contacto” a las partes), es corretaje mercantil; sin embargo, es posible que haya otras obligaciones o servicios conexos (que justamente son brindados para finalizar de una manera más satisfactoria el servicio de intermediación) que pueden no ser corretaje en sí, sino que son servicios complementarios.

Por tanto, podemos indicar que los usuarios que brindan los servicios subyacentes en las PDI sí pueden llegar a ser considerados proveedores,

toda vez que celebraron un contrato de corretaje para utilizar la PDI y así conseguir clientes y brindar un servicio determinado. Del mismo modo, al registrarse dan a entender que lo hacen para realizar el servicio de manera habitual. Al indicar que son proveedores, estamos afirmando también que existe relación de consumo entre ellos y los consumidores finales. Así lo ha admitido el Indecopi en algunas resoluciones que hablan sobre las PDI de taxis, indicando que el usuario taxista es proveedor del servicio. Sin embargo, aquí el Indecopi confunde la naturaleza de estas relaciones, pues indican que los taxistas son proveedores junto con las aplicaciones digitales.

No obstante, no se debe perder de vista que las aplicaciones digitales no brindan el servicio subyacente, solo brindan el servicio de intermediación, por lo tanto y en principio, solo deberían responder como proveedor frente al usuario final únicamente del servicio de intermediación, no del servicio que se logra con este.

6. Lo antes mencionado tiene una excepción que se da cuando el oferente de la PDI da a entender al consumidor, ya sea por los términos y condiciones, página web o en general la publicidad que hace del servicio, que ellos se hacen responsables o son los que brindan la seguridad, entrega o servicio subyacente en general. Esto es así incluso si en la realidad ellos no brindan dichos servicios, de igual modo van a tener que responder frente al consumidor que realizó esa transacción por medio de ese aplicativo, con una expectativa creada por el mismo proveedor.
7. Finalmente, para efectos de la protección al consumidor y teniendo en cuenta las distintas relaciones que tienen los sujetos intervinientes en este nuevo mercado, se puede concluir que no es necesario que exista una nueva legislación para cada tipo de PDI que se cree. Pues ya contamos con el CPDC para el caso de que el consumidor desee quejarse o denunciar por el servicio no idóneo que recibió de cada proveedor. Así, cada proveedor responderá por el servicio prestado y así se evita que existan en nuestro ordenamiento cada vez más leyes para cada tipo de PDI que se cree, pues eso podría generar una barrera de acceso al mercado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE RAMIREZ, Víctor; *Derecho de Consumo. Un breve relato sobre sus fundamentos teóricos desarrollados y nuevas tendencias*. Tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, Santiago, 2015.
- ALCÁNTARA FRANCIA, Alejandra; *Derecho del Consumidor, Doctrina, Legislación y Jurisprudencia*, compendio especializado, volumen XVII.
- ALDANA RAMOS, Edwin y GAGLUIFFI PERECHI, Ivo; *La noción de Consumidor Final: el ámbito de aplicación subjetiva de la ley de Protección al Consumidor según el nuevo precedente de observancia obligatoria del Indecopi*, revista Ius Et Veritas N° 29.
- ALONSO CONDE, Ana Belén; *Comercio Electrónico: antecedentes, fundamentos y estado actual*, Madrid 2003.
- ALPA, Guido; *Derecho del Consumidor*, Gaceta Jurídica, Lima, 2004.
- BACA ONETO, Victor; *Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos*, Indecopi, Lima 2013.
- BADENAS CARPIO, Juan Manuel; *Comercio Electrónico y protección de los consumidores*, Madrid, 2001.
- BARBOZA, Viviana; *Generando confianza en el comercio electrónico: análisis de la conveniencia de reconocer el derecho de retracto a favor*

de los consumidores que celebran contratos de consumo por internet, PUCP, Lima, 2016.

- BOTANA GARCIA, GEMA; *Los contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles y la Protección de los Consumidores*, Bosch, Barcelona, 1994.
- BULLARD GONZALEZ, Alfredo; *El fantasma de la asimetría de información como justificación a la protección al consumidor*, Revista del Foro de Abogado de Lima Sur, Editorial Motivensa, 2013.
- ESCOBAR ROZAS, Freddy; *Entendimiento del Mercado: La contratación estandarizada como forma de mitigar los problemas de insatisfacción y de selección adversa*, editor Oscar Sumar, Universidad del Pacífico, Lima, 2011.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan; *Derechos de los Consumidores*, Editorial Rodhas, Lima, 2006.
- EYZAGUIRRE DEL SANTE, Hugo; *Políticas de competencia y su aplicación*, Universidad de Ciencias Aplicadas (UPC), Lima, 2011.
- FERNANDEZ, José P; *Derecho de Consumo*, Titant Lo Blanch, Valencia, 1999.
- GARCÍA-PITA Y LASTRES, José Luis; *Derecho Mercantil de obligaciones: Parte especial*, ANDAVIRA EDITORA, Santiago de Compostela, 2011.
- GERALDINE, Damian; “Should Uber be Allowed to Compete in Europe? And if so how?”
- GONZALES MARTIN, Nuria; *Revista de Derecho Comunicaciones y nuevas tecnologías*, Universidad de los Andes, 2014.
- GHERSI, Carlos; WEINGARTEN, Celia, *Manual de los derechos de usuarios y consumidores*, Editorial Thomson Reuters La Ley, 2da edición, Buenos Aires, 2015.

- LÓPEZ RAYGADA, Pierino; *La ciudadanía en el Perú: El Consumidor*, editor Oscar Sumar, Universidad el Pacífico, Lima, 2011.
- LÓPEZ-TARRUELLA, *Derecho TIC*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- MALPARTIDA CASTILLO, Víctor; *El Derecho del Consumidor en el Perú y en el Derecho Comparado*, Tesis para optar por el frado académico de Doctor en Derecho, Universidad San Marcos, Lima, 2003.
- MATUTE, Genaro; CUERVO, Sergio; SALAZAR Sandra y SANTOS Blanca, *Del consumidor convencional al consumidor digital, el caso de las tiendas por departamento*, Esan Ediciones, Lima, 2012.
- MONTERO PASCUAL, Juan José; *La regulación de la economía colaborativa. Airbnb, BlaBlaCar y otras plataformas*, Editorial Tirant Lo Blanch, Madrid, 2017, p. 4.
- NIETO MELGAREJO, Patricia, *Derecho del comercio electrónico* Lima, 2005
- NUÑEZ RIVA, Silvia, *El consumidor protegido por el Código de Protección y Defensa del Consumidor*, Actualidad Empresarial N° 261, segunda quincena de Agosto 2012.
- ORDINOLA GUERRA, Cesar, *La historia del Indecopi en la Protección del Consumidor peruano: Los primeros 18 años*, editor Oscar Sumar, Universidad el Pacífico, Lima, 2011.
- PATRÓN A, Carlos, *Un acercamiento preliminar a la función económica de la Protección al Consumidor*, editor Oscar Sumar, Universidad del Pacífico, Lima, 2011.
- POSNER A., Richard; *El análisis económico del Derecho*, editorial Aspen Publishers INK, Nueva York.
- QUIÑONES, CRISTINA, “Desnudando la mente del consumidor. Consumer Insights en el marketing”, Editorial Planeta, Lima, 2013.

- Revista de Actualidad Mercantil, editorial Adrus, Revista 4, 2016.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, GUSTAVO, “El Consumidor en su isla”, Universidad del Pacífico, Lima, 2011.
- SAENZ DÁVALOS, LUIS, “La Defensa del Consumidor en el derecho Constitucional” Revista Jurídica del Perú N° 42, 2003.
- SALOMON, MICHAEL, “Comportamiento del Consumidor” México, 2002.
- SILVY, MIRIAM, “Análisis del comportamiento del consumidor Peruano relacionado con el nuevo Código de Protección y Defensa del Consumidor”, editor Oscar Sumar, Universidad del Pacífico, Lima, 2011.
- SOLE MORO, María Luisa; *Los consumidores del siglo XXI*, Madrid 2003.
- SOSA SACIO, Juan Manuel; *Una mirada constitucional a la defensa del consumidor, con especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, editor Oscar Sumar, Universidad del Pacífico, Lima, 2011.
- SUMAR ALBUJAR Oscar, VELARDE SAFFER, Luis Miguel, *Contratos: teoría y práctica. Aportes del derecho comparado*. Universidad del Pacífico, Lima, 2015.
- TODOLÍ SOGNES, Adrián, *El impacto de la Uber Economy en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo*, IUS LABOR edición 3, 2015.
- TORRUBIA CHALMETA, Blanca, *Mercado único digital y concepto de consumidor*, 2016
- ZEGARRA MULANOVICH, Álvaro, *Notas de Derecho Mercantil parte general* 2013.

Otras Fuentes

- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico Social Europeo y al Comité de las Regiones “Una Agenda Europea para la economía colaborativa”, Bruselas, 2016.
- Resolución N° 85-96/TDC de fecha 13 de noviembre de 1996.
- Resolución N° 101-96-TC del 18 de diciembre de 1996.
- Resolución N° 547-2000-CPC de fecha 8 de setiembre de 2000.
- Resolución N° 0422-2004/TDC-INDECOPI del 3 de octubre de 2003.
- Resolución N° 1883-2006/CPC de fecha 10 de octubre de 2006.
- Resolución N° 1818-2006/TDC-INDECOPI de fecha 15 de noviembre de 2006.
- Resolución N° 1697-2007-CPC de fecha 5 de setiembre de 2007.
- Resolución N° 1598-2010-CPC de fecha 2 de julio de 2010.
- Resolución N° 2188-2011/SC2-Indecopi del 18 de agosto 2011.
- Resolución N° 4764-2012/CPC de fecha 27 de diciembre de 2012.
- Resolución Final N° 1047-2013/CC2 del 6 de setiembre de 2013.
- Resolución N° 099-2015/CD1-Indecopi del 19 de agosto de 2015.
- Resolución N° 0196-2015/PS3- Indecopi del 6 de marzo 2015.
- Resolución Final N° 126-2015/CC2- Indecopi del 30 de enero de 2015.
- Resolución N° 1050-2016/CC2- Indecopi del 23 de junio de 2016.
- Resolución Final N° 997-2016/CC2- Indecopi del 16 de junio de 2016.
- Resolución Final N° 066-2014-JUS/DGPDP.
- Resolución N° 1202-2016/SPC-Indecopi del 6 de abril de 2016.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, sección 1) Sentencia N° 244/2016, del 6 de mayo 2016, España.