

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO

ESCUELA DE POSGRADO



TESIS PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRO EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO CIVIL EMPRESARIAL

**“La determinación de la protección del consumidor en una
economía de pares o colaborativa: la introducción del proveedor
no profesional”**

Área de Investigación:

Derecho – Derecho de Consumidor

Autor:

Br. Bazán Saavedra, César Miguel

Jurado Evaluador:

Presidente: Florián Vigo, Olegario David

Secretario: Ferradas Caballero, José Ramiro

Vocal: Mauricio Juárez, Francisco Javier

Asesor:

Luis Henry Heras Zárate

Código Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6833-7951>

TRUJILLO – PERÚ

2022

Fecha de sustentación: 2022/02/21

DEDICATORIA

A mi madre María Delia Saavedra Hurtado y
a mi tía Orfelinda Saavedra Hurtado por
conducirme con su amor y sabiduría por el
camino del éxito.

AGRADECIMIENTO

Al personal administrativo de la Escuela de Post Grado de la Universidad Privada Antenor Orrego y a los docentes que aportaron con su experiencia y conocimientos.

RESUMEN

Las innovaciones tecnológicas –específicamente en materia de telecomunicaciones- han revolucionado el mercado mundial en tanto provee a las personas de herramientas para realizar actividades de distinta índole con mayor accesibilidad, inmediatez, eficacia y rapidez. Una de las más propagadas son las plataformas digitales de intermediación (aplicativos o apps) que, a través del espacio digital proporcionado por el internet, ponen en contacto personas y empresas que intercambian productos y servicios. En este escenario podemos identificar la participación de tres personajes: (i) los prestadores u oferentes del servicio (e.j. conductores, anfitriones, etc.); (ii) los usuarios (consumidores finales); y, (iii) los intermediarios (p.e. Uber, AirBnB, Housers, etc.); cada uno de ellos desempeñando funciones diferenciadas pero conectadas una con otra.

Como vemos, la economía de pares se aleja del esquema de mercado tradicional construido sobre la base de la relación proveedor-consumidor, para dar paso a un nuevo esquema de negocio consumidor-consumidor (o también descrito como P2P por la denominación *peer to peer*) que nos propone la interrogante, si en este tipo de negocios donde no entra a tallar un proveedor *¿quién responde por la afectación del derecho del consumidor?*

Efectivamente, la regulación que contemple este tipo de transacciones debe enmarcarse dentro de la normativa de protección al consumidor, pues son los intereses de los consumidores los que se ven directamente afectados. En tal sentido, corresponde

identificar al agente que debe responder ante el consumidor por los productos y servicios que brinda en el mercado, bajo parámetros de idoneidad exigidos por la normativa especializada.

Sobre el tema mucho se ha escrito, específicamente respecto al alcance de la responsabilidad que recae sobre los intermediarios frente a los consumidores finales, sin perjuicio de ello, para abordar la problemática con plenitud, considero que es necesario determinar la responsabilidad entre los prestadores del servicio específico y los consumidores finales, situación que se presenta de manera manifiesta en lo que se ha denominado economía colaborativa o economía de pares y de la que no existe abundante bibliografía.

Es precisamente aquella falta de precisión respecto al agente responsable ante el consumidor en operaciones o transacciones de economía colaborativa lo que impulsa el presente trabajo a proponer una alternativa de solución a partir del análisis de todos los aspectos que rodean a la economía colaborativa, con el objetivo de contribuir al conocimiento de la materia y servir como referente en la elaboración de políticas regulatorias como la propuesta.

No han faltado voces que sostienen que el problema descrito se soluciona con intervención gubernamental a través de regulaciones sectoriales distintas al sistema de protección al consumidor, no obstante, opino que no es la forma más adecuada, por la naturaleza de las transacciones de la economía colaborativa y por los riesgos que estas podrían generar al ser aplicadas a transacciones tan dinámicas como las estudiadas.

Es así que la estructura del presente trabajo consistirá en tres capítulos: (i) la introducción, en el cual se planteará el problema, que a su vez comprende el planteamiento del problema y enunciado, la hipótesis y objetivos del presente trabajo, lo cual servirá como pauta que dirigirán los contenidos de los demás capítulos; (ii) el marco teórico, en el cual expondremos de manera expositiva y enunciativa los referentes normativos, jurisprudenciales y doctrinarios que tienen incidencia directa e indirecta en el tema propuesto; y, (iii) los resultados, donde desarrollaremos de manera argumentativa, cualitativa e interpretativa los antecedentes planteados en el capítulo anterior. De lo expuesto líneas arriba se finalizará con las conclusiones y recomendaciones del caso.

ABSTRACT

Technological innovations - specifically in telecommunications matters - have revolutionized the world market as it provides people with tools to carry out activities of a different nature with greater accessibility, immediacy, efficiency and speed. One of the most widespread are the digital mediation platforms (applications or apps) that, through the digital space provided by the internet, put people and companies in contact that exchange products and services. In this scenario, we can identify the participation of three characters: (i) the service providers or suppliers (e.g. drivers, hosts, etc.); (ii) the users (end consumers); and, (iii) the intermediaries between them (e.g. Uber, AirBnB, TaxiBeat, etc.).

Much has been written on the subject, specifically regarding the scope of the responsibility that falls on intermediaries vis-à-vis end consumers, without prejudice to this, we consider that to complete the puzzle it is necessary to determine the responsibility between service providers and consumers final, which has not been fully developed from the doctrine, a situation that manifests itself in a manifest way in what has been called collaborative economy or peer economy.

Indeed, the peer economy breaks the traditional market scheme built on the basis of the supplier-consumer relationship, the core of the economy, to give way to a new consumer-consumer business scheme (or also described as P2P by the name peer to peer) that proposes the question, if in this type of business where a supplier does not enter to carve, who is responsible for the affectation of consumer rights?

It is precisely that uncertainty that prompts this work to propose an alternative solution based on the analysis of all the aspects that surround the collaborative economy, with the aim of contributing to the knowledge of the matter and serving as a reference for legal or regulatory initiatives.

There has been no lack of voices that argue that the problem described above is solved simply with the intervention of the Government through normative regulation, however, we consider that, although the initiative is laudable, it is not the most appropriate way to address this issue.

Thus, the structure of this work will consist of three chapters: (i) the introduction, in which the problem will be raised, which in turn includes the statement of the problem and statement, the hypothesis and objectives of this work, which will serve as a guideline that will direct the contents of the other chapters; (ii) the theoretical framework, in which we will present in an expository and enunciative manner the normative, jurisprudential and doctrinal references that have direct and indirect impact on the proposed topic; and, (iii) the results, where we will develop in an argumentative, qualitative and interpretive way the antecedents raised in the previous chapter. From the above lines, the conclusions and recommendations of the case will be concluded.

TABLA DE CONTENIDOS

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

1.	Generalidades.....	01
1.1	Título.....	01
1.2	Equipo investigador.....	01
1.3	Tipo de investigación.....	01
1.4	Línea de investigación.....	02
1.5	Unidad Académica.....	02
1.6	Institución y localidad en donde se desarrollará el Proyecto.....	02
1.7	Duración total del Proyecto.....	02
1.8	Cronograma de trabajo.....	02
1.9	Recursos.....	03
1.9.1	Personal.....	03
1.9.2	Bienes.....	03
1.9.3	Servicios.....	03
1.10	Presupuesto.....	04
2.	Plan de Investigación.....	04
2.1	El Problema.....	04
2.1.1	Planteamiento del Problema.....	04
2.1.2	Enunciado.....	08
2.1.3	Hipótesis.....	08
2.1.4	Objetivos.....	08
2.1.4.1	General.....	08
2.1.4.2	Específicos.....	08
2.2	Metodología.....	09

2.2.1	Métodos.....	09
2.2.1.1	Recolección de información.....	09
2.2.1.2	Procesamiento de datos.....	10

CAPÍTULO II: MARCO TEORICO

1.	El Sistema de Protección al Consumidor en una economía de libre mercado: fundamento social, económico y jurídico.....	11
2.	Los entes reguladores y las agencias de competencia.....	22
2.1.	Mercado, Regulación y Servicios Públicos.....	22
2.2.	Las Agencias de Competencia.....	27
2.3.	Servicio Público.....	30
2.4.	Servicios Públicos Económicos.....	32
3.	La Economía Colaborativa.....	35
3.1.	Definición.....	35
3.2.	El aporte de internet.....	37
3.3.	El crecimiento de la economía colaborativa.....	39
3.4.	Plataformas de Intermediación Digital (PID).....	41
3.5.	La Responsabilidad Civil aplicada a las plataformas de intermediación digital.....	43
3.5.1.	Responsabilidad contractual: contratos de adhesión.....	43
3.5.2.	Economía colaborativa y responsabilidad extracontractual.....	45
3.5.3.	Relación prestador del servicio (subyacente) - consumidores	47
3.6.	La Regulación de las plataformas digitales de intermediación.....	50
3.7.	Políticas regulatorias y sus riesgos.....	52
4.	La Experiencia Europea.....	53
5.	Paralelos: las zonas grises y los usos mixtos.....	57

5.1. Primer Precedente Vinculante (Resolución N°101-96-TDC del 18 de diciembre de 1996).....	59
5.2. Segundo Precedente Vinculante (Resolución N°0422-2003/TDC-INDECOPI, de fecha 3 de octubre de 2003).....	62
6. Jurisprudencia relevante respecto a las plataformas digitales de intermediación.....	65
6.1.Resolución N° 1202-2016/SPC-INDECOPI.....	65
6.2.Resolución N° 0084-2020/SDC-INDECOPI.....	66
7. Perspectiva desde el factor de la habitualidad.....	67
7.1.UBER.....	70
7.2.AIRBNB.....	71
CAPÍTULO III: RESULTADOS.....	76
CONCLUSIONES	86
RECOMENDACIONES.....	90
BIBLIOGRAFIA.....	92

CAPITULO I

INTRODUCCIÓN

1. GENERALIDADES

1.1 Título: La determinación de la protección del consumidor en una economía de pares o colaborativa: la introducción del proveedor no profesional.

1.2 Equipo investigador:

1.2.1 Autor: César Miguel Bazán Saavedra

1.2.2 Luis Henry Heras Zárate

1.3 Tipo de investigación

Se aplicarán los métodos: histórico, didáctico y doctrinario para el desarrollo del presente trabajo de investigación. Métodos que comentaré a continuación:

– **Método Histórico**

Mediante este método se busca conocer los antecedentes históricos que forjaron el Sistema de Protección al Consumidor, así como también el contexto económico sobre el que se erige con el propósito de sustentar nuestra posición. Además de lo acotado, este método nos permitirá conocer los antecedentes de la temática en mención en la doctrina y legislación comparada.

– **Método Didáctico**

Este método nos permitió comparar, analizar y contrastar las distintas propuestas de solución a la problemática planteada y en tal sentido, decidir por las que

consideramos más coherentes con los principios constitucionales que rigen nuestro ordenamiento jurídico.

– **Método Doctrinario**

A través del citado de diferentes textos aportados por la doctrina especializada en la materia, se forjan conclusiones propias que pretenden aportar al debate y servir como fundamento a la hipótesis planteada.

1.4 Línea de investigación: Instituciones del Derecho Privado

1.5 Unidad Académica:

1.6 Institución y localidad en donde se desarrollará el Proyecto: UPAO – Trujillo

1.7 Duración total del Proyecto:

1.7.1 Fecha de inicio: 23 de setiembre de 2019

1.7.2 Fecha de término: 11 de enero de 2021

1.8 Cronograma de trabajo

TIEMPO DE ACTIVIDADES	2019-2020											
	DIC	ENE	FEB	MAR	ABR	MAY	JUN	JUL	AGO	SET	OCT	NOV
Elaboración del Proyecto	X											
Presentación del Proyecto	X											
Recolección de Datos		X	X	X	X	X	X	X	X			
Redacción del Informe										X	X	X
Presentación del Informe												

1.9 Recursos

1.9.1 Personal.

- Un investigador.
- Un asesor.

1.9.2 Bienes

- Papel bond A-4 de 80 gr.
- Bolígrafos.
- Folder Manila.
- Sobre Manila.
- Corrector.
- Lápices.
- Tajador.
- Borradores.
- Resaltadores.
- Memoria USB.
- Archivadores.

1.9.3 Servicios

- De internet.
- De movilidad.
- De empastado.
- De fotocopiado.
- De digitación.

1.10 Presupuesto

NATURALEZA DEL GASTO	DESCRIPCIÓN	CANTIDAD	UNIDAD	PRECIO UNITARIO	PRECIO TOTAL
2.3. 1. COMPRA DE BIENES				S/	S/
2.3.1.5. MATERIALES Y ÚTILES					
2.3.1.5.1 DE OFICINA					
2.3.1.5.2. Papelería en general, útiles y materiales de oficina.	Archivadores	0	UNIDAD	0	0
	Papel Bond A4	6	MILLARES	10	60
	USB	1	UNIDAD	10	10
	Lápiz	3	UNIDAD	0.5	1.5
	Lapiceros	4	UNIDAD	1	4
	Resaltadores	1	UNIDAD	1	1
	Borradores	4	UNIDAD	0.7	2.8
Correctores	5	UNIDAD	1.5	7.5	
2.3.2. CONTRATACIÓN DE SERVICIOS					
2.3.2.1. VIAJES					
2.3.2.1.1. VIAJES DOMÉSTICOS					
2.3.2.1.1.1. Pasajes y gastos de transportes.	Viajes Interprovinciales	25	UNIDAD	6	150
2.3.2.1.1.99. Otros Gastos.	Movilidad dentro de la ciudad	100	UNIDAD	3	300
2.3.2.2. SERVICIOS DE TELEFONÍA E INTERNET					
2.3.2.2.2.3 Servicio de Internet.	Internet	350	HORAS	1	350
2.3.2.2.4. SERVICIOS DE PUBLICIDAD, IMPRESIONES, DIFUSIÓN E IMAGEN INSTITUCIONAL					
2.3.2.2.4.4. Servicios de impresiones, encuadernación y empastado.	Impresiones	320	UNIDAD	0.78	249.6
	Empastado	5	DOCENA	15	75
TOTAL					S/ 1,211.40

2. PLAN DE INVESTIGACION

2.1 El Problema

2.1.1 Planteamiento del Problema

La economía peruana vive una situación de prosperidad sostenida por varios años lo que le ha permitido tener acceso a nuevos mercados que son tendencia en el mundo y que incluso se han convertido en una nueva forma de vida. Hablamos por

supuesto de los negocios digitales y en el marco de ella denominada economía compartida (*sharing economy*), economía colaborativa (*collaborative economy*) o economía de pares (*peer to peer economy*).

Aún en sus inicios, la economía colaborativa o economía de pares ha crecido sustancialmente, las jóvenes empresas tales como Uber o Airbnb reclaman miles de consumidores, operan en distintas ciudades del mundo y están valorizadas en millones de dólares. A pesar de que no existe consenso respecto a la definición de economía compartida o economía de pares, podemos aproximarnos a una describiéndola como “aquel mercado que reúne individuos para compartir o intercambiar todo tipo de bienes y servicios a través de una plataforma virtual o electrónica, para beneficios monetarios como no monetarios.”

El auge de este tipo de negocios ha sido relevante toda vez que reporta muchos beneficios a las partes involucradas, especialmente en materia de costos, por ejemplo: (i) los productos objeto de intercambio pueden ser bienes usados que al ser intercambiados son revalorizados (también conocidos como mercados de segunda mano) permitiendo aprovechar a la máxima capacidad los recursos materiales; (ii) acceder a este tipo de negocios no es costoso, complejo, ni requiere de una licencia proporcionada por una autoridad, por lo que la oferta crece y con ella la competitividad; (iii) reduce los costos de transacción (información) de profesionales; y, (iv) *feedback* inmediato, es decir, hace posible agregar comentarios de los consumidores pasados que quedan al alcance del público, generando incentivos adecuados.

Estos nuevos negocios se llevan a cabo entre pares, esto es, entre personas que no tienen la calidad de empresarios o comerciantes pues no realizan una actividad económica de manera regular, lo que a su vez no encaja de manera precisa dentro de la normativa vigente.

Nuestro Sistema de Protección al Consumidor compuesto en su base por la Ley N°29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante el Código) vigente a la fecha, y anteriormente por el Decreto Legislativo N°716 (en adelante Ley de Protección al Consumidor), recogieron el clásico binomio del mercado: los proveedores y los consumidores y hasta ahora ha funcionado bien.

Es así que el Sistema de Protección al Consumidor gira en torno a la dinámica de la relación proveedor-consumidor, bajo la premisa que la asimetría informativa existente entre ambos, justifica la intervención del Estado para tutelar a la parte más débil: el consumidor, pues cuenta con menos información y experiencia que el proveedor. Es así que la economía de pares rompe este tradicional concepto en la medida que sus participantes se relacionan entre sí en igualdad de condiciones, no se requiere licencia de proveedor ni tampoco experiencia en el campo, y en cuanto a la desigualdad en la información, el internet y la tecnología móvil reduce dicha brecha.

Efectivamente, la economía colaborativa se manifiesta a través de transacciones comerciales horizontales (basado en igualdad de condiciones) y no verticales (basado en una superioridad organizacional, informativa y especializada de parte de los proveedores frente a los consumidores) como nos la plantea el esquema

regulado por nuestro Código de Consumidor peruano. En otras palabras, estamos ante un “mercado *sui generis*”, desregulado, que no funciona bajo el esquema tradicional proveedor-consumidor, sino par a par, producto de la necesidad de interconectividad de las personas y los avances tecnológicos en telecomunicaciones.

En primer lugar, distingamos tres elementos que intervienen en este tipo de negocios que cumplen diferentes roles: (A) las personas que prestan los servicios o entregan los productos; (B) las personas que demandan y adquieren los productos y servicios; y, (C) las plataformas digitales que a través de espacios electrónicos facilitan el contacto entre A y B.

Ahora bien, si ya ha quedado establecido que en una economía de pares la intervención de un proveedor profesional no es requerida, entonces ¿quién debe asumir la responsabilidad por los defectos en los servicios que se contratan en estos mercados?, ¿los creadores de la plataforma digital o la persona que ofrece el producto o servicio?, ¿si no es la titular de la plataforma, entonces debe responsabilizarse al prestador directo del servicio así no ostente la aptitud de un proveedor o prestador profesional?, ¿cuál es la postura que debe asumir el Estado peruano ante esta nueva forma de realizar transacciones comerciales?, ¿merece ser regulado por el Estado, a fin de garantizar la protección de los intereses y derechos de los consumidores?

El presente trabajo pretende absolver estas interrogantes a través del análisis de la doctrina, la normativa y jurisprudencia, con la finalidad de brindar un aporte que

pueda coadyuvar al enfrentamiento a esta nueva realidad desde un punto de vista jurídico.

2.1.2 Enunciado

¿De qué manera se protege a los consumidores frente a los servicios adquiridos a por plataformas digitales de intermediación?

2.1.3 Hipótesis

Se protege a los consumidores frente a los prestadores directos de servicios ofertados a través de plataformas digitales de intermediación a partir de considerar a los oferentes como proveedores en el marco normativo del Sistema de Protección al Consumidor a cargo del INDECOPI.

2.1.4 Objetivos

2.1.4.1 General

Establecer el mecanismo normativo legal adecuado para velar por los derechos del consumidor en una economía de pares o colaborativa.

2.1.4.2 Específicos

- Definir los aspectos generales del Sistema de Protección al Consumidor.
- Describir las características de un ente regulador y un agente de competencia, similitudes y diferencias y su rol en la tutela de los derechos de los consumidores.
- Describir los aspectos que caracterizan a la economía colaborativa o economía de pares.

- Determinar la categoría de proveedor que aplicaría para identificar a los prestadores del servicio ofertado a través de plataformas de intermediación digital en el marco del Sistema de Protección al Consumidor.
- Identificar las razones que justifican la regulación de la economía colaborativa o economía de pares en el marco del Sistema de Protección al Consumidor a través de la figura del proveedor no profesional.

2.2 Metodología

2.2.1 Métodos

2.2.1.1 Recolección de información

En la preparación de la presente investigación, se recurrirán a las técnicas mencionadas líneas arriba (históricos, didáctico y doctrinario) de tal forma que la información recogida sirva como sustento para la hipótesis planteada.

Para el análisis de contenido, será necesario recurrir a diversos trabajos técnicos, en tal sentido, se acudirá a las bibliotecas, hemerotecas de las facultades de Derecho de las Universidades: UDEP, UNT, UPAO y UCV; con la finalidad de conseguir la información relevante para los fines del presente trabajo.

Asimismo, se recurrirá a fuentes confiables del internet a fin de acceder a textos que no se puedan hallar físicamente en las casas superiores de estudio antes mencionadas.

2.2.1.2 Procesamiento de datos

Los datos bibliográficos, doctrina y jurisprudencia fueron extraídos de portales oficiales del Internet, así como de bibliotecas y hemerotecas de las facultades de economía y derecho de las principales universidades de La Libertad y Lambayeque, las mismas que serán expuestas en orden de lo general a lo específico, de tal forma que sirva de sustento para las propuestas y objetivos planteados.

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

1. EL SISTEMA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN UNA ECONOMÍA DE LIBRE MERCADO: FUNDAMENTO SOCIAL, ECONÓMICO Y JURÍDICO

El hombre es naturalmente un ser sociable, además de su capacidad cognitiva tiene la capacidad de comunicarse con otras personas y crear relaciones con ellas para satisfacer sus necesidades individuales.

Es así que a lo largo de la historia el hombre ha tenido en su prójimo una alternativa de bienestar y el comercio se convirtió en la herramienta principal para alcanzar dicho objetivo, tanto así que en culturas antiguas se formaron cuerpos normativos que establecían estas reglas de convivencia producto de la proliferación de operaciones transaccionales entre individuos.

Sin perjuicio de ello, como lo sugiere el autor Carlos Vargas Vasserot, *“no es Derecho mercantil toda norma reguladora del comercio, sino que para que éste exista es necesaria la existencia de un Derecho especial, que regula una realidad económica concreta que es lo que la justifica”* (VARGAS VASSEROT, 2012).

En la Edad Media, con el surgimiento de la clase burguesa comienza a cambiar el panorama social y económico, el tráfico mercantil comienza a tener un crecimiento sin

precedentes, y la necesidad de una reglamentación que estandarizase este nuevo fenómeno social era primordial.

Una de las instituciones jurídicas que se crean en este periodo es el contrato de compraventa, que trae consigo uno de los primeros antecedentes del concepto de consumidor final. El contrato de compraventa se presentaba bajo dos modalidades: (i) la adquisición, consistente en el intercambio entre el artesano-productor o el campesino-productor y el comerciante; y, (ii) la reventa, que consistía en el acto de cambio entre el comerciante al por mayor y otro comerciante y los cambios entre este último y los consumidores (GALGANO, 2003).

Asimismo, en este periodo aparecieron los primeros inspectores de alimentos como el caso de la pimienta, quienes se encargaban de garantizar la calidad del producto para el consumo humano. Un caso similar se presentó en Inglaterra, donde se decretaron varias leyes para la protección al consumidor en el sector alimenticio, tal es el caso de la Ley del Pan de 1836 (MALPARTIDA CASTILLO, V. 2003).

Así, a fines del siglo XIX comienzan a diseñarse las primeras leyes que regulaban directamente el mercado específicamente en aquellas situaciones de abuso de poder económico por parte de grandes empresas que ponían en riesgo la competitividad en el mercado. Hasta aquel momento, si bien la figura del consumidor no había sido recogida por ninguna ley específica, lo cierto es que la legislación de la época recogía la conciencia de que toda iniciativa empresarial que tuviera incidencia en el mercado finalmente impactaba en los compradores, los consumidores.

La Ley Sherman Antitrust, se publicó el 2 de julio de 1890, tuvo como finalidad frenar la conducta anticompetitiva de los monopolios formados en la industria norteamericana, especialmente en la industria automotriz, consideradas de esa forma anticompetitivas por el gobierno federal.

Del mismo modo, la Ley Clayton Antitrust, también conocida como Clayton Act, fue una ley federal aprobada en Estados Unidos en 1914, para remediar las deficiencias en la ley antimonopolios Sherman Antitrust de 1890, la primera ley federal en contra de prácticas empresariales que formaban monopolios y pactos colusorios anticompetitivos.

Las mencionadas leyes en esencia responden al impacto negativo que conductas anticompetitivas como las descritas causaban en los consumidores y que se reflejaba en bajos niveles de calidad y altos costos de productos y servicios que debían ser asumidos directamente por estos.

Uno de los casos más resaltantes que promovió la creación de un régimen legal de protección al consumidor sucedió en 1937 en los Estados Unidos de Norte América, el producto denominado el elixir sulfanilamida (*Grandma's Secret* o El Secreto de la Abuela traducido al inglés) que contenía sustancias químicas narcóticas, lo cual provocó una intoxicación masiva y la muerte de muchas personas.

Como vemos, ya no se trataba de situaciones que afectaban solamente los intereses económicos de las propias empresas en el ejercicio de sus actividades comerciales, sino a sus propios clientes, la principal fuente de ingresos.

Por tales motivos, el 15 de marzo de 1962 el presidente de los Estados Unidos, John F. Kennedy, pronunció el histórico discurso “Consumidores somos todos” ante el Congreso de dicho país, que se considera el punto de partida de la moderna política de protección de los derechos de los ciudadanos como consumidores. Kennedy recalcó el importante papel de la información para que los consumidores tomen decisiones de compra fundamentadas, seguras y saludables.

(...) thousands of common household items contain potentially harmful substances. Every year new chemical are being added to our foods and spray our crops. Ninety percent of the prescriptions written today are for drugs that were unknown twenty years ago. Unless the housewife is an expert dietitian, mathematician, chemist, toxicologist and mechanic, she cannot properly and economically run her house and shop for her family.

(Véase <https://www.jfklibrary.org/asset-viewer/archives/JFKPOF/037/JFKPOF-037-028>. (Consultado por última vez el 1 de junio de 2019))

Traducido al español: *Los problemas comunes de los hogares contienen sustancias potencialmente dañinas. Cada año se agregan nuevos productos químicos a nuestros alimentos y se rocían nuestros cultivos. El noventa por ciento de las recetas escritas hoy son para medicamentos que se desconocían hace veinte años. A menos que la ama de casa sea experta en dietética, matemática, química, toxicóloga y mecánica, no puede administrar su casa y comprar a su familia de manera adecuada y económica.*

El 9 de abril de 1985, cuando la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó las Directrices de Naciones Unidas para la Protección de los Consumidores, se recogieron

dichas palabras, quedando así los derechos de éstos elevados a una posición de reconocimiento y legitimidad internacional, vinculante para todos los países miembros.

En el Perú, en el marco de la Constitución de 1979, el 31 de mayo de 1984 se promulgó la Ley 23863, el cual, según el autor Ivo Gagliuffi, resultó ser un híbrido que combinó disposiciones sobre protección al consumidor, control de precios, política antimonopólica y prohibición de prácticas restrictivas (GAGLIUFFI PIERCECHI, 2006).

El mencionado documento recogía el pensamiento político dominante de la época pues el Estado contaba con facultades intervencionistas en el mercado; pese a ello, hacía mención expresa de la necesidad de tutela de los intereses de los consumidores:

Constitución Política de 1979. “Artículo 110 (...) 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”

Si bien la mencionada norma resaltaba la importancia de defender los intereses de los consumidores, no concebía su importancia más allá del aspecto económico, en otras palabras, no les reconocía derechos especiales que éstos podían reclamar.

Según indica el autor Ordinola Guerra, en esta época, normativamente el rango de protección de los consumidores era restringido, pues muchas veces estaba supeditado al

accionar estatal o a lo que éste determinara qué era beneficioso o malicioso para el consumidor (ORDINOLA GUERRA, 2010).

Sin embargo, en 1980 se promulga el Decreto Legislativo N°716, Ley de Protección al Consumidor, que derogaba el Decreto Supremo N° 036-83-JUS, y que desarrolla con mayor detalle el alcance de conceptos como consumidor final, proveedor y relación de consumo.

Esta norma sería el inicio de una serie de iniciativas de reforma liberal que resultó en la privatización de varias entidades del aparato público, con el objetivo de sentar las bases de una economía de libre mercado y distanciarse de la postura de economía planificada impulsada por los gobiernos militares de izquierda que, hasta aquel momento, habían administrado el país.

A partir de tal marco normativo, comenzó a tener forma una rama del Derecho constituida únicamente para velar por los intereses de los consumidores, en cuya dirección se ordenan las fuerzas del mercado, a partir del reconocimiento de una serie de derechos tales como 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.

g. Derecho, en toda operación de crédito, a efectuar pagos anticipados de las cuotas o saldos en forma total o parcial, con la consiguiente liquidación de intereses al día de pago, incluyéndose así mismo los gastos derivados de las cláusulas contractuales pactadas entre las partes.

En este mismo periodo se crea el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, el INDECOPI) mediante el Decreto

Ley N° 25868 en noviembre de 1992, con una renovada y amplia concepción del consumidor y su importancia para la promoción de un mercado de libre y leal competencia.

Es así que este movimiento liberal pro-consumidor y pro-mercado tuvo como corolario el reconocimiento a nivel constitucional con la Carta Magna de 1993, que resaltaba la importancia de la tutela no solo de los intereses, sino también de los derechos de los consumidores.

Ahora bien, pese al desarrollo alcanzado, según refieren los autores Edwin Aldana e Ivo Gagliuffi en su trabajo sobre la noción de consumidor final, *“no existe ni ha existido una definición expresa sobre el concepto de Consumidor Final en la legislación peruana, lo cual explica la existencia de cierta confusión respecto de los alcances del ámbito de aplicación subjetiva de las normas de protección al consumidor. A efectos de suplir este vacío normativo se ha recurrido frecuentemente a la jurisprudencia de los órganos funcionales del INDECOPI (...)”* (ALDANA y GAGLIUFFI, 2004).

Es así que la tarea de definir el concepto de consumidor final se convierte en una constante al momento de resolver asuntos sobre la materia, en tanto de ello depende la aplicación de la ley.

Conviene tener presente que el concepto de consumidor ha sido desarrollado ampliamente tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, y por lo tanto se han esbozado otras nociones relacionadas con el mencionado concepto que caben precisar, sobre todo, en

línea con lo que se busca a través del presente trabajo. Hablamos del concepto de consumidor razonable, consumidor medio u ordinario y consumidor especializado.

Según el autor Juan Espinoza, el consumidor razonable es aquel que escoge y procesa la información que percibe del mercado, por ejemplo, a través de publicidad, para tomar una decisión de consumo que más se ajuste a sus expectativas. (ESPINOZA ESPINOZA, 2004)

Por otro lado, respecto al consumidor medio u ordinario, Bullard señala que la razonabilidad es una regla de conducta que debe ser promovida por el Estado. En tal sentido, explica 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.”* (BULLARD, 2010)

Respecto al consumidor especializado, podemos sostener que es aquél que cuenta con un formidable conocimiento y experiencia sobre los productos y servicios que adquiere, en tal sentido, su posición es bastante similar a la del proveedor, por lo tanto, no evidencia una asimetría informativa relevante que merezca tutela o esta sería mínima. (ALDANA y GAGLIUFFI, 2004)

Sobre el particular, la posición oficial del INDECOPI es defender al consumidor razonable, pues, evidentemente, tiene mayor lógica -y resulta menos oneroso para el Estado- proteger a quien actúa bajo parámetros de diligencia elementales que tutelar a un

consumidor que actúa con negligencia, esto es, sin observar las reglas de comportamiento mínimo requerido en una transacción comercial.

En tal sentido, el Decreto Legislativo N°716 contemplaba en su artículo 8 lo siguiente:
“El proveedor se exonerará de responsabilidad únicamente si logra acreditar que existió una causa objetiva, justificada y no previsible para su actividad económica que califique como caso fortuito, fuerza mayor, hecho de tercero o negligencia del propio consumidor para no cumplir con lo ofrecido. La carga de la prueba de la idoneidad del bien o servicio corresponde al proveedor.”

Los autores Aldana y Gagliuffi consideran que la diferencia entre consumidor razonable y consumidor final no es tan clara como se piensa y es más un esfuerzo de la doctrina; lo cierto es que la norma protegerá a los últimos destinatarios de los bienes y servicios quienes, además, observen la diligencia ordinaria debida de acuerdo a las circunstancias y el objeto de la contratación. (ALDANA y GAGLIUFFI 2004)

Concordante con dicha posición, es la opinión de Bullard, quien argumenta que el motivo para usar un estándar de conducta (razonabilidad) no es reflejar la realidad, sino crear incentivos para alcanzar una realidad deseada y bajo el estándar de consumidor ordinario, no se alcanza dicho objetivo (BULLARD, 2010).

Siguiendo la postura oficial del Indecopi plasmado en el Documento de Trabajo 001-2000, denominado Fortalecimiento del Sistema de Protección al Consumidor: Diagnóstico y Propuesta elaborado por el INDECOPI, el Estado no protege al consumidor por la mera condición de serlo, sino por su trascendencia social.

Conforme a los parámetros establecidos por el INDECOPI, en el documento antes mencionado, un consumidor que merece protección es quien actúa con diligencia ordinaria, entendiéndose por ordinario aquel actuar habitual que se rige por las reglas básicas del sentido común, de conformidad con el artículo 1314 del Código Civil, vale decir, un consumidor razonable.

Ciertamente dicha exigencia busca no solo incentivar parámetros adecuados de conducta, sino también proteger a los proveedores quienes solamente tendrían que responder ante reclamos de consumidores razonables, pues lo contrario significaría validar el mal comportamiento y recargar en los proveedores sus costos sociales.

Tales costos se reflejan en los precios perjudicando a todos los consumidores incluso aquellos que se comportan diligentemente, desincentivando tal comportamiento y generando ineficacia en el mercado. Como consecuencia de lo descrito tendríamos transacciones ineficientes a elevados precios

El INDECOPI resalta que un consumidor razonable es aquel que actúa con diligencia ordinaria, esperable en determinadas circunstancias, no es un consumidor que cuente con una especialidad técnica o un experto sobre la materia de transacción. No se refiere a un consumidor cuidadoso, exigente, calculador, ni siquiera racional, sino espontáneo, guiado por necesidades básicas y hasta por modas.

Mediante la Ley N°29571, en agosto de 2010, se publicó el Código de Protección y Defensa del Consumidor, derogando el Decreto Legislativo N° 716, la cual desarrolla con

mayor extensión los alcances del concepto del consumidor en mérito a las distintas circunstancias que se presentaron a nivel jurisprudencial y que expondremos en los siguientes capítulos.

2. LOS ENTES REGULADORES Y LAS AGENCIAS DE COMPETENCIA

La actual Constitución Política sienta las bases para el desarrollo de una economía social de mercado otorgándole una función al Estado de garante de la libertad de iniciativa privada y una intervención subsidiaria en la economía.

Es así que, a partir de la instauración de este modelo económico imperante a la actualidad, el Estado se limitó a ser un ente garante del ejercicio de las libertades de los agentes económicos que operen en mercado.

Conviene a continuación describir los aspectos más importantes que involucran la actuación de “garante” del Estado en la economía, pues a partir de su entendimiento se tendrá un panorama claro de su rol en el problema planteado.

2.1. MERCADO, REGULACIÓN Y SERVICIOS PÚBLICOS

Una economía de libre mercado se sustenta sobre la premisa que los privados saben mejor que el Estado cómo satisfacer sus propias necesidades, en tal sentido despliegan una serie de actividades para satisfacer aquellas necesidades a cambio de una contraprestación en pleno ejercicio de su libertad, sin la cual los empresarios no tendrán incentivos de crear nuevas formas de satisfacción de necesidades.

Es así que, en el juego competitivo del mercado, el Estado se convierte en una especie de árbitro del partido, verificando que las reglas de competencia no se vulneren e interviene como sancionador cuando algunos de los agentes competidores las vulneran.

Sin perjuicio de ello, como lo apunta el autor Hebert Tassano, *“este planteamiento de que la regla general es la libre competencia no desconoce que el Estado puede intervenir como regulador, puesto que, si bien es cierto que el mercado tiene sus propias reglas y, sobre la base de ellas, se satisfacen las necesidades de los ciudadanos, también es cierto que muchas veces los privados pueden advertir circunstancias especiales (por ejemplo, en el caso de los servicios públicos, escenarios de monopolio legal o natural) que les permitan aprovecharse de los usuarios o consumidores ante la ausencia del Estado”* (TASSANO, 2016).

En efecto, si bien los agentes económicos del mercado pueden realizar sus actividades empresariales de manera libre, lo cierto es que se presentan distorsiones denominadas “fallas de mercado”, tales como monopolios naturales, asimetrías informativas, y fundamentalmente altos costos hundidos de inversión y presencia de economías de escala que no pueden resolverse por la oferta y demanda.

Ello amerita la intervención del Estado en aquellos sectores del mercado que sufran de estas fallas a través de regulación que sirva para salvaguardar el adecuado proceso competitivo.

Podríamos afirmar que la intervención estatal opera de dos formas: como regulador (*ex ante*) y/o como garante y defensor de la libre y leal competencia (*ex post*). La labor de un Estado consistirá en determinar la conveniencia de optar por una u otra opción para intervenir en el mercado, conforme las realidades de cada sector económico, de tal forma que no perjudique a los agentes más débiles: los consumidores. (TASSANO, 2016)

En este escenario, resulta de especial importancia advertir que existen servicios que son calificados como públicos, es decir, que no pueden ser desempeñados por agentes particulares, y son situaciones en las que se presentan con mayor frecuencia las fallas de mercado. En estos casos, cabe preguntarse la forma de intervención estatal más adecuada, si *ex ante* o *ex post*.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha señalado que, si bien nuestro ordenamiento jurídico “*no ha establecido un listado de actividades que deban considerarse como tales*” (servicios públicos), la determinación de qué actividades económicas califican dentro del mismo “*resulta una tarea que se resuelve en cada ordenamiento jurídico de manera particular*”, generando para el estado una tarea especial de promoción y aseguramiento, lo que a su vez permite apreciar “*la importancia de que el legislador precise claramente tal calificación y el régimen jurídico sometido en cada supuesto*” (Fundamento No. 37 STC 0034-2004-AI).

En este escenario, el Estado crea entes reguladores de servicios categorizados como “públicos” y cuya principal función consiste en intervenir (*ex ante*) en la economía y el mercado desempeñando las siguientes funciones: i) supervisora, ii) reguladora,

iii) normativa, iv) fiscalizadora y sancionadora, v) de solución de controversias, y vi) de solución de reclamos de usuarios. De las mencionadas tenemos:

- La Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS) norma, regula, supervisa y fiscaliza a las 50 Empresas Prestadoras de Servicios de Saneamiento (EPS). Asimismo, resuelve los conflictos entre los usuarios y las EPS, en segunda instancia administrativa, actuando con autonomía, imparcialidad y eficiencia.
- El Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL) regula y supervisa el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones para promover la competencia, la calidad de los servicios y el respeto de tus derechos como usuario de estos servicios. Cabe resaltar que en el caso del OSIPTEL, además de su función de reguladora ex ante, se le ha encargado también la labor de promover la existencia de condiciones de competencia en la prestación de los servicios de telecomunicaciones.
- El Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN) regula y supervisa a las empresas del sector eléctrico, hidrocarburos y minero, en beneficio del desarrollo energético del país y la protección de tus derechos como usuario de servicios de energía eléctrica y gas natural.
- El Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN) regula y supervisa a las entidades prestadoras de

servicios de infraestructura de transporte de uso público, en beneficio de los usuarios, Estado y empresas concesionarias.

Varios autores como Hebert Tassano señalan que los entes reguladores funcionan como “árbitros” del mercado, pues buscan establecer un balance entre los intereses de los usuarios, de los prestadores del servicio y del mismo Estado (TASSANO, 2016), sin embargo, su función en la práctica se aleja de tal concepción.

Efectivamente, el rol de árbitro se presenta cuando existen varios competidores en pugna por un mismo objetivo (porción de mercado, captación de clientes, posición dominante), sin embargo, en el caso de servicios públicos la competencia se ve severamente reducida al ser servicios con características especiales no convoca la suficiente cantidad de agentes económicos para que se den las condiciones de oferta y demanda.

Esto se presenta en los casos de monopolios naturales, por ejemplo, en el servicio de agua o desagüe, el estado de la técnica a nivel tecnológico actualmente no provee los medios para la instalación de dos o más redes de alcantarillado en la ciudad que opere de manera eficiente.

En tal situación se contempló mas conveniente el planeamiento previo de una regulación estatal a través de la SUNASS como agente promotor de la competencia. Es decir, la calidad y los precios del servicio no han sufrido el filtro del proceso competitivo, sin embargo, cuando la competencia es factible, dadas las

circunstancias, resulta más adecuado establecer políticas que fomenten la competencia y el rol de árbitro del estado.

Concordante con la opinión Bullard, considero que la libre competencia generará beneficios a todos en la medida que se le permite surgir de manera espontánea, sin mayores limitaciones que aquellas estrictamente necesarias y, si se presentan las condiciones para que se desarrolle un mercado competitivo, no deberían imponerse políticas regulatorias *ex ante* pues desnaturalizaría todo el proceso. (BULLARD, 2003)

2.2. LAS AGENCIAS DE COMPETENCIA

El artículo 61 de la Constitución Política consagra el rol del Estado como facilitador y vigilante de la libre competencia, combatiendo toda práctica que la limite que haga uso abusivo de posiciones dominantes o monopólicas.

Como refiere el texto descrito, el Estado tiene una postura orientada a promover la competitividad en el mercado, de manera tal que no se permitan actos que la restrinjan o abusen de ella y cuya responsabilidad fue encargada al INDECOPI.

Es así que se instaura en el Perú un sistema de protección al consumidor independiente, autónomo, separado del Derecho Civil, como una rama especializada del Derecho Comercial que se basa esencialmente en las reglas surgidas de la costumbre, como lo señala el autor Carlos Vargas: *“En cuanto a las fuentes doctrinales hay que destacar que estamos ante un Derecho de formación*

eminentemente espontánea y popular, a la que no presta atención la doctrina jurídica culta de aquel tiempo, que se vuelca sobre el cultivo del Derecho romano y canónico -glosadores y posglosadores- y poco se ocupa de este ius mercatorum salvo para reflejar la constante preocupación moral de la época por el ejercicio de la actividad comercial y de las prescripciones canónicas de la usura.” (VARGAS VASSEROT, 2012)

El INDECOPI fue concebido como un agente de competencia, mas no como un ente regulador. La diferencia entre la regulación de mercados y las políticas de competencia radica en la estrategia, es decir, en la herramienta que el Estado decide utilizar para implementar el marco económico.

Como señala la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N°801, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI, para el desempeño de las tareas que se le han encargado y los objetivos que debe cumplir, opera mediante las acciones *ex post*, o, en otras palabras, mediante un control posterior.

Por otro lado, la regulación actúa en base a suposiciones (*ex ante*) de lo que ocurriría en el futuro, contempla –reglamenta- situaciones antes de que sucedan e interviene en la medida que una situación determinada encaje dentro de esta *pre-concepción* de las cosas; por otro lado, las políticas de competencia, al actuar *ex post*, se aplican a situaciones que ya se han suscitado y tan sentido su intervención consiste en determinar si aquel hecho infringe o no el ordenamiento jurídico.

En otras palabras, la regulación se justifica en la medida que existe un sector del mercado en el que la competencia no puede desarrollarse y por tanto la regulación sirve como una medida residual impulsada por el Estado con la finalidad de generar artificialmente las condiciones requeridas en un mercado competitivo.

En tal sentido, señala Bullard, que *“la regulación es una opción cuando no es posible esperar que surja competencia. Por el contrario, las políticas de competencia aparecen precisamente cuando la competencia es posible y solo hay que preservar que el proceso competitivo se desarrolle con transparencia”* (BULLARD, 2003).

Podemos afirmar que los organismos reguladores de servicios públicos tienen el encargo de intervenir de manera *ex ante* o previa en el mercado para suministrar el marco regulador necesario, a fin de promover nuevas inversiones, así como el ingreso de nuevos operadores, desarrollando al mismo tiempo mayores niveles de bienestar para los usuarios del servicio público. Por el contrario, el INDECOPI tiene el encargo de velar *ex post* por la defensa de la libre y leal competencia de todos los mercados de manera transversal, salvo aquellas que por ley han sido encomendadas a otras instituciones, tal es el caso de OSIPTEL y SUSALUD.

Las políticas de competencia tienen como principal función generar y mantener las condiciones de competencia existentes, mas no reemplazarlas. La intervención del Estado en estas políticas tiene un sentido residual ante la evidencia de un fallo en el proceso competitivo. Esta es la principal ventaja de las políticas de competencia,

pese a actuar posterior al fallo, es decir luego de ocurrido el daño, lo identifica y lo corrige, se basa en la evidencia empírica y toma acciones de mejora pertinentes.

En resumen, podemos afirmar que las políticas de competencia no reemplazan el mercado, sino lo mejoran; en cambio, los entes reguladores no mejoran el mercado pues este no existe, por tal motivo, se enfocan en los resultados: calidad y costos.

2.3. SERVICIOS PÚBLICOS

Sobre el particular, la doctrina peruana ha señalado de manera consensuada que la condición de “público” no es inherente a ninguna actividad o servicio específico, al margen de su demanda, sino que llega a ser tal a través de una declaración expresa por ley.

A opinión del autor Ramón Huapaya, no existen servicios públicos “inherentes” o “servicios públicos no declarados como tales por el legislador” en nuestro ordenamiento legal (HUAPAYA, 2015).

Una de las razones que justifica la regulación en el mercado es la calificación del servicio regulado como servicio “público”, por lo que conviene detallar los alcances de dicha cualidad, concordante con el régimen económico peruano.

Se puede afirmar que un servicio público tiene tal condición dado que su consumo no es consecuencia del ejercicio de la libertad del consumidor, no se ajusta a la

preferencia de un determinado segmento del mercado, sino que responde a una demanda común, general, de necesaria adquisición.

Para el autor Jorge Lazarte, un servicio público *“es un concepto instrumental, que permite al Gobierno contar con la facultad discrecional de conceder o no la explotación económica de una determinada actividad en el mercado. Así, las actividades que no requieran de una concesión del Gobierno, no serán servicios públicos”* (LAZARTE, 2001).

El Estado en estos casos cuenta con la potestad de determinar el acceso al mercado para la prestación de un determinado servicio y permitir su ejecución a un empresario a través de un régimen de concesiones.

Por ejemplo, servicios públicos por su trascendencia e interés común pueden considerarse el transporte urbano, provincial o interprovincial requiere permiso por parte del Estado, así como actividades extractivas como la mina o el petróleo requieren de una licencia de explotación.

En tal sentido, señala el autor Jorge Lazarte que *“el único motivo que justifica el sometimiento de una determinada actividad al otorgamiento previo de una concesión gubernamental dentro de un sistema económico como el peruano, debe estar restringido a aquellas actividades cuyo acceso al mercado se encuentra restringido por razones de índole técnico-económico”* (LAZARTE, 2001).

En efecto, se justificará una regulación si el mercado cuenta con una o más de una falla (externalidades, costos de transacción, monopolios, asimetría informativa, existencia de bienes públicos) que impide el libre y normal desenvolvimiento del proceso competitivo, como por ejemplo los altos costos de equipamiento e implementación para brindar el servicio (redes de alcantarillado, antenas de telecomunicaciones, vías ferroviarias, aviones). Solo en estos casos se hace necesario la intervención del Estado a través de concesiones.

Además, como lo sostiene el autor Bullard: *“la regulación, al tener que contemplar todo ex ante, suele ser más costosa que las políticas de competencia. Las primeras son sectoriales y si uno compara las dimensiones en términos presupuestales de un regulador (que solo cubre un sector) con las dimensiones de una agencia de competencia (que cubre todos los sectores) descubrirá las diferencias en términos de costos de la acción estatal en uno u otro caso. Los entes reguladores suelen tener más funcionarios por empresa regulada que las agencias de competencia por empresas sujetas a su jurisdicción.”* (BULLARD, 2003)

2.4. SERVICIOS PÚBLICOS ECONÓMICOS

El concepto de lo que es un servicio público ha ido evolucionando con el tiempo y se habla ahora de una nueva noción del mismo que adopta un tono económico concordante con el régimen económico liberal vigente.

Para el autor Gaspar Ariño (GASPAR, 2004), los servicios públicos se construyen en mercados incompletos o imperfectos, es decir, existen pocos agentes que

proveen el servicio y que forman industrias no competitivas, generándose por tanto monopolios naturales.

Para el mencionado autor, este factor crea la necesidad de introducir competencia en estos mercados con la finalidad de proveer a los consumidores de una mayor y variedad y calidad de servicios que le permita tomar decisiones de consumo más idóneas, sin afectar el principio de participación subsidiaria estatal. En consecuencia, el Estado debe generar un sistema de incentivos que influyan en las decisiones de los privados para que sean estos quienes asuman la prestación y formen los mercados competitivos.

La titularidad estatal también se descartaría en tanto no existe tal cosa como competencia estatal, siendo el Estado un único agente fuera de todo proceso competitivo.

En base a ello, el autor Ramón Huapaya aborda el tema de los servicios públicos y le agrega un elemento económico, con la finalidad de sumar dinamismo y eficiencia a este tipo de actividades, en tal sentido, el autor señala lo siguiente:

“(...) los servicios públicos económicos en sentido estricto y objetivo, serán actividades económicas de base privada o entregadas en todo caso a la iniciativa privada, sujetas a regulación económica implementada por el Estado, en orden a cumplir con los objetivos del marco legal del servicio, sin importar si es el Estado por medio de una empresa pública quien lo presta, o de lo contrario, si es que estamos frente a un prestador privado del servicio, con la condición de que se

cumpla efectivamente con las diversas normas sectoriales que reflejan las viejas leyes de Roland de la regularidad, continuidad, igualdad, universalidad y progresividad en la prestación, en orden a satisfacer necesidades básicas o esenciales de la sociedad en conjunto, y permitir el desarrollo del conjunto de los servicios y actividades económicas que se montan sobre la infraestructura social levantada por medio de los grandes servicios públicos” (HUAPAYA, 2015).

Debe resaltarse que el rol principal que debe desempeñar el Estado es ser garante del libre ejercicio de las libertades; sin perjuicio de ello, el autor Esteve Pardo resalta que no se trata del garantismo tradicional, sino de un nuevo garantismo: “*el de los intereses generales frente a la actividad de unas empresas privadas que operan en régimen de mercado y competencia en unos sectores de una relevancia fundamental para la sociedad y los ciudadanos.(...) Pero no sólo se trata de garantizar los intereses generales frente a unos operadores privados que actúan con parámetros de mercado. La regulación debe también guardar distancias frente a los gobiernos y las Administraciones Públicas para evitar dicha promiscuidad e interferencia de objetivos políticos y otros de carácter partidista y electoralista que se han detectado e identificado como una de las causas principales de las disfunciones y crisis del régimen tradicional de los servicios públicos bajo titularidad pública. Por ello el poder de regulación requiere de una posición independiente y distante, tanto de los operadores privados como del gobierno y de las Administraciones. De ahí la relevancia del elemento subjetivo de la regulación que necesita de instancias, autoridades o agencias independientes en donde ejercerla”.* (PARDO, 2015).

Esta nueva concepción de servicio público exige al Estado una intervención moderada en el mercado, priorizando el interés general sin desincentivar la inversión privada y la competencia entre los proveedores; pero, esencialmente, transparente e independiente. No hay mejor reto para los entes reguladores que distanciarse de grupos empresariales que pretenden –constantemente- su captura.

Esta concepción de regulación resulta ser más coherente con el espíritu del libre mercado, pues –como su nombre indica- parte de la premisa que hay un factor imprescindible para diseñar un marco regulatorio.

3. LA ECONOMÍA COLABORATIVA

3.1. DEFINICIÓN

En el contexto de economía social de mercado instaurada en el Perú se da apertura a nuevas formas de contratación que mejoren la calidad de vida de las personas.

A lo largo de la historia, las innovaciones tecnológicas han causado un impacto significativo en la sociedad, generando cambios estructurales en la economía, creando nuevas actividades empresariales, oficios profesionales, hábitos de consumo, entre otros. Es inevitable ahora reconocer que las tecnologías de la información y las comunicaciones de la mano con el internet han revolucionado la forma de convivencia de la sociedad.

Este fenómeno tecnológico no es uniforme, sino que contempla distintas modalidades de interacción entre los individuos participantes. El Comité de las Regiones de la Unión Europea (Comité de las Regiones, 2015) establece una clasificación de cuatro tipos de economía colaborativa, que se describen a continuación:

- La economía de acceso o *access economy*, son aquellas iniciativas cuyo modelo de negocio implica la comercialización del acceso a bienes y servicios, no su posesión. Se trata de un alquiler temporal y no de una venta definitiva.
- La economía de los trabajos ocasionales o *gig economy*, que son iniciativas de trabajos esporádicos cuya transacción se hace a través del mercado digital.
- El consumo colaborativo o *collaborative economy*, para iniciativas que promuevan un enfoque de colaboración entre pares y/o en la que los usuarios se involucren en el diseño del proceso productivo o bien se transformen los clientes en una comunidad.

Como vemos, la economía colaborativa involucra diferentes tipos de intercambio de bienes y servicios realizados a través de plataformas digitales en el internet. Estas transacciones incluyen una amplia gama, desde aquellas transacciones guiadas por el mero placer o deseo de compartir hasta aquellas motivadas por un ánimo de lucro, siendo esta última el objeto del presente trabajo.

Dadas tales circunstancias, la economía colaborativa puede ser definida como la venta, intercambio o cesión de productos o servicios, principalmente por parte de individuos, mediante plataformas tecnológicas en línea que permiten la conexión y gestión de la relación entre proveedores y los consumidores (..) usando proveedores medios propios, disponiendo de autonomía para organizarse y sin alcanzar el tamaño de una pyme”. (BULCHAND, J. y MELIAN, S., 2018)

3.2. EL APOORTE DEL INTERNET

El crecimiento del Internet y la tecnología de la información abren la posibilidad de que las necesidades y los intereses de los consumidores sean satisfechos de una manera más rápida y eficiente pues expande el rango de bienes y servicios y la información accesible a los consumidores. (SWAMSON, 2014)

Entonces, según indica el autor John C. Moorhouse: *“en la medida que la regulación está basada en la afirmación que los consumidores carecen de adecuada información, el caso de la intervención del Gobierno se ve debilitado por la capacidad poderosa y sin precedente del Internet de proveer información puntual al consumidor”* (MOORHOUSE, 2003).

En términos hipotéticos, en palabra del autor Fredy Escobar, *“si algún día el mercado se tornase perfecto y la información fluyera de manera óptima, no existiría fundamento constitucional alguno para proteger al consumidor”*; ni mucho menos habría motivo que justifique la construcción de una regulación específica sobre la materia. (ESCOBAR, 2010)

Debemos tener presente que el sistema de protección al consumidor se construye sobre la base del fenómeno denominado asimetría informativa y la necesidad de eliminarla o reducirla, por tal motivo, una herramienta como el internet cuyo principal objetivo es acceder a información no debe ser limitada más bien apoyada y promovida. (FEDDY ESCOBAR, 2010).

Como explicábamos líneas arriba, la innovación tecnológica ha contribuido en la reducción de costos de transacción, el tránsito fluido de información y el dinamismo constante son elementos característicos de la economía compartida, en tal escenario, el Internet se convierte en su ingrediente más importante.

En tal sentido, en opinión del autor Juan Montero, para quien *“Las nuevas tecnologías están permitiendo una nueva ola de reducción de los costes de transacción. Las plataformas pueden identificar la demanda en tiempo real, localizar geográficamente al demandante, y casar la demanda con la oferta mejor situada para atender en el acto la petición. Además, toda esta intervención se realiza de forma automatizada, con unos costes marginales cercanos a cero. Surge así un nuevo modelo de negocio, la plataforma electrónica que se caracteriza por intermediar entre prestadores y receptores de servicios (...). Mercados que se estructuraban de forma tradicional (...) pasan a estructurarse como mercados multilaterales, en los que unos hacen uso de un tercero, una plataforma, para que medie en la contratación de sus servicios por los consumidores. El nuevo modelo es más eficiente, ya que las nuevas tecnologías permiten incorporar al mercado nuevos prestadores, recursos ociosos y, en general, contratar de forma más*

eficiente, casando la demanda con la oferta mejor situada para satisfacerla”
(MONTERO, 2017).

En este punto es preciso resaltar el rol fundamental que ha cumplido el Internet en el surgimiento y desarrollo de la economía de pares, siendo incluso calificada como una especie de comercio electrónico.

3.3. EL CRECIMIENTO DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA

Si bien este mercado es relativamente nuevo, gracias a las innovaciones tecnológicas en materia de telecomunicaciones, su crecimiento ha sido rápido, empresas como UBER o AIRBNB cuenta con millones de usuarios operando en cientos de ciudades a nivel mundial y valorizadas en billones de dólares.

No obstante, pese a su crecimiento y popularidad, no hay una definición única que describa plenamente sus caracteres. Podemos afirmar que la economía de pares o colaborativa es un espacio que permite o facilita la interrelación de individuos (vendedores y compradores) que comparten e intercambian activos y que no tienen la categoría de proveedores, empresarios o comerciantes.

Según el autor 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”* (MATEU, 2000).

Es así que la economía compartida encaja dentro del comercio electrónico entre pares (*Peer to Peer-P2P*), pues quienes contratan son sujetos entre sí en una relación horizontal.

Ahora bien, existen varios motivos que explican el apogeo de este nuevo modelo de negocios, algunos de los que podemos destacar son los siguientes:

- a) Permite la re-utilización de las cosas, es decir, el uso de autos, cocinas, apartamentos y propiedades de titularidad de otras personas, explotando al máximo su capacidad productiva.
- b) Al reunir una gran cantidad de vendedores y compradores, hace que la oferta y demanda de cada mercado sea más competitivo.
- c) Reduce costos de transacción, esto es el costo de encontrar personas con quien contratar y el detalle de la cosa demandada, es decir, amplía los márgenes del mercado.
- d) Permitiendo que usuarios realicen comentarios calificando la calidad del producto y servicio brindado, disminuye el problema de asimetría de información entre proveedores y consumidores.

Estos factores ayudan al bienestar de los consumidores al permitirles tener acceso (literalmente a través de sus teléfonos móviles inteligentes) a una más grande variedad de productos y servicios, mejores precios y variada calidad.

Ciertamente este tipo de transacciones ha sido calificado como economía de pares por la participación de personas que la misma condición económica (no proveedores); sin embargo, al exigir un pago por una determinada prestación, este tipo de transacciones tiene una connotación comercial, dado que hay una recompensa económica por la prestación de un servicio o la dación de un producto. En consecuencia, al margen de la denominación que se use, no puede soslayarse que el comportamiento de los participantes de estas transacciones asemeja a la de una relación de consumo.

3.4. PLATAFORMAS DE INTERMEDIACIÓN DIGITAL (PID)

Las PID se pueden definir como los espacios digitales o electrónicos que funcionan en el ciber espacio y en las que tienen lugar transacciones u operaciones económicas bilaterales o plurilaterales que celebran entre agentes que logran conectarse o contactarse a través de ellas. (VAISMAN-ARAUJO, 2018).

Cuando se habla de intermediación en el campo de la tecnología, el servicio al que se hace referencia es la provisión de información que permita poner en contacto a los usuarios que se interconecten a través de la plataforma virtual (Internet).

Cabe destacar Al autor Rodríguez Marín para quien, en el campo de la economía compartida existen dos tipos: (i) la economía colaborativa; y, (ii) la economía bajo demanda.

Para el referido autor, “*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*” (MARIN, 2016). Tal es el caso de Este es el caso de Uber o Airbnb.

Mientras que la economía bajo demanda será 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*” (MARIN, 2016). Tal es el caso de Fandango o Domicilio.com.

Al verificar la definición antes descrita, se puede rescatar tres sujetos que conforman la economía colaborativa: (i) los oferentes (prestadores del servicio subyacente); (ii) los demandantes (consumidores); e, (iii) intermediarios (los titulares de las PID).

3.5. LA RESPONSABILIDAD CIVIL APLICADO A LAS PLATAFORMAS DE INTERMEDIACIÓN DIGITAL (PID)

Para efectos del presente trabajo, trataré los puntos sobre la responsabilidad civil que mayor injerencia tienen en el tema postulado.

3.5.1. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL: CONTRATOS DE ADHESIÓN

La Revolución Industrial trajo consigo avances tecnológicos que introdujeron nuevas formas de comercialización y producción de bienes a nivel masivo. Dicha masificación obligó a la realización de contratos masivos “estándar” que permitirían reducir los costos que tradicionalmente involucraba la celebración de un contrato: exposición de términos y condiciones, reuniones de negociación, elaboración del contrato, revisión de los contratos por sus respectivas áreas legales, pago de honorarios profesionales (abogados, contadores, economistas, etc.) y que en un contexto como el descrito resultaba inviable.

Según el autor 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. (...)”. (BULLARD, 1989)

Las relaciones de consumo que se producen en el contexto de una economía colaborativa, comercio electrónico, se producen de manera masiva, por tal condición, se recurre a los contratos de adhesión, específicamente por las plataformas digitales de intermediación.

Para responder a este fenómeno se crean los contratos de adhesión y las cláusulas generales de contratación, por el cual, según el artículo 1390 del Código Civil, 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.

Esencialmente, el contrato de adhesión involucra que solo una de las partes contratantes se encargue de establecer previamente de los términos y condiciones contractuales, quedando la otra parte en la posición de aceptar o rechazar tales estipulaciones.

En la realidad, dicha forma de contratación se ha materializado en las relaciones entre las empresas y los ciudadanos, entre proveedores y consumidores, como una forma de reducir los costos de negociación que trae consigo la celebración de contratos tradicionales, haciendo más dinámico el mercado.

La principal desventaja que tiene este tipo de contratación es que deja en desventaja a la parte que se limita a aceptar o rechazar el contrato, y con ello corre el riesgo de ser sometida a abusos por parte de las empresas.

Por tal motivo, el Estado cumple una función tuitiva frente a los posibles abusos que pueden cometerse en contra de los consumidores, a través de mecanismos tal como la regulación contractual (aprobación administrativa de cláusulas generales), la regulación gubernamental (OSIPTEL, SUNASS, OSINERGMIN, SBS, etc.); así como también, es diligencia de los consumidores informarse antes de suscribir cualquiera de este tipo de contratos.

3.5.2. ECONOMÍA COLABORATIVA Y RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

La responsabilidad civil es una alternativa para abordar la problemática planteada, toda vez que está claro que entre el usuario consumidor y el prestador del servicio subyacente no existe un contrato propiamente dicho.

Para determinar responsabilidad deben analizarse los siguientes elementos: el daño, el hecho generador, la relación de causalidad y los criterios de imputación. En el caso de los eventos productos producto de un contrato, transacción u operación colaborativa, es interesante analizar el comportamiento del elemento causal.

El autor Guido Alpa señala que el nexo causal o la causalidad cumple distintas funciones, ya no únicamente reconstruir los sucesos y la consecución entre el daño ocurrido y la respectiva responsabilidad, sino, además, para precisar el segmento de los daños resarcibles, en otras palabras, sirve para identificar al sujeto imputado y para calcular el daño resarcible. (ALPA, 2006)

El Código Civil peruano en el artículo 1985 exige que la relación de causalidad debe ser adecuada, que como expresa el autor Calabresi, ocurre cuando el acto imputable eleva la probabilidad de que el daño o siniestro ocurra. (CALABRESI, 1996)

Como vemos, las conductas imputadas por las reglas de la responsabilidad civil requieren varios elementos que sirven para configurar el supuesto tutelable, sin embargo, en el caso de las operaciones o transacciones de una economía colaborativa, las conductas son homogéneas pues parte de una raíz común: las PID.

Como explicábamos líneas arriba, unas de las características de las operaciones que se realizan a través de PID es que son masivas, análogas, semejantes; además, las PID cuentan con un alto grado de experiencia y especialización en materia de información, específicamente tecnología.

Evidentemente, si por un lado tenemos a una empresa con experiencia en el mercado que brinda un servicio para el público general, y por el otro se

encuentra un usuario que contrata tales servicios sin mayor injerencia en el negocio, resulta que estamos ante la presencia de una relación de consumo.

Si bien pueden aplicarse las reglas de la responsabilidad civil para el caso de fallas o defectos en la prestación de un servicio colaborativo, lo cierto es que al ser operaciones con alcance masivo, surge, como en un principio, la necesidad de dotar de eficiencia al mercado a través de una regulación especial dentro de los márgenes de la normativa de protección al consumidor.

3.5.3.RELACIÓN PRESTADOR DEL SERVICIO (SUBYACENTE) / CONSUMIDOR FINAL

Existen tres tipos de contratos que tienen lugar en una operación a través de PID: (i) el contrato celebrado entre la PID y los usuarios prestadores del servicio subyacente (por ejemplo, conductores y anfitriones); por otro lado, está (ii) el contrato entre la PID y los consumidores; y luego está (iii) el contrato suscrito entre el prestador del servicio subyacente y los consumidores.

Es importante tener presente los alcances del concepto de relación de consumo, en tanto ello determinará en cuál de los supuestos anteriores aplicamos la normativa de protección al consumidor.

En primer lugar, está la PID que publicita de manera electrónica la oferta de determinados servicios; en segundo lugar, están los usuarios que deciden

suscribirse a la PID para ofrecer servicios a un determinado costo; y, por último, los usuarios contratantes que deciden suscribirse a la PID para adquirirlos. En este esquema, el consumidor es el último usuario, el mismo que no ha tenido parte en el diseño de la PID ni en el precio ofertado, en otras palabras, el usuario que se suscribe a la PID para adquirir un servicio no tiene injerencia directa o relevante en ninguna de las etapas previas de la contratación.

En consecuencia, podemos evidenciar que en los contratos, relaciones u operaciones realizadas en lo que se ha denominado economía colaborativa, se presentan elementos propios de una relación de consumo a la luz del Código de Protección y Defensa del Consumidor, específicamente entre el oferente o el prestador del servicio subyacente y el usuario contratante o consumidor, siendo la PID una herramienta accesoria que facilita su encuentro.

Cabe resaltar que la relación entre los usuarios o consumidores con los prestadores del servicio subyacente no podría calificarse como un contrato de adhesión, toda vez que ninguno de los dos tuvo parte en la elaboración de las cláusulas contractuales generales, por lo que no son aplicables las reglas de responsabilidad civil.

Podemos citar al autor David Ordoñez, quien acertadamente distingue que en las plataformas digitales de intermediación intervienen más de una empresa de naturaleza distinta: *“las empresas que intervienen en el comercio electrónico, los denominados operadores del comercio electrónico, pueden*

ser (...) los prestadores de servicios establecidos o los prestadores de servicios intermediarios” (ORDOÑEZ SOLIS, 2014).

El aporte es importante pues identificamos que la problemática se halla en la dificultad de determinar el agente responsable en las transacciones colaborativas estudiadas, sin embargo, ya hace algunos años el INDECOPI viene pronunciándose al respecto concluyendo que entre las plataformas digitales de intermediación y los consumidores finales no existe una relación de consumo respecto al producto o servicio directamente prestado.

En este sentido, la Comisión de Competencia Desleal consideró en la Resolución N° 099-2015/CD1-INDECOPI que: *“(…) 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”.*

Asimismo, en la Resolución N°085-2017/CC3-INDECOPI la Comisión de Protección al Consumidor considera a las PID de servicio de taxi como un comercio virtual, por la que se conectan usuarios en necesidad de transporte y conductores dispuestos a satisfacer dicha necesidad con sus propios recursos.

Por lo antes expuesto, una de las primeras conclusiones a las que podemos arribar en esta sección es que entre las PID y los consumidores no existe una relación que pueda calificarse como consumo respecto al servicio subyacente determinado (transporte, alojamiento, alimentación, etc.) dado que su función no es la de prestar el referido servicio, sino la de facilitar su acceso, intermediar entre los agentes interesados.

Responsabilizar legal y administrativamente a las PID por un servicio que estas no prestan directamente tendría como consecuencia la desnaturalización de este modelo de negocios.

3.6. LA REGULACIÓN DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES DE INTERMEDIACIÓN

El Perú no ha sido ajeno a las iniciativas de regulación gubernamental del servicio de intermediación prestado a través de plataformas electrónicas, en el año 2016 se propuso el Proyecto de Ley N°1505/2016-CR, denominada “Ley que crea y regula el servicio privado de transporte a través de plataformas tecnológicas” con la finalidad de brindar el marco legal para la prestación del referido servicio, así como también brindar los incentivos adecuados para mejorar su calidad e identificar el rol que cumplen y las responsabilidades que asumen el operador de la PID y los usuarios del mismo.

En aquel entonces se solicitó opinión al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, ente competente para emitir pronunciamiento técnico sobre la

materia, el cual mediante el Informe N° 542-2017/MTC/15.01 y el Informe N° 3017-MTC/08 concluyó lo siguiente:

“INFORME 542-2017-MTC/15.01

“(...

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

(...

4.1. Las operaciones de los denominados “App-Based Ride and Taxi Services” o “Commercial Transport APP –CTA”, que en español serían los servicios de transporte o taxi vía aplicaciones, ha sido motivo de diversos esquemas de regulación en la experiencia internacional.

4.2. La regulación nacional y local vigente no contiene un marco legal para este tipo de operaciones, pero sí un marco para la prestación del servicio de taxi, considerándolo como un transporte de carácter público.

4.3. Al respecto, consideramos que el enfoque que debe darse a la actividad que realizan las empresas que operan plataformas tecnológicas para contactar un servicio de taxi, es el de considerarlas como entidades de servicios complementarias al transporte, en los términos en los que las define el literal e) del artículo 2 de la Ley General de Transporte y Tránsito, de forma tal que su regulación se plasme, no en una norma con rango de ley, sino de un reglamento de carácter nacional a ser emitido por este sector. (...)”

Como vemos, la opinión técnica concluye que el servicio que ofrecen las plataformas digitales de intermediación son esencialmente proporcionar información relevante a los consumidores respecto al producto o servicio que

adquirirán y la persona de quien lo recibirán, en tal sentido, la responsabilidad de aquellas plataformas se limita a las exigencias de veracidad, oportunidad, accesibilidad e idoneidad (apropiada) que exige la ley.

No obstante, la opinión técnica no precisa a los agentes que ofrecen servicios a través de las PID, que son las que entablan contacto directo con los usuarios consumidores adquirentes del servicio.

En tal sentido, corresponde evaluar qué rol debe desempeñar el Estado y qué tipo de acciones debe implementar para promover la competencia en este tipo de negocios de tal modo que beneficie y no perjudique a los consumidores.

3.7. POLÍTICAS REGULATORIAS Y SUS RIESGOS

Las políticas regulatorias han sido dirigidas frecuentemente por grupos empresariales influyentes presentes y en muchas ocasiones conectados a funcionarios de las mismas entidades reguladoras, con la finalidad de salvaguardar los intereses de aquellos particulares antes que el interés común; un fenómeno denominado “captura regulatoria”.

Estos grupos empresariales tienen una ventaja: la información, específicamente, la información técnica. Los proveedores manejan más información e irónicamente esa asimetría informativa es una de las razones que justifica una regulación, pero también explica el por qué la captura regulatoria existe. Como estos grupos están en mejor posición que el Estado de conocer los verdaderos costos que demanda el

servicio que prestan, los reguladores tienen cierta discreción respecto a la cantidad de esfuerzo que ponen en descubrir estos costos (KOOPMAN, MITCHELL, THIERER; 2015).

También sucede que, dado que los proveedores son quienes manejan más información sobre el mercado que el Estado y sus funcionarios, éstos últimos suelen recurrir a los primeros para obtener dicha información, pues no es posible regular algo de lo que no se tiene conocimiento, lo cual ha sido denominado como el fenómeno de la “*puerta giratoria*”.

Debido a este problema, regulaciones a menudo se convierten en barreras a la innovación y entrada del emprendimiento; además, la regulación a menudo disminuye la competencia, resultando en precios más altos, menos opciones, menor calidad en los servicios.

4. LA EXPERIENCIA EUROPEA

Las cortes europeas han abordado la problemática sobre la regulación de la economía colaborativa y su impacto en el mercado, brindando dos pronunciamientos aparentemente opuestos, pero que en realidad tienen mucho en común.

En la Sentencia de 20 de diciembre de 2017 (C-434/15), en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se discutió si el servicio de puesta en contacto con conductores no profesionales prestado por UBER está comprendido en los servicios en el ámbito de los transportes, como parte de la petición de interpretación prejudicial solicitada por el

Juzgado de lo Mercantil N° 3 de Barcelona que consideró necesario que se dilucide si esta empresa debe disponer de una autorización administrativa previa; y, si los servicios prestados por esta sociedad deben considerarse servicios de transporte, servicios propios de la sociedad de la información o una combinación de ambos tipos de servicios.

En dicha resolución, el Tribunal señala 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 transporte, que consiste en el acto físico de desplazamiento de personas o bienes de un lugar a otro mediante un vehículo.; en cambio, un servicio de transporte urbano no colectivo, como un servicio de taxi, debe ser calificado de «servicio en el ámbito del transporte.

Sin embargo, explica el Tribunal, esta aplicación va más allá que la sola interconexión entre conductores y viajeros, sino que además genera la propia oferta de transporte urbano, lo que permite acceder mediante herramientas digitales como UBER.

Es así que el Tribunal expresó lo siguiente:

39. 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. (Subrayado nuestro)

Por consiguiente, el Tribunal concluyó que 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, no responde a la calificación de servicio de la sociedad de la información.

Como se aprecia, para el caso de UBER, el servicio que en principio sirve para interconectar personas interesadas en transportarse de un lugar a otro, será entendido como el servicio de transporte *per se* en la medida que la empresa intermediadora realice **gestiones adicionales** a la mera interconexión y que resulten siendo imprescindibles para la prestación del servicio, de tal forma que, de prescindir de ellas, no se brindaría el servicio.

En este sentido, se verifica que UBER tiene control sobre la calidad de los conductores, la calidad del vehículo, incluso en la tarifa del servicio, por lo tanto, el servicio de intermediación se desnaturaliza y pasa a tener mayor incidencia en el servicio subyacente.

Por otro lado, a través de la Sentencia de 19 de diciembre de 2019, el mismo Tribunal se ha pronunciado respecto a la misma materia para el caso de AIRBNB. En este caso (C-390/18), el Tribunal de *grande instance* de Paris (Tribunal de Primera Instancia de París, Francia) solicitó la decisión prejudicial para que abordase asuntos de carácter jurídicos sobre lo que se ha denominado “servicios de la sociedad de la información”, específicamente el comercio electrónico

Esta petición se presentó en el contexto de un procedimiento penal contra AIRBNB en el que se le imputaban, entre otros, hechos relativos al manejo de fondos para actividades de intermediación y de gestión de inmuebles y fondos de comercio por una persona desprovista de tarjeta profesional, sin título habilitante de proveedor, vale decir, no profesionales.

No es materia de cuestionamiento que tanto UBER como AIRBNB brindan el servicio de intermediación a través de plataformas digitales, no obstante, los estudios realizados sobre la materia se han limitado en abordar la problemática enfocándose en la información sobre los determinados servicios que éstas proveen a los consumidores.

En principio, en el presente caso, para el Tribunal un servicio como el prestado por AIRBNB no resulta indispensable para llevar a cabo la prestación de servicios de alojamiento, dado que ambos disponen de otras muchas alternativas, como las agencias inmobiliarias, los anuncios clasificados en papel o en formato electrónico o incluso los sitios web de alquiler de inmuebles.

Asimismo, el Tribunal determinó que el servicio que brinda AIRBNB es dissociable de la transacción inmobiliaria propiamente dicha en la medida en que proporciona una lista estructurada de los alojamientos disponibles en la plataforma electrónica que correspondan a los criterios de las personas que buscan un alojamiento de corta duración, es decir, proporciona un instrumento que facilita la conclusión de contratos en futuras transacciones. Dicha lista, a criterio del Tribunal, es la nota característica de esta particular plataforma.

En tal sentido, el Tribunal señala que *“ni de la resolución de remisión, ni de la información que figura en los autos resulta que Airbnb Ireland determine o limite el importe del alquiler solicitado por los arrendadores que utilizan su plataforma. A lo sumo, pone a su disposición una herramienta opcional de estimación del precio de su arrendamiento en función de los precios medios del mercado en dicha plataforma, dejando a los arrendadores la responsabilidad de fijar el precio del arrendamiento.”*

Como se advierte en ambos casos, la responsabilidad sobre el servicio subyacente será determinada por el nivel de injerencia que tenga la plataforma para lograr la interconexión entre los pares. Si el servicio de intermediación se extiende más allá de la mera interconexión entre los pares, estaremos tratando de un servicio inherente al subyacente; del mismo modo, si el servicio de intermediación mantiene su naturaleza informativa por la que fue concebida, dicha responsabilidad se verá limitada.

5. PARALELOS: LAS ZONAS GRISES Y LOS USOS MIXTOS

En sumamente importante identificar cuándo estamos ante una relación de consumo y cuándo no, pues sobre la base de dicho binomio se erige el sistema de protección al

consumidor, no obstante, a menudo la tarea no es sencilla pues la asimetría informativa que caracteriza a una relación de consumo (proveedor-consumidor) del mismo modo se presentaba en la relación proveedor-microempresario, en donde ambos son proveedores.

Los microempresarios como su denominación indica son empresarios que realizan una actividad comercial, en otras palabras, son proveedores, sin embargo, su pequeña envergadura la hace también susceptible de sufrir asimetría informativa frente a otras empresas más grandes con quienes entra en contacto, comparable con los consumidores (finales) regulares, por lo tanto, pese a su condición de empresarios, la ley hizo una excepción y los consideró protegibles, siempre que se presente de forma clara la mencionada asimetría. Esta excepción es también referida en la doctrina como usos mixtos.

No es extraño que a menudo las situaciones de la realidad superen a la norma, lo que ha obligado a los tribunales, de manera supletoria, a realizar interpretaciones que se adecuen de alguna forma a los parámetros legislativos vigentes.

En la jurisprudencia de los tribunales del INDECOPI, específicamente en materia de protección al consumidor, la identificación del consumidor final en un conflicto es imprescindible para emitir un pronunciamiento dirimente. El debate ha transcurrido desde la concepción de un consumidor que adquiere productos y servicios únicamente para su entorno personal o familiar hasta aquel consumidor que puede ejercer actividad comercial, en la medida que se encuentre en una posición de desventaja informativa respecto al proveedor.

Es así que la noción de consumidor tutelable quedó establecido a través de diversos pronunciamientos emitidos por los tribunales del INDECOPI, como son los casos de Cheenyi vs. Kónica y Moquillaza vs Milne, que desarrollaremos sucintamente a continuación:

5.1. PRIMER PRECEDENTE VINCULANTE (Resolución N°101-96-TDC del 18 de diciembre de 1996)

Cheenyi era una empresa que se dedicaba a la comercialización de alimentos en el país y con la finalidad de mejorar su oferta adquirió un laboratorio fotográfico para brindar el servicio de revelado de fotografías, con garantía de un año. Al mes de su instalación en enero de 1995 por un técnico facilitado por Kónica, la empresa vendedora, la maquina presentó deficiencias mecánicas

Cheenyi aseveró que los técnicos de la empresa vendedora habían desmantelado el aparato y no la habían repuesto de vuelta por falta de repuestos, y Kónica complementó que se trataba de una de fábrica, específicamente en el proceso de embalaje. Cheenyi afirmó que Kónica le defraudó puesto que la garantía que le ofreció no había sido cumplida y que el área de post venta no le informó adecuadamente sobre el funcionamiento de la máquina adquirida, además la misma no contaba con los accesorios requeridos en caso se presenten defectos; por último, le estaría cargando los costos de toda la reparación: traslado de técnico, compra de repuestos.

Cheenyi denunció a Kónica por falta al deber de brindar un producto idóneo, sin embargo, la Comisión de Protección al Consumidor concluyó que la denuncia administrativa resultaba improcedente porque esta instancia no era la competente para conocer la materia, siendo la parte denunciante era un usuario que no calificaba como consumidor final a la luz del inciso a) del artículo 3 de la Ley N°716, Ley de Protección al Consumidor entonces vigente.

Cheenyi apeló argumentando que el texto legal que definía al consumidor, sujeto tutelable por el Estado, era un estándar que debía ser aplicado por la autoridad con flexibilidad salvaguardando las especiales circunstancias de cada caso particular en aras de no dejar desprotegido al consumidor. La denunciante sostenía que la Comisión había hecho una distinción que la norma no contemplaba.

Es así que la Sala de Protección al Consumidor, a través de la Resolución 101-96-TDC, del 18 de diciembre de 1996, confirmó el pronunciamiento de la Comisión estableciendo que, en la cadena de producción, el consumidor es el último eslabón, *“(...) es decir aquel que adquiere, disfruta o utiliza un bien o servicio, en principio, para la satisfacción de sus necesidades personales, familiares o de su entorno social inmediato”*.

Por lo tanto, un consumidor no tutelado por la ley será aquel que adquiere un producto o servicio para darle un uso comercial, es decir, el uso que le daría un proveedor para su propio giro comercial.

Sin perjuicio de ello, el mismo tribunal admitió que *“debe reconocer que el principio, tal como ha sido enunciado, puede enfrentarse a zonas grises, en las que no es sencillo determinar con toda precisión si el valor del bien se agota o no con su uso por el destinatario. Ello ocurriría, por ejemplo, con el caso de quien adquiere un bien para su uso simultáneo como consumidor final y como proveedor. El padre de familia que utiliza el automóvil familiar como taxi en sus horas libres o la madre de familia que usa una máquina de coser para prestar el servicio de confección de vestidos son ejemplos gráficos de este supuesto.”*

Como notamos, la resolución mencionada marcó un precedente importante para el desarrollo del concepto de consumidor tutelable considerando el uso o destino que le brindaba el adquirente al producto como factor determinante.

Cabe resaltar que el pronunciamiento no trata únicamente de la definición de consumidor, sino la de relación de consumo en general, toda vez que se establecen los parámetros para determinar el concepto de proveedor del mismo modo.

Posteriormente, con la Ley N°28015, Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 3 de julio de 2003, la figura del microempresario adquiere cobertura legal especial, lo cual fue recogido en el caso Moquillaza vs Milne que aborda el tema del consumidor tutelable, pero ya no desde una perspectiva del uso o destino del producto o servicio adquirido, sino desde los parámetros de la asimetría informativa.

5.2. SEGUNDO PRECEDENTE VINCULANTE (Resolución N°0422-2003/TDC-INDECOPI, de fecha 3 de octubre de 2003)

Reynaldo Moquillaza S.R.L. denunció a Milne & Co. S.A., al haberle vendido un vehículo por un valor ascendente a US\$50,000.00 dólares, en febrero de 2021, sin embargo, cuando se sometió a pruebas en la carretera se advirtieron ruidos dentro de la carrocería que no pudieron resolverse tras varios internamientos en el servicio técnico de Milne.

El denunciante señaló que el vehículo en cuestión había sido adquirido para ser utilizado con propósitos empresariales propios de su giro comercial, y que además serviría fines personales del representante de la empresa, como por ejemplo, transporte familiar, esto último, fuera del horario de trabajo.

La Comisión de Protección al Consumidor, mediante Resolución 294-2002-CPC, del 24 de abril de 2002, concluyó que la denuncia era fundada la denuncia por incumplimiento al deber de idoneidad establecidos en el literal b del artículo 5 y en los artículos 8 y 15 de la Ley de protección al Consumidor (derogada), ordenando a Milne que cumpliera con reparar el vehículo y, en caso las deficiencias no pudieran ser superadas, entregue al denunciante un vehículo igual o de similares características al adquirido inicialmente por Moquillaza; o, la devolución del dinero pagado por el mismo.

Milne apeló la decisión argumentando que Moquillaza no debió ser calificada en la categoría de consumidor final, por lo que la denuncia debió ser declarada

improcedente; no obstante, la Sala confirmó la posición de la Comisión al sustentar que la protección que merece el consumidor se justifica por la desventaja en la que se encuentra respecto al proveedor, provocada por la distinta calidad y cantidad de información con la que cuentan ambos, tal supuesto “(...) *se manifiesta desde la propia existencia de la ciencia de la mercadotecnia como un conjunto integral de estrategias construido para colocar los productos en el mercado*”.

Dicha desventaja siempre colocará al consumidor en una posición de desventaja respecto al proveedor, con conocimiento más especializado en lo técnico y empírico sobre la materia de transacción..

En aquel entonces, durante la vigencia del Decreto Legislativo N°716, la teoría de los usos mixtos sirvió para diseñar un nuevo concepto de consumidor tutelado incluyendo en el a los microempresarios, tal es así que en el Documento de Trabajo 001-2000 del INDECOPI: Fortalecimiento del Sistema de Protección al Consumidor: Diagnóstico y propuesta sirvió como referente para la fundamentación de la resolución analizada.

En el documento mencionado se señaló lo siguiente: “(...) *es importante hacer notar que es precisamente en el sector de las Pymes en donde se van a presentar con frecuencia los casos de uso mixto, la zona gris, debido fundamentalmente a que en esos niveles de actividad económica, esta no es fácilmente separable de la vida personal o familiar de las personas que la conforman. De forma tal que en el núcleo familiar o personal de los individuos los bienes son empleados indistintamente por las personas para su uso o disfrute personal o familiar y para desarrollar una*

actividad comercial. Como ya quedó dicho, en estos casos se tendrán que aplicar los criterios mencionados párrafos arriba a fin de definir si el ámbito de tutela puede extenderse a los problemas derivados de sus relaciones de consumo. Probablemente, el criterio que solo limita la exclusión del ámbito de protección a aquellos usos exclusivos como proveedor, pueda permitir atender problemas derivados de las transacciones que realizan las Pymes". (Subrayado nuestro)

El mismo criterio ha sido esgrimido por la Sala en resoluciones que tuvieron lugar ya entrada en vigencia el actual Código de Protección al Consumidor, como es el caso de la Resolución 2960-2013/SPC-INDECOPI y la Resolución 1659-2016/SPC-INDECOPI.

Con estos avances entra en vigencia en el año 2010 el Código de Protección y Defensa del Consumidor que introduce expresamente la figura del microempresario como consumidor tutelable, en la medida que evidencie una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios que no formen parte del giro propio del negocio, plasmado de la siguiente manera:

Ley N°29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor. - Artículo IV.-
Definiciones. - Para los efectos del presente Código, se entiende por: 1. *Consumidores o usuarios (...)* 1.2 *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.*

Como se evidencia, la relevancia de la teoría de los usos mixtos tiene impacto en los conceptos fundamentales del sistema de protección al consumidor, a tal punto que ha impulsado leyes con el objetivo de brindar cobertura a los consumidores ante situaciones de ambigüedad como las que las zonas grises nos presenta.

Hasta este punto podemos sintetizar que, a efectos de considerar una transacción comercial enmarcada en la ley de protección al consumidor, se deben considerar varios factores desde dos perspectivas: el uso o destino final del producto o servicio adquirido; y, sumado a ello, la cualidad de microempresario del adquirente.

En este contexto, surge la economía colaborativa que con la introducción de la figura del intermediador a través de plataformas digitales posibilita la realización de transacciones comerciales a menor costo, desconfigurando el modelo tradicional consumidor-proveedor.

Ante la falta de regulación sobre la materia por parte del Estado, los tribunales del INDECOPI abordaron la problemática de distintas formas, aportando conceptos importantes que coadyuvan a suplir el vacío legal.

6. JURISPRUDENCIA NACIONAL RELEVANTE RESPECTO A LAS PLATAFORMAS DIGITALES DE INTERMEDIACIÓN

6.1. RESOLUCIÓN N°1202-2016/SPC-INDECOPI

En la resolución en cuestión, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del INDECOPI concluyó que el caso de presunta falta al deber de idoneidad producido por la contratación de un servicios de transporte a través del aplicativo Easy Taxi podía ser conocido por el Órgano Resolutivo de Procedimientos Sumarísimos de Protección al Consumidor, bajo el fundamento de que estas prestan el servicio de “transporte urbano de pasajeros.

Sin perjuicio de ello, la Sala no analiza a fondo la naturaleza del servicio prestado por UBER ni desarrolla las características que definen el servicio de intermediación, sino solamente dilucida conflicto de competencias entre dos órganos resolutivos en materia de protección al consumidor: el Órgano Resolutivo de Procedimientos Sumarísimos y la Comisión de Protección al Consumidor, refiriéndose de manera amplia que la actividad en cuestión está vinculada, de manera complementaria y no directa, al servicio de transporte urbano de pasajeros.

Soy de la opinión que el pronunciamiento comentado no resaltaba las diferencias entre el servicio de intermediación que brindan las plataformas virtuales del servicio que es prestado finalmente al consumidor.

6.2. RESOLUCIÓN N° 0084-2020/SDC-INDECOPI

El 9 de julio de 2018, la Asociación de Consumidores Indignados Perú interpuso una denuncia contra Uber Perú S.A. y Uber B.V. por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto previsto en el artículo 14 del Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia

Desleal argumentando que aquellas prestan el servicio de taxi a través del aplicativo móvil “Uber”, el cual se encuentra disponible para teléfonos móviles inteligentes, sin embargo, ambas empresas no cuentan con las autorizaciones, licencias o títulos para prestar el servicio de taxi, lo cual genera un desbalance competitivo en el mercado en perjuicio de los demás empresarios del transporte.

Sobre el particular, el INDECOPI concluyó que la actividad del emplazado es únicamente conectar usuarios que sí realizan actividad de transporte con otros usuarios solicitantes de dicho servicio, que no implica brindar el servicio de transporte en sí mismo; en consecuencia, declaró infundada la denuncia en este extremo.

Hasta este punto es claro que las plataformas digitales de intermediación brindan fundamentalmente un servicio de interconexión entre los usuarios que realizan transacciones comerciales de manera informal.

7. PERSPECTIVA DESDE EL FACTOR DE LA HABITUALIDAD

El Código de Protección y Defensa del Consumidor nos brinda algunos conceptos que se podrían utilizarse para fundamentar o complementar la propuesta de solución, como por ejemplo el concepto de habitualidad para determinar a un proveedor.

El artículo IV del Título Preliminar del Código de Protección y Defensa del Consumidor define como “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”

La habitualidad de los servicios que brinda el usuario de las plataformas digitales o prestador del servicio subyacente a los consumidores finales es un factor determinante en la labor de la fijación de la relación de consumo.

Sobre el particular, en la Resolución N°722-2016/CC2 la Comisión de Protección al Consumidor N°02 desarrolla esta característica señalando que la habitualidad no se mide por el monto o naturaleza de la actividad ni por el número de transacciones realizadas, sino por su continuidad, constante, y sobre todo con la intención o vocación de permanecer en el mercado.

En aquel caso, la denunciante (arrendataria) presentó como prueba un correo electrónico que mantuvo con la denunciada (arrendadora) en el que ésta última le comunica la causa del incremento de la renta. De tal documento se verifica que la emplazada no realizaba una actividad ocasional, esporádica o espontánea, sino permanente (mensualmente), por lo que la Comisión concluyó, correctamente, que se trataba de un proveedor del servicio de hospedaje, y por tanto se configuraba la relación de consumo.

Ahora bien, en la práctica, la habitualidad de una determinada actividad requiere ser identificada y comprobada por la autoridad, no es un dato que se presume, sino que debe estar debidamente acreditado a efectos de establecer la relación de consumo a evaluar; además, de ello depende la procedencia de la reclamación.

En tal sentido podríamos afirmar que la cantidad de transacciones realizadas de un determinado servicio es evidencia de la vocación de permanencia en el mercado, más no lo contrario.

En este orden de ideas, se podría llegar a la conclusión que, en la medida que se compruebe que una persona natural está realizando una actividad comercial habitual, esto es, con vocación de permanencia en el mercado, estaremos frente a un proveedor conforme a los parámetros establecidos por el Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Sin perjuicio de lo acotado, consideramos que no resulta suficiente limitar el análisis de la habitualidad exclusivamente a un concepto subjetivo como la “vocación”, pues es una tarea casi imposible saber de manera fehaciente las motivaciones personales de los individuos. Dicha vocación, en última instancia, deberá ser comprobada sobre la base de información objetiva, es decir, documentos que demuestren que la actividad realizada por la persona es habitual, continúa y busca un aprovechamiento lucrativo.

Como bien precisa el autor Sharon Vaisman-Araujo respecto a la vocación de permanencia en el mercado: *“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”*; lo cual complicaría mucho más la labor del INDECOPI para resolver el asunto. (VAISMAN-ARAUJO, 2018)

Por tales motivos, el análisis de la habitualidad de un servicio provisto por una persona natural exigirá un examen objetivo sobre la base de documentos que brinden la suficiente certeza para determinar cuándo estamos ante un proveedor; para cuyo efecto, consideramos conveniente indagar en la naturaleza de los contratos que estos proveedores celebran con las plataformas digitales más usadas y reconocidas en el Perú: UBER y AIRBNB.

7.1. UBER

La plataforma electrónica Uber presta, mediante una aplicación para teléfonos inteligentes, un servicio remunerado de puesta en contacto de conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo con personas que desean realizar desplazamientos urbanos.

Según los términos y condiciones contractuales que se encuentran en su página web, los servicios que brinda UBER “*constituyen una plataforma de tecnología que permite a los usuarios de aplicaciones móviles de Uber o páginas web proporcionadas como parte de los Servicios (cada una, una “Aplicación”) 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, conforme a un acuerdo con Uber o algunos afiliados de Uber (“Terceros proveedores”)*).

Del citado texto, así como de diversas publicaciones a través del Internet, se desprenden dos sujetos participantes: (i) el usuario; y, (ii) el tercero proveedor

independiente; que en el contexto del Código de Protección y Defensa del Consumidor constituyen el consumidor final y el proveedor, respectivamente.

Del mismo modo, en la misma página web de UBER se establecen requisitos específicos para poder ser un socio conductor, tales como: (i) mayor de 21 años; (ii) Licencia de Conducir (Brevete) vigente y válida; (iii) Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito “SOAT” vigente; (iv) Certificado de Antecedentes Penales; y, (v) Prueba Psicológica.

Como se aprecia, tales requisitos no podrían exigirse a una persona que realiza una actividad –de transporte en este caso- de manera espontánea, sino una que se pretende prolongar en el tiempo, máxime si se exige que las licencias que le permiten al conductor transitar se encuentren vigentes; por lo que -a nuestro criterio- resulta evidente la vocación de permanencia en el mercado.

7.2. AIRBNB

A través de esta aplicación, un internauta que busca un alojamiento de alquiler se conecta a la plataforma electrónica e indica el lugar al que desea ir, el período y el número de personas de su elección. Basándose en esta información, AIRBNB le proporciona una lista de los alojamientos disponibles que correspondan a tales criterios a fin de que seleccione el que le interese y efectúe la reserva en línea.

Según los términos y condiciones contractuales que se encuentran en su página web, AIRBNB *“es un mercado en línea que permite que los usuarios registrados*

(“Miembros”) y ciertos terceros que ofrecen servicios (los Miembros y terceros que ofrecen servicios son “Anfitriones” y los servicios que ofrecen son “Servicios de Anfitrión”) publiquen dichos Servicios de Anfitrión en la Plataforma de Airbnb (“Anuncios”) y comuniquen y gestionen directamente con los Miembros que desean reservar dichos Servicios de Anfitrión (los Miembros que utilizan los Servicios de Anfitrión son “Huéspedes”). Los Servicios de Anfitrión pueden incluir la oferta de propiedades desocupadas o de otro tipo para su uso (“Alojamientos”), actividades de uno o varios días en diversas categorías (“Experiencias”), acceso a eventos y lugares únicos (“Eventos”), así como toda una gama de demás servicios relacionados o no con el viaje.”

Aquí se distinguen claramente dos sujetos: (i) el anfitrión; y, (ii) el huésped. El servicio consiste en publicitar el servicio de hospedaje u alojamiento que brindan los usuarios-anfitriones, así como detalles y costos del mismo; mientras que los usuarios-huéspedes pueden acceder a tal información y últimamente decidir por contratar el servicio.

En tal sentido, al anfitrión se le requerirá: *“(i) proporcionar información completa y exacta acerca de su Servicio de Anfitrión (como la descripción del anuncio, la ubicación y la disponibilidad de fechas), (ii) revelar cualquier deficiencia, restricción (como reglas de la casa) y requisitos que puedan ser relevantes (como una edad mínima, aptitudes o requisitos de forma física para una Experiencia) y (iii) proporcionar cualquier otra información pertinente que Airbnb solicite. Usted es responsable de mantener actualizada en todo momento la información de su Anuncio (incluida la disponibilidad de fechas).*

(...)

7.1.7 Cuando acepta o ha aprobado previamente una solicitud de reserva por parte de un Huésped, estará suscribiendo un contrato legalmente vinculante con este último, lo cual le obliga a prestar su(s) Servicio(s) de anfitrión al Huésped conforme a lo descrito en su Anuncio una vez se complete la solicitud de reserva. Usted también accede a pagar la Tarifa de Anfitrión correspondiente y los Impuestos aplicables.” (Subrayado nuestro)

En el caso de AIRBNB es más sencillo identificar el servicio prestado, utilizando incluso de manera expresa los términos “contrato” y “huésped”, sujetos que corresponden al contrato de hospedaje contemplado en el artículo 1713 del Código Civil peruano, el cual prescribe lo siguiente: *"Por el hospedaje, el hospedante se obliga a prestar al huésped. Albergue y. Adicionalmente, alimentación y otros servicios que contemplan la ley y los usos. A cambio de una retribución. Esta podrá ser fijada en forma de tarifa por la autoridad competente si se trata de hoteles. Posadas u otros establecimientos similares"*.

El hecho que el usuario acepte los términos y condiciones previamente establecidos por la plataforma digital evidencia la configuración de un contrato de adhesión para que este se encargue de intermediar por el primero para la captación de clientes.

Inclusive, el mencionado contrato es uno a plazo indefinido, pues las plataformas digitales de intermediación no señalan un plazo límite para su terminación, por lo que podemos entender que la intención del prestador del servicio subyacente pretende es que la actividad ofrecida se proyecte a adquirir tal habitualidad que le

alejé de la mera espontaneidad. De cierto modo, la suscripción a una de estas plataformas de intermediación sin una duración determinada informa una situación de disponibilidad relativamente permanente.

Por lo expuesto, existe suficiente evidencia que permite inferir razonablemente que entre los usuarios que prestan un servicio subyacente a través de una plataforma digital y los consumidores finales existe una relación de consumo.

En efecto, el hecho de inscribirse como usuario prestador de un servicio a través de una plataforma digital como las estudiadas y aceptar los términos y condiciones de las referidas, les convierte en potenciales proveedores de un determinado servicio y por tanto tienen vocación de permanencia en el mercado.

Sin perjuicio de ello, los tribunales del INDECOPI no han desarrollado el tema a profundidad como es deseable, más allá de alguna mención fuera de contexto.

En la Resolución N° 1050-2016/CC2 la Comisión de Protección al Consumidor N° 2, se pronunció respecto a una denuncia en contra de Easy Taxi Perú S.A.C. por la presunta falta al deber de idoneidad, en tanto el usuario conductor utilizó inadecuadamente información que la usuaria pasajera brindó para contactarse con ella, a través de mensajes de texto y llamadas telefónicas, luego de haber finalizado el servicio. Con este criterio se empieza a construir la diferenciación de responsabilidades entre las plataformas de intermediación con los prestadores del servicio subyacente con respecto al consumidor final, descartando cualquier

supuesto de responsabilidad vicaria entre ambos, pues más allá de la suscripción en la determinada plataforma, no existe un vínculo de dependencia.

El alcance de la responsabilidad de los agentes participantes en estas transacciones como proveedores frente al consumidor –final- sigue siendo una tarea pendiente a nivel legislativo que promueva un desarrollo en otros campos del conocimiento como la doctrina y la jurisprudencia.

CAPITULO III

RESULTADOS

Del marco teórico expuesto se advierte la existencia de un vacío en nuestro ordenamiento jurídico que deja sin cobertura jurídica aquellas relaciones de consumo que tienen lugar en el espacios virtuales o electrónicos, propiamente en las transacciones colaborativas.

Su eficiencia en materia de costos, accesibilidad, calidad y diversidad de servicios, así como los riesgos que ostenta convierten a las transacciones colaborativas en una materia merecedora de un estudio profundo que identifique sus caracteres esenciales y a partir de ello plantear una fórmula que consiga los objetivos planteados.

El primer alcance que podemos brindar respecto a la naturaleza de las transacciones colaborativas o de pares es que se desenvuelve en el cyber espacio, es decir, en el campo electrónico que utiliza programas denominados aplicativos que permite conexión entre los usuarios gracias al Internet. Estos medios permiten la concurrencia de una enorme cantidad de transacciones de manera simultánea las 24 horas del día, por lo podemos sostener que se trata de un fenómeno que se presente de forma masiva y homogénea.

El derecho de protección al consumidor a través del Indecopi se presente como una alternativa de regulación de las operaciones colaborativas, dado que ante ella se han presentado la mayor cantidad de reclamaciones sobre estas operaciones, sin embargo, a la fecha no existe fórmula legal en este campo que las regule, únicamente se han emitido

una serie de pronunciamientos por parte de sus organismos resolutivos que han intentado desarrollar el tema, pero de manera limitada.

Así como ocurrió con la imprenta en el siglo XIV, el internet y los negocios que se realizan a través de espacios electrónicos, son disruptivos, implican cambios en la sociedad que el Derecho debe revisar.

Históricamente, las innovaciones tecnológicas han tenido como propósito generar mayor productividad que atienda las constantes necesidades de las personas, vale decir que todas ellas tienen como fin en el mercado.

En este sentido, la regulación de las operaciones colaborativas o de pares deberá tener en cuenta que la estructura de las mismas genera una contratación masiva y que tienen un fin comercial.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que modalidades novedosas como las operaciones colaborativas son producto de la competencia entre proveedores, quienes, en su afán de obtener ventaja respecto al otro en el mercado, crean constantemente nuevas formas de satisfacer las necesidades de los consumidores y de tal forma captar (antes que el otro) su preferencia.

La economía colaborativa o economía de pares pues tiene su origen en las innovaciones tecnológicas en materia de telecomunicaciones que acercó más a las personas de todo nivel social. Dicho acercamiento vino con un set de posibilidades alternativas al mercado

para satisfacer las necesidades básicas de las personas, con sus propios recursos, sin el requisito de ejercer formal o informalmente un negocio determinado.

Uno de los principales motivos que justifican la regulación gubernamental es la protección de los derechos e intereses de los consumidores frente a las fallas del mercado; sin embargo, muchas veces los reguladores subestiman el dinamismo de los mercados y el incentivo que impulsa a los empresarios a descubrir nuevas y mejores formas de satisfacer las necesidades de las personas.

Tal como indicábamos en el capítulo anterior, aquellos servicios que se desenvuelven en mercados escasos de competencia, en donde las reglas del mercado no aplican, merecen regulación especial a través de entes reguladores que fomenten el proceso competitivo inexistente, bajo parámetros establecidos por el propio ente.

No obstante, en el caso de las transacciones que tienen lugar en una economía de pares o colaborativa, sí se pueden aplicar las reglas del mercado, en tanto existen las condiciones necesarias para que se genere competencia (variedad de agentes, proveedores, consumidores, oferta, demanda, etc.), y es el INDECOPI el encargado de salvaguardar el cumplimiento de los derechos de los consumidores.

Es evidente que, en un mercado regulado que tiene al Estado como principal impulsor de la competencia, los incentivos innovar se reducen, pues los proveedores entienden que los costos que conlleva innovar, esto es, análisis de mercado, búsqueda de implementación de tecnología, contratos legales, licencias, permisos gubernamentales,

etc. resultan demasiado costosos ante las medidas impuestas por el Estado con financiamiento público inagotable.

Además, la libertad se ve reducida, pues el Estado es el que propone las directrices de acción y no los proveedores, quienes deberán adecuar su accionar a las pautas impuestas por el ente regulador, constantemente en riesgo de ser capturadas por grupos económicos que busquen regulaciones en beneficio particular y en perjuicio del interés público.

Las iniciativas que proponen una regulación especial, a nuestro juicio, no solo son innecesarias, sino denotan un mal entendido de lo que es una economía colaborativa, cuyo principal inconveniente no es la ausencia de competencia, sino la falta de una norma que precise sus particularidades.

Hasta el momento, todas las pretensiones regulatorias han enfocado su atención en lo accesorio, mas no en lo importante, lo particular, lo novedoso. Lo que distingue a las transacciones colaborativas no es la tecnología que utiliza, pues las plataformas digitales son una mera herramienta, al igual que el papel o la oralidad, sino los actores que participan en ellas, específicamente los denominados prestadores del servicio subyacente, quienes, al entrar en contacto directo con los consumidores finales, son los directamente responsables por la idoneidad del servicio que prestan.

Como se advierte, al estar involucrado un consumidor en las transacciones colaborativas o de pares, se tratan de relaciones de consumo, por lo que su regulación debe ser enmarcada dentro de los alcances del Código de Protección y Defensa del Consumidor, y a su vez, el INDECOPI será el ente idóneo para regular tales transacciones.

Los tribunales del INDECOPI han dado el primer paso para determinar el alcance de la responsabilidad que deben asumir los agentes intervinientes en este tipo de transacciones, específicamente los titulares de las plataformas digitales de intermediación, quedando establecido que aquellos básicamente brindan un servicio de intermediación de información, a través del cual los usuarios que ofrecen un producto o servicio brindan información relevante a través de tales plataformas, con la finalidad que el consumidor acceda a adquirir tales productos o servicios.

Dichas plataformas no responden por la idoneidad de los productos o servicios que adquieren los consumidores, sino por la fidelidad de la información que exponen.

Desde la perspectiva del sistema de responsabilidad civil, las transacciones que se llevan a cabo en una economía colaborativa tienen la forma de un contrato de adhesión, toda vez que una de los participantes contratantes es quien elabora los términos y condiciones generales del contrato y el contratante únicamente se encuentra en la posición de aceptar o rechazar tales disposiciones, no obstante, tal situación se asemeja más a la relación entre la PID y los prestadores del servicio subyacente, siendo el objeto de este contrato la intermediación, en la que no interviene el consumidor final. En otras palabras, este contrato de adhesión se celebra sin la participación del consumidor.

Por otro lado, tampoco se puede aplicar las reglas de la responsabilidad extra contractual pues dada la experiencia y especialización de las PID sumado a la limitada capacidad de injerencia del consumidor en el contenido y forma de contratación, se dan los requisitos

básicos para considerar una operación o transacción realizada en una economía de pares como una relación de consumo.

La situación genera una confusión razonable en los consumidores, quienes vinculan a las PID con los prestadores del servicio subyacente, no advirtiendo que tienen funciones y responsabilidades completamente distintas.

Ciertamente, BULCHAND, J. y MELIAN manifestaban su preocupación por las desventajas que la economía colaborativa trae consigo, considerando que es un fenómeno incipiente en el cual quedan aún muchas cuestiones por dilucidar, por ejemplo, en caso de que el consumo mediante economía colaborativa o mediante plataforma no sea satisfactorio, los mecanismos para reclamar con los que cuentan los consumidores no son tan evidentes como lo son en la economía tradicional; asimismo, la normativa que regula la actividad económica en muchos países no cuadra en muchos casos con las actividades propias de la economía colaborativa.

Los casos que se han expuesto y en los que han intervenido plataformas de intermediación apuntan a denunciar la falta al deber de idoneidad del servicio subyacente, mas no del servicio de intermediación propiamente dicho. En consecuencia, se trata de un problema de asignación de responsabilidades.

La solución debe partir de la diferenciación entre los agentes intervinientes en la economía de pares o colaborativa, la misma que debe plasmarse en una ley de carácter general que pueda ser conocida y vinculante para todos los ciudadanos, especialmente los consumidores.

Uno de los inconvenientes de regular una situación determinada, un conflicto de consumo, por medio de los tribunales, es que los efectos de su pronunciamiento tendrán incidencia únicamente en las partes intervinientes en el procedimiento y no al no ser precedentes vinculantes, no son vinculantes para los demás órganos resolutivos.

En cambio, el Código de Protección al Consumidor es una norma con rango de ley, y, además, su propio texto ofrece conceptos que permiten interpretar adecuadamente el sentido y espíritu de la ley, tal es el caso de la habitualidad.

Efectivamente, la habitualidad consiste en la realización de una actividad de manera reiterada y con tal frecuencia que es posible inferir que se desenvuelve con un sentido de sostenibilidad en el tiempo, en otras palabras, con ánimo de permanencia. Siendo una actividad comercial, la permanencia tendrá lugar el mercado del rubro específico del proveedor.

El factor de habitualidad no está directamente vinculado a una determinada cantidad de transacciones, sino que deberá interpretarse de acuerdo a la propia naturaleza de la actividad comercial que se desarrolla.

Tal como su texto indica, la cantidad de transacciones realizadas no establece la habitualidad de una actividad determinada, por tal motivo, sostengo que existe suficiente evidencia que permite presumir razonablemente que aquellos usuarios que se suscriben a una PID tienen vocación de continuidad en el mercado, entendida como la voluntad de brindar un servicio de manera permanente en el tiempo.

Los términos y condiciones de contratación de las plataformas UBER y AIRBNB sobre la calidad de los prestadores del servicio subyacente como terceros proveedores independientes o terceros oferentes del servicio; así como los requerimientos efectuados a las personas que deseen brindar un servicio determinado a través de dichas plataformas, son evidencia que el servicio ofertado es descrito como uno proporcionado por proveedores que se dedican habitualmente a brindar tales servicios.

Hasta aquí se destaca que la actividad propia de los prestadores del servicio subyacente se realiza sin otros requerimientos más que los que exige la propia plataforma digital de intermediación, es decir, no requieren autorización de una autoridad gubernamental para operar, a diferencia de los proveedores tradicionales quienes buscan en la autoridad la licencia (entiéndase por licencia el conjunto de normas, reglamentos y disposiciones sectoriales exigidos por el Estado para realizar determinada actividad comercial, por ejemplo, licencia municipal de apertura de local, licencia de defensa civil, licencia de salubridad, licencia de construcción, licencia para el manejo de ciertos aparatos con impacto en el medio ambiente, etc.) que les permita funcionar.

El cumplimiento de las exigencias establecidas por la autoridad sectorial le otorga al proveedor la calidad de profesional.

La principal diferencia entre los proveedores tradicionales o profesionales y los prestadores del servicio subyacente es que mientras a los primeros es una autoridad pública la que les faculta brindar un servicio determinado, como por ejemplo de transporte público o alojamiento, en la economía de pares los proveedores operan sin un título

habilitante, solamente con la aprobación de las exigencias establecidas por las plataformas digitales de intermediación, es decir, privados.

Tal “informalidad” ha sido el motivo por el cual en la Unión Europea tales proveedores sean calificados como proveedores “no profesionales”.

La diferencia acotada es de suma importancia pues implica consecuencias distintas para ambos grupos: si un proveedor profesional incumple los requisitos (ex ante) requeridos para brindar el servicio, se le iniciará un procedimiento sancionador; sin embargo, el proveedor no profesional no recibe sanción alguna pues se encuentra exento de regulación.

Cabe resaltar que la falta de regulación puede provocar incentivos inadecuados en los administrados, en el caso de los proveedores la impresión que, ante una conducta inadecuada que provocó al perjuicio de los intereses de un consumidor o grupo de consumidores, no habrá consecuencias, generará que no tenga incentivos suficientes para resolver, rectificar, subsanar, mejorar, sanear tal conducta, mucho menos habrá incentivos para innovar.

En cambio, si los proveedores tienen pleno conocimiento que, ante alguna conducta contraria a la ley que afecte a un consumidor o grupo de consumidores, tendrá consecuencias que le perjudiquen, adecuará su conducta a tales parámetros, generando a su vez un servicio más idóneo para los consumidores.

Ante la evidencia que demuestra que los usuarios o suscriptores de las plataformas digitales brindan un servicio o una actividad empresarial, en otras palabras, los usuarios prestadores del servicio subyacente de PID son en realidad proveedores a la luz del Código de Protección y Defensa del Consumidor, al no estar contemplados en la citada norma, considero que debe incluirseles como tales, a través de la figura especial sui generis del proveedor “no profesional”, a quien se le exigirá actuar bajo parámetros de idoneidad al igual que cualquier otro proveedor.

CONCLUSIONES

1. El Código de Protección y Defensa del Consumidor es el marco legal idóneo para resolver la problemática respecto a la responsabilidad que deben asumir los proveedores no profesionales.
2. La figura del proveedor no profesional tendría que ser incorporada en el texto de la Ley N°29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en el artículo IV del Título Preliminar que define el concepto de proveedor vinculado por la norma.
3. El sistema de Protección al Consumidor se basa en la asimetría informativa entre el proveedor y el consumidor, siendo este último el más afectado pues es la parte más débil al contar con menos información y experiencia que el proveedor. Dicha debilidad justifica la intervención del Estado en favor del consumidor ante transacciones de consumo con proveedores que ostentan una posición ventajosa en materia de conocimiento, información y experiencia en el mercado.
4. **La relación de consumo que se dan en el marco de una economía colaborativa a través de PID se presenta en la relación del proveedor del servicio subyacente (proveedor no profesional) y el contratante (consumidor); mientras que la relación entre las PID y los proveedores del servicio subyacente sí pueden ser categorizadas como contratos de adhesión. Esta última protegería al consumidor solo respecto al servicio de intermediación proveído por las PID, mas no por el servicio subyacente en sí.**

5. Los entes reguladores y las agencias de competencia tienen como objetivo en común ser promotores de la competencia en el mercado, sin embargo, la diferencia entre ambos radica en el ámbito de aplicación y la forma de intervención. Por un lado, los entes reguladores operan *ex ante* en mercados no competitivos, es decir, ante la escasez de competencia y escasez de proveedores, diseñan un marco normativo predeterminado que se aplicará a actividades que han sido calificadas de interés público, supliendo de tal forma la ley de la oferta y la demanda. públicos por la autoridad competente.

Por otro lado, las agencias de competencia operan *ex post* en mercados competitivos, respecto a actividades no calificadas como de interés público, no diseñan cuerpos normativos predeterminados pues aplica la ley de la oferta y la demanda, en tal sentido, intervienen cuando las reglas del mercado han sido incumplidas.

Cabe precisar que la labor de vigilancia, supervisión y fiscalización que realiza la agencia de competencia pretende verificar el cumplimiento de las reglas del mercado (información relevante, accesible, transparente y veraz, leal competencia, eliminación de barreras burocráticas, control de abusos de posición de dominio, etc.) mas no las reglas que emanen de la institución.

6. La nota principal que caracteriza a la economía de pares es que los participantes no cuentan con títulos o licencias previamente otorgadas por una entidad pública para realizar una actividad comercial determinada. La economía de pares o economía colaborativa se desenvuelve a través de plataformas digitales de intermediación que conecta a individuos, los que, sin la necesidad de un título o

licencia otorgado por la autoridad, brindan un determinado servicio. En tal sentido, las plataformas digitales de intermediación tienen responsabilidad solamente respecto a la información que brindan y aquellas que son proveídas por los propios individuos o usuarios de la misma.

7. Los servicios que brindan las plataformas de intermediación son distintos a las que brindan los prestadores o proveedores del servicio subyacente, los primeros prestan un servicio de intermediación entre sus usuarios (proveedores del servicio subyacente) y los usuarios (consumidores) finales, mientras que los segundos se valen de las plataformas digitales de intermediación para prestar directamente el servicio demandado.
8. Las plataformas virtuales, dado su dinamismo y permanente innovación, deben estar bajo la tutela del Sistema de Protección al Consumidor, pues dicho sistema es coherente con la economía de libre mercado; en consecuencia, no se puede contemplar una regulación al margen de dicho sistema.
9. La regulación de la economía de pares o economía colaborativa no es oportuna, toda vez que los servicios que a través de las plataformas digitales de intermediación no reúnen los requisitos para ser considerados servicios públicos, en la medida que son prestados por otros medios al alcance de los particulares.
10. Los proveedores no profesionales son aquellas personas que prestan el servicio subyacente directamente a los consumidores con quienes entran en contacto a través de plataformas digitales de intermediación.

11. La inclusión de la figura de proveedores no profesionales en el catálogo del Código de Protección y Defensa del Consumidor permitirá en el mercado crear los incentivos adecuados para que estos proveedores ajusten su conducta a parámetros de idoneidad exigidos por ley, mejorando de esta manera la calidad del servicio; y, también para que los consumidores obtengan tutela efectiva ante un caso de infracción al deber de idoneidad del servicio brindado.

RECOMENDACIONES

ARTÍCULO COMO SE ENCUENTRA ACTUALMENTE REGULADO

SEGÚN

LEY N°29571, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Artículo IV.- Definiciones

Para los efectos del presente Código, se entiende por:

(...)

2. Proveedores. - 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. En forma enunciativa y no limitativa se considera proveedores a:

1. Distribuidores o comerciantes.- Las personas naturales o jurídicas que venden o proveen de otra forma al por mayor, al por menor, productos o servicios destinados finalmente a los consumidores, aun cuando ello no se desarrolle en establecimientos abiertos al público.

2. Productores o fabricantes.- Las personas naturales o jurídicas que producen, extraen, industrializan o transforman bienes intermedios o finales para su provisión a los consumidores.

3. Importadores.- Las personas naturales o jurídicas que importan productos para su venta o provisión en otra forma en el territorio nacional.

4. Prestadores.- Las personas naturales o jurídicas que prestan servicios a los consumidores.

ARTITULO CON LA MODIFICACIÓN PROPUESTA

Artículo IV.- Definiciones

Para los efectos del presente Código, se entiende por:

(...)

2. Proveedores. - 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. En forma enunciativa y no limitativa se considera proveedores a:

(...)

5. Proveedores no profesionales.- Las personas naturales o jurídicas que prestan servicios a los consumidores, a través de plataformas digitales de intermediación, con título o sin título habilitante para ejercer una actividad económica.

(...)

BIBLIOGRAFÍA

1. ALPA, Guido. “Nuevo Tratado de la Responsabilidad Civil” (2006). Jurista Editores. Lima, Perú.
2. CALABRESI, Guido. “Acerca de la causalidad y la responsabilidad extracontractual: Un ensayo en homenaje a Harry Kalven, Jr.” (1996). *Thémis - Époque 2*, Número 33.
3. VARGAS VASSEROT, Carlos. (2012). “La Evolución Histórica del Derecho Mercantil y su Concepto”; Universidad de Almería.
4. GALGANO. (2003). *Storia del diritto commerciale*, Bolonia, Ed. Il Mulino, 2.^a ed., 1980 (traducida como *Historia del Derecho mercantil*, trad. Bisbal, Barcelona, Ed. Laia, 2.^a ed., 1987); publicada de nuevo con el título *Lex mercatoria*, Bolonia, Ed. Il Molino, 2001, con algunas actualizaciones (el último capítulo de este libro ha sido recientemente publicado como «Lex mercatoria, shopping del Derecho y regulaciones contractuales en la época de los mercados globales», *RDM*, núm. 247).
5. MALPARTIDA CASTILLO, V. (2003). *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.

6. ORDINOLA GUERRA, C. (2010). 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.
7. ALDANA RAMO, Edwin G. y GAGLIUFFI PIERCECI, Ivo S. (2004). La noción de Consumidor Final: El ámbito de aplicación subjetiva de la Ley de Protección al Consumidor según el nuevo precedente de observancia. Revista Ius Et Veritas, Asociación integrada por estudiantes y egresados de la facultad de Derecho de la PUCP, N° 20.
8. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. (2004). Ley de Protección al Consumidor. Comentarios Jurisprudenciales. Normas Complementarias. Lima: Rodhas.
9. BULLARD, Alfredo. (2010) ¿Es el Consumidor un Idiota? El Falso Dilema entre el Consumidor Razonable y el Consumidor Ordinario, Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual, Vol.06, N°10.
10. BULLARD, Alfredo. (1989). Contratación en masa ¿Contratación? Revista Themis N° 15.
11. INDECOPI. Documento de Trabajo 001-2000, Fortalecimiento del Sistema de Protección al Consumidor: Diagnóstico y Propuesta. Documento elaborado por el Área de Estudios Económicos del Indecopi y publicado en el Diario Oficial El Peruano con fecha 15 de marzo de 2000.

12. BULLARD, Alfredo. (2003). Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales. Lima: Palestra, Lima.
13. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. (2004). Principios de Derecho Público Económico, 1º ed. Lima.
14. PARDO José Esteve. (2015). La Administración Garante. Una aproximación, en RAP, 197.
15. MATEU DE ROS y CENTOYA MÉNDEZ DE VIGO. (2000). El consentimiento y el proceso de contratación electrónica. Derecho de Internet, contratación electrónica y firma digital, Aranzandi, Pamplona.
16. BULCHAND, J. y MELIAN, S. (2018). La Revolución de la Economía Colaborativa, Ebook.
17. COASE, Ronald. (1960). El Problema del Costo Social. En: The Journal of Law and Economics, Vol. 3.
18. MOORHOUSE, John C. (2003). Consumer Protection Regulation and Information on the Internet, in The Half-Life of Policy Rationales: How New Technology affects old policy issues. Fred E. Foldvary & Daniel B. Klein eds., Cato Institute.
19. MARIN, S. (2016). Los modelos colaborativos y bajo demanda en plataformas digitales, Adigital, España.

20. ORDOÑEZ SOLIS, David. (2014). La protección judicial de los derechos en Internet en la jurisprudencia europea. Reus, Madrid.
21. GAGLIUFFI PIERCECHI, Ivo. Viaje a la semilla: ¿Cómo era regulada la libre competencia en el Perú hasta antes del Decreto Legislativo 701? Universidad de Lima.
http://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/ulima/5537/Gagliuffi_Ivo.pdf?sequence=1&isAllowed=y (Consultado por última vez el 1 de junio de 2019)
22. <https://www.indecopi.gob.pe/en/sobre-el-indecopi> (Consultado por última vez el 1 de junio de 2019)
23. TASSANO VELAOCHAGA, Hebert Eduardo. Competition and utility regulation. Revista de la facultad de Derecho de la PUCP, N°76, 2016, p.107, descargado del siguiente link:
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/viewFile/14850/15392>
(Consultado por última vez el 15 de junio de 2019)
24. HUAPAYA TAPIA, Ramón. Concepto y Régimen Jurídico del Servicio Público en el Ordenamiento Público Peruano. Asociación integrada por estudiantes y egresados de la facultad de Derecho de la PUCP, N°50, 2015, descargado del siguiente link
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/14827/15382>
(Consultado por última vez el 15 de junio de 2019)

25. <https://www.consumidor.gob.pe/servicios-publicos> (Consultado por última vez el 5 de junio de 2019)
26. LAZARTE MOLINA, Jorge E. El concepto de servicio público en el Derecho peruano. Revista Ius Et Veritas, Asociación integrada por estudiantes y egresados de la facultad de Derecho de la PUCP, N°26, 2001, descargado del siguiente link: <file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/16236-64523-1-PB.pdf>
(Consultado por última vez el 5 de junio de 2019)
27. CONTI, Katheleen, Municipalities Seek to Regulate Peer-to-Peer Services, Boston Globe, 2014, <http://www.bostonglobe.com/metro/regionals/south/2014/08/30/quincy-fines-couplefor-running-illegal-enters-debate-over-regulation-service-sharingeconomy/K43HOxC5N6zXy5dwVk4CTM/story.html>
(Consultado por último vez el 8 de junio de 2019)
28. ESCOBAR ROZAS, Fredy, Protección al Consumidor: Nuevos Horizontes, Perspectivas y Desafíos. Una revisión al Panorama Actual, Revista Derecho & Sociedad Núm. 34, Enero 2010. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/13334/13961>(Consultado por última vez el 20 de junio de 2019)
29. VAISMAN-ARAUJO, Sharon. *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 para optar por el título de Abogado, Universidad de Piura, Piura, 2018, p. 6, descargado del siguiente link: https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/3452/DER-L_015.pdf?sequence=1&isAllowed=y (Consultado por última vez el 20 de junio de 2019)

30. KOOPMAN Christopher, MITCHELL Matthew, and THIERER Adam, The Sharing Economy and Consumer Protection Regulation: The Case for Policy Change, 8 J. Bus. Entrepreneurship & L. N°529, 2015, p.534. Disponible en: <http://digitalcommons.pepperdine.edu/jbel/vol8/iss2/4> (Última vez consultado el 8 de junio de 2019)
31. <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/jbelw8&div=18&id=&page=&t=1560027970> (Consultado por último vez el 8 de junio de 2019)