

Universidad Católica de Santa María
Facultad de Ciencias Jurídicas Y Políticas
Escuela Profesional de Derecho



**LOS PRINCIPIOS UNIDROIT APLICADOS A LAS RELACIONES DE
CONSUMO A FIN DE ELIMINAR LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS**

Tesis presentada por la Bachiller:

Villafuerte Yabar, Paola Maria Jose

Para optar Título Profesional de:

Abogado

Asesor:

Dr. Neyra Amat, Carlos Alberto

AREQUIPA – PERÚ

2019

DICTAMEN DE MIEMBRO DE COMISIÓN EVALUADORA

DE: PATRICIO MARCELO FAJARDO PASANO
Dictaminador de Comisión Académica
PARA: GABRIEL TORREBLANCA LAZO
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
ASUNTO: Borrador de Tesis
“LOS PRINCIPIOS UNIDROIT APLICADOS A LAS RELACIONES DE
CONSUMO A FIN DE ELIMINAR LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS”
FECHA: 30 de mayo de 2019

Procedo a emitir dictamen final en referencia al Borrador de Tesis titulado: “**LOS PRINCIPIOS UNIDROIT APLICADOS A LAS RELACIONES DE CONSUMO A FIN DE ELIMINAR LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS**”, de la autoría del bachiller en Derecho Srta. **PAOLA MARIA JOSE VILLAFUERTE YABAR**.

Al respecto, indico lo siguiente

PRIMERO:

Se ha efectuado la revisión del Borrador de Tesis conforme al artículo 12 del Reglamento de Grados y Títulos de nuestra Facultad. En tal sentido, se ha observado la comprobación de la hipótesis planteada, ya que se ha demostrado la necesidad de un complemento al Código de Protección y Defensa del Consumidor frente al nuevo escenario de las relaciones de consumo a nivel internacional donde la actual regulación normativa del Estado Peruano es insuficiente; siendo por ello necesario una norma (soft law) de carácter internacional inspirada en los principios UNIDROIT que pueda ser reconocida por los Estados Miembros de la OEA u otros, a fin de brindar una protección más amplia y eficaz al consumidor en este nuevo escenario.

SEGUNDO:

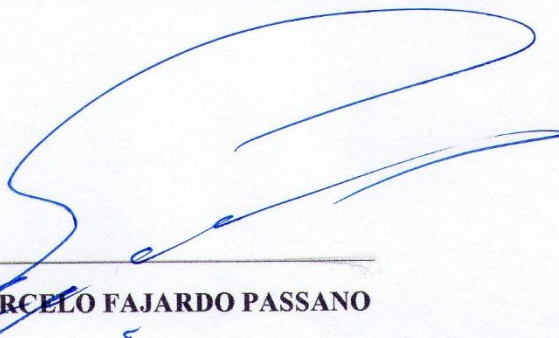
Se ha logrado cumplir con los objetivos establecidos, ya que frente a relaciones de consumo de carácter internacional, la regulación otorgada por el Estado Peruano no puede materializarse generando la desprotección del consumidor, fundamentándose así que este un problema latente puesto que aún no existe una legislación de carácter nacional o internacional plenamente reconocida que abarque dicho problema, generándose así una vulneración de los derechos de estos nuevos consumidores que escapan de la regulación del Código de Protección y Defensa del Consumidor. Finalmente, se ha determinado que los principios UNIDROIT a manera de soft law son un modelo inspirador para el establecimiento de unos principios de protección al consumidor que puedan ser reconocidos no solo por el Estado Peruano y que permitan una protección supranacional del consumidor.

TERCERO:

En cuanto a los resultados de la investigación, (i) existe concordancia entre los objetivos planteados y las conclusiones arribadas, (ii) las conclusiones responden a la investigación realizada respecto de la propuesta de una norma soft law de carácter internacional que pueda ser reconocida por los distintos países miembros de la OEA u otros países.

Siendo ello así, y tomando en consideración lo anteriormente señalado, considero que el Borrador de Tesis se encuentra APTO para su sustentación oral.

Atentamente.



PATRICIO MARCELO FAJARDO PASSANO

Dictaminador

Código 2821



Informe N° 003 – 2019

De: Claudia Pia Chirinos – Pacheco De Rivero
Comisión Revisora de Tesis

A: Dr.Gabriel Torreblanca Lazo
Decano de la Facultad de Derecho de la UCSM

Asunto: Dictamen de Tesis

Fecha: 25 de Mayo de 2019

Que, la Srta. Bachiller en Derecho **PAOLA MARIA JOSEVILLAFUERTE YABAR**, ha presentado el Borrador de Tesis: **“LOS PRINCIPIOS UNIDROIT APLICADOS A LAS RELACIONES DE CONSUMO A FIN DE ELIMINAR CLAUSULAS ABUSIVAS”** para optar el Titulo Profesional de Abogado
Que, procediéndose a la revisión del Borrador de tesis, este tiene la siguiente estructura:

CAPITULO I

El consumidor peruano dentro de una economía globalizada

CAPITULO II

Análisis de los Contratos utilizados tradicionalmente y las relaciones vinculantes entre los mismos

CAPITULO III

Las relaciones de consumo y las afectaciones al Derecho del consumidor

CAPITULO IV

Legislacion Internacional sobre las relaciones de consumo en la esfera internacional y los Principios Unidroit

Conclusiones: Se presentan 3 conclusiones generales y 5 Conclusiones especificas
Recomendaciones sobre el Derecho del Consumidor


Aporte:

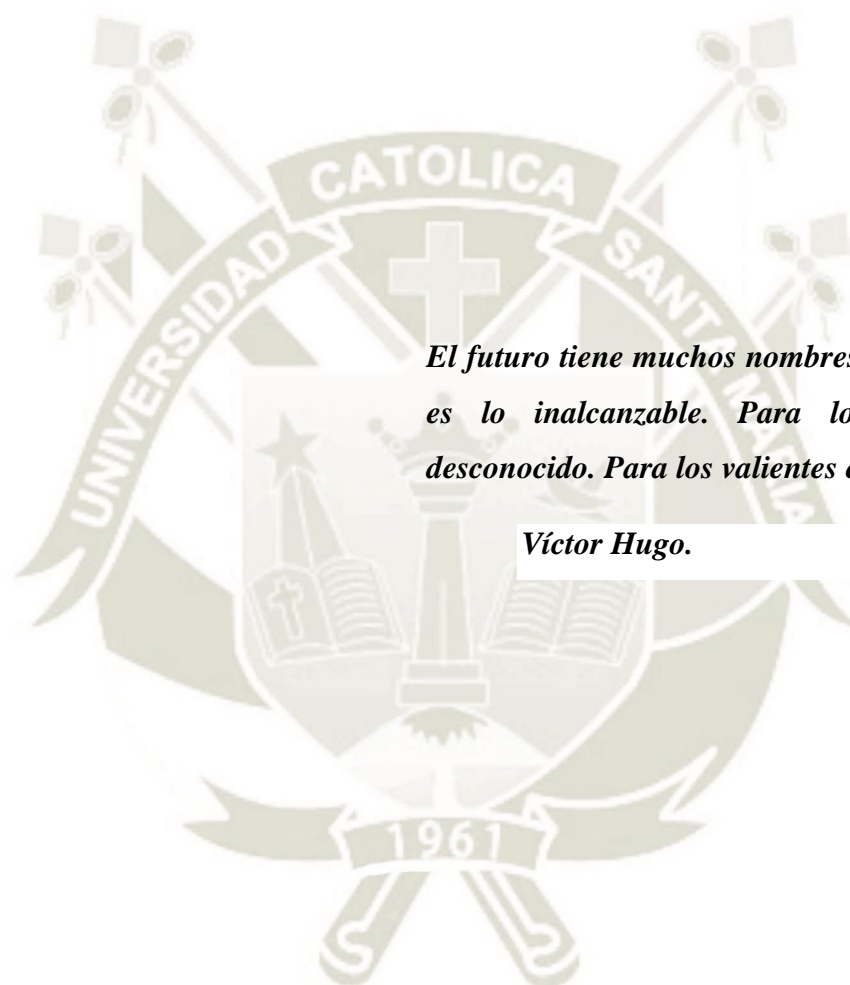
Principios de Protección y Defensa del Consumidor a la luz de los principios UNIDROIT

Habiendo revisado el Borrador de Tesis soy de la opinión como miembro de la Comisión Revisora de la Tesis, que esta ha cumplido con los requisitos de relevancia jurídica, los requisitos formales, y esta lista para ser sustentada por la Srta. Bachiller **PAOLA MARIA JOSE VILLAFUERTE YABAR**
Salvo mejor opinión.

Sin otro particular, quedo de Ud. Hago propicia la ocasión de expresarle mis saludos de estima personal.

Atte


PIA CHIRINOS – PACHECO DE RIVERO
CODIGO 2109



El futuro tiene muchos nombres. Para los débiles es lo inalcanzable. Para los temerosos, lo desconocido. Para los valientes es la oportunidad.

Víctor Hugo.



*A mis padres, gracias por su amor y
confianza infinita.*

INTRODUCCIÓN

Un mundo globalizado trae consigo diferentes ventajas para los usuarios tales como la interconexión de diferentes países, la comunicación inmediata sin importar el lugar de residencia de los agentes y la desaparición de los límites territoriales, por mencionar solo algunas de estas. Sin embargo, esta nueva entrada a la tecnología también representa una apertura a nuevas legislaciones internacionales, nuevas relaciones comerciales por regular entre los agentes y nuevos problemas por supuesto.

En torno a este mercado versátil y creciente en un entorno global, es que se desarrolla la presente tesis, para abordar al derecho del consumidor desde una perspectiva diferente y novedosa, donde el consumidor es tomado como la figura central del comercio, mostrando una necesidad de ser reconocido y protegido no solo por normativa nacional sino también por legislación internacional a fin de asegurar sus derechos frente a su autoritaria contraparte en el comercio.

La tecnología y las conexiones internacionales de las que participa el consumidor han vuelto a las legislaciones actuales de cada país en materia de consumo, insuficientes para legislar este nuevo ámbito. Mientras que, por otro lado, las legislaciones internacionales buscan alejarse del ámbito del consumidor por considerarlo parte exclusiva de la normativa nacional de cada país. Pero ¿hasta qué punto podemos decir que el consumidor solo debe ser reconocido por legislación nacional?

La presente tesis buscará plantear una solución al problema que enfrenta el consumidor en este nuevo escenario, procurando brindar una alternativa eficiente en materia de legislación.

En un primer capítulo, se abordará la situación actual del consumidor en una esfera nacional e internacional, analizando la legislación concerniente a su protección, la presencia en los tratados de libre comercio celebrados por el Perú y el rol del Estado respecto a los mismos. En un siguiente capítulo, se abordará las similitudes que guardan

los contratos reconocidos nacionalmente, para después entrar a detalle en el nuevo contrato e-commerce cuyo incremento en su utilización exige la respuesta del Derecho, y finalmente, en el último capítulo, se analizarán las recomendaciones OCDE, los principios UNIDROIT y las proposiciones de la OEA, primordiales en torno al consumo internacional realizado a través del contrato e-commerce sobre las cuáles se basarán las recomendaciones que podrían dar una solución efectiva al problema de desprotección del consumidor en el comercio electrónico a nivel internacional.



RESUMEN

El derecho del consumidor es regulado internamente por cada Estado, procurando mantener una legislación eficiente a fin de aminorar la asimetría informativa, principal característica de las relaciones de consumo y brindarle al consumidor seguridad en materia de protección de sus derechos.

Sin embargo, la tecnología de la información abrió las puertas a un mercado globalizado y al comercio electrónico, donde el consumidor goza de más alternativas para comprar un bien o contratar un servicio, pudiendo hacerlo con un proveedor nacional o internacional, surgiendo una nueva relación jurídica para la cual, las legislaciones nacionales aún no están preparadas y menos los organismos o dependencias que tienen a su cargo la defensa de los derechos del consumidor en cada país.

El Estado, a su vez, en su rol promotor de comercio y justicia, solo ha sabido procurar por el primero promoviendo la comercialización mediante el contrato business to business (B to B), del cual si hay amplia legislación en materia nacional e internacional; mientras que el segundo, relacionado al contrato business to consumer (B to C), solo posee una normativa eficaz limitada al ámbito nacional. Notándose así, una preferencia evidente.

Las normas internacionales en su mayoría han respetado los límites territoriales cuando se habla de consumidor, por no considerarlo su materia; sin embargo, un consumidor que realiza un contrato con una empresa internacional ya se ha convertido en un agente dentro de este nuevo mercado, por lo que merece ser reconocido internacionalmente, pues de lo contrario sus derechos quedarían desprotegidos jurídicamente.

PALABRAS CLAVE: comercio electrónico internacional, derecho del consumidor, contrato empresa-consumidor, contrato empresa-empresa.

ABSTRACT

Consumer right is regulated indiscriminately by each State, which seeks to maintain an efficient legislation in order to lessen the informational asymmetry, the main characteristic of consumer relations and provide security to the consumer in matter of their rights' protection.

However, information technology opened the doors to a globalized market and electronic commerce, where the consumer has more alternatives to buy a good or hire a service, being able to do it with a national or international provider, emerging a new legal relationship for which, national legislations are not ready and even less organisms or dependencies that are responsible for the defense of consumer rights in each country.

The State, in turn, in its role as promoter of trade and justice, has only been able to procure for the first by promoting commercialization through the business-to-business contract (B to B), of which there is ample national and international legislation; while the second, related to the business to consumer contract (B to C) has only effective regulations limited to the national scope. Noticing thus, an evident preference.

International legislations have mostly respected the territorial limits when talking about consumers, because they do not consider it their subject; nonetheless, a consumer who makes a contract with an international company has already become an agent in this new market, so it deserves to be recognized internationally, otherwise their rights would be unprotected legally.

KEY WORDS: international e-commerce, consumers rights, business to consumer contract, business to business contract.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	I
RESUMEN	III
ABSTRACT	IV
CAPÍTULO PRIMERO: EL CONSUMIDOR PERUANO DENTRO DE UNA ECONOMÍA GLOBALIZADA	1
1.1.- LA ECONOMÍA PERUANA Y MUNDIAL	2
1.2.- ROL PROMOTOR DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA.....	5
1.2.1.- PROMOCIÓN DEL COMERCIO.....	10
1.2.2.- PROMOCIÓN DE LA JUSTICIA	12
1.3.- SITUACIÓN DEL CONSUMIDOR EN EL COMERCIO ACTUAL.....	21
1.3.1.- RECONOCIMIENTO DEL CONSUMIDOR A UN NIVEL SUPRANACIONAL	29
1.3.2.- INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR NACIONALES E INTERNACIONALES	32
CAPÍTULO SEGUNDO: ANÁLISIS DE LOS CONTRATOS UTILIZADOS TRADICIONALMENTE Y LAS RELACIONES VINCULANTES ENTRE LOS MISMOS.....	37
2.1.- DEFINICIÓN GENERAL DEL CONTRATO.....	37
2.2.- CONTRATOS CIVILES	39
2.3.- CONTRATOS COMERCIALES.....	42
2.4.- CONTRATOS DE CONSUMO	45
CAPÍTULO TERCERO: LAS RELACIONES DE CONSUMO Y LAS AFECTACIONES AL DERECHO DEL CONSUMIDOR.....	54
3.1.- RELACIONES DE CONSUMO A NIVEL NACIONAL.....	55
3.2.- RELACIONES DE CONSUMO A NIVEL INTERNACIONAL.....	55
3.2.1.- LAS RELACIONES DE CONSUMO A NIVEL INTERNACIONAL MEDIANTE EL CONTRATO DE COMERCIO ELECTRONICO (E-COMMERCE).....	57
3.2.1.1.- EL CONTRATO BUSINESS TO BUSINESS (B2B)	60
3.2.1.2.- EL CONTRATO BUSINESS TO CONSUMER (B2C).....	62
3.2.1.3.- RELACIÓN ENTRE EL CONTRATO B2B Y EL CONTRATO B2C	63

3.2.2.- OTRAS MODALIDADES DE LAS RELACIONES DE CONSUMO A NIVEL INTERNACIONAL	69
3.3.- EL CONTRATO DE ADHESIÓN	70
3.4.- LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.....	71
3.4.1.- CLÁUSULAS ABUSIVAS DE INEFICACIA ABSOLUTA.....	72
3.4.2.- CLÁUSULAS ABUSIVAS DE INEFICACIA RELATIVA.....	74
3.4.3.- LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LEGISLACIÓN COMPARADA .	77
3.5.- OTRAS FORMAS DE ASIMETRÍA EN LAS RELACIONES DE CONSUMO	82
3.6.- EJEMPLOS DE LAS AFECTACIONES EN LAS RELACIONES DE CONSUMO A NIVEL INTERNACIONAL MEDIANTE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA	87
CAPÍTULO CUARTO: LEGISLACIÓN INTERNACIONAL SOBRE LAS RELACIONES DE CONSUMO EN LA ESFERA INTERNACIONAL Y LOS PRINCIPIOS UNIDROIT	95
4.1.- LAS RECOMENDACIONES DE LA OCDE.....	96
4.2. LOS PRINCIPIOS UNIDROIT	109
4.2.1. PRINCIPIOS UNIDROIT REFERENTES A LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR	116
4.2.2. LOS PRINCIPIOS UNIDROIT APLICADOS AL CONSUMO A NIVEL INTERNACIONAL	130
4.3. PROPUESTAS ANTE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA)	135
CONCLUSIONES GENERALES.....	138
CONCLUSIONES ESPECÍFICAS	138
RECOMENDACIONES.....	141
PROPUESTA NORMATIVA	145
BIBLIOGRAFÍA	150
ANEXOS	156

CAPÍTULO PRIMERO: EL CONSUMIDOR PERUANO DENTRO DE UNA ECONOMÍA GLOBALIZADA

La globalización ha permitido que muchas nuevas economías surjan y tomen una posición cada vez más relevante dentro de un mercado global. Si bien las grandes potencias mundiales ya tienen una posición dentro de este nuevo mercado internacional, la alianza y posicionamiento de sus empresas dentro de nuevos países ha permitido entablar nuevas relaciones comerciales entre diferentes economías. Por ejemplo, los acuerdos de libre comercio entre distintas naciones conlleva a una facilidad en las transacciones mercantiles. Así mismo, la creación de bloques económicos en pos de afianzar las relaciones no solo comerciales sino también de otra índole, tales como el libre desplazamiento de ciudadanos dentro de estos países, entre otros.

Perú es ubicado dentro de una de las mejores economías de Sudamérica, referido más que todo a su alto índice de crecimiento, siendo uno de los factores sus múltiples relaciones comerciales con distintos países, gracias a sus convenios y alianzas. Como bien se sabe, la economía peruana se ha destacado por su carácter exportador convirtiéndose en una de las principales exportadoras de metales tales como el cobre y la plata. Estas nuevas relaciones internacionales, han permitido que Perú se convierta en un aliado de muchas naciones tales como China y Estados Unidos, potencias mundiales conocidas, que adquieren dichos productos. Pero estas nuevas relaciones comerciales han traído consigo a nuevos contratos de nivel internacional, donde se juntan diferentes legislaciones y donde entra en juego un nuevo mercado apenas regulado.

Seamos realistas, los escenarios marcados anteriormente por los límites territoriales cada vez se encuentran más en desuso pero, ¿hasta que límite debemos permitir esta apertura del mercado? ¿Es que los agentes participantes se encuentran realmente preparados frente a este mercado avasalladamente internacional?

Claro está, dentro de este mercado global existen relaciones de diferente índole, tales como las relaciones business to business y las relaciones business to consumer. Es necesario recalcar que nos encontramos dentro de un escenario donde se establece que el

mercado es capaz de autorregularse. Nadie quiere decir lo contrario, sin embargo, se ha de notar que no se puede dar un trato igualitario a estos dos tipos de relaciones.

Las relaciones business to business, son aquellas dadas entre dos empresas, dos sociedades mercantiles o más. Donde si bien existe asimetría informativa, son capaces de realizar un contrato donde ambas partes puedan establecer las cláusulas a fin de llegar a un mutuo acuerdo beneficioso para ambas partes.

Por el otro lado se encuentran las relaciones business to consumer; aquí, si bien el mercado se puede autorregular, un consumidor no puede compararse a una empresa. Un consumidor en su gran mayoría desconoce los tecnicismos de un contrato y generalmente no es asiduo a leer cláusula por cláusula. Se ha de reconocer, que el consumidor debería de mantener un mínimo de cautela antes de realizar un contrato; sin embargo, la latencia del comercio a una velocidad alta y sin límites territoriales, han empujado al consumidor a actuar de esta manera.

Teniendo a este consumidor poco informado, existe la necesidad de un agente que lo oriente, no yendonos al extremo de limitar su libertad de comercio, sino desde el lado de informar y tomar conciencia de las cláusulas que se encuentran dentro de estos nuevos contratos de consumo a nivel internacional.

En este capítulo se abordará las características de la economía peruana, la presencia del Estado dentro de esta nueva economía y la situación actual de uno de los agentes mas importantes dentro del mercado internacional, el consumidor.

1.1.- LA ECONOMÍA PERUANA Y MUNDIAL

Hace muchos años atrás y gracias a la globalización, comenzaron a existir diferentes relaciones dentro de la Economía Mundial. Las conexiones entre diferentes países mediante diferentes medios de comunicación entablaron nuevas alianzas y relaciones comerciales que antes ni se pensaban. De esta forma es que

surge el Derecho Internacional, en una necesidad por establecer un amparo legislativo a esta nueva clase de relaciones internacionales.

Las potencias mundiales como Estados Unidos, China, Alemania, entre otros comenzaron a entablar relaciones comerciales entre ellos y con algunos países en vías de desarrollo, generando beneficios para ambas partes. Estas relaciones años después devinieron en bloques económicos, como la Alianza Pacífico, la Unión Europea, entre otros. Dichos bloques económicos, sirvieron para que estos países que recién se desarrollaban pudieran entablar relaciones entre los mismos, a fin de lograr un crecimiento conjunto y facilitar el intercambio de bienes y servicios entre los mismos.

Perú es considerado una de las economías de Sudamérica más estables y con un crecimiento continuo, tomando en cuenta sus ingresos, el índice per cápita, la calidad de vida de sus habitantes, entre otros. Cabe destacar que Perú es conocido como un país exportador, debido a la gran cantidad de materia prima que posee, por lo que tiene diferentes tratados comerciales con otros países, como Estados Unidos y China dos grandes potencias mundiales, para afianzar estas nuevas relaciones mercantiles.

Gracias a estos tratados es que diferentes empresas alrededor del mundo pueden interconectarse y relacionarse mediante contratos de comercio internacional o para especificar el contrato *business to business*. El derecho internacional es el encargado de legislar estos contratos dados entre diferentes países determinando la competencia, la ley aplicable y demás desavenencias contraídas al enfrentar dos legislaciones diferentes.

Con la llegada del Internet, todo se facilitó y se complicó a la vez. La facilidad se dió en torno a la comunicación por ejemplo, los contratos podían ser firmados digitalmente, la negociación de cláusulas podía darse por medios electrónicos donde no era necesario la presencia física de los titulares o de sus representantes contractuales. Y es justo en este escenario donde surge un nuevo contrato, el

contrato *business to consumer*. El cual se encargaba de entablar las relaciones de una empresa de cualquier país con un consumidor nacional.

Esta nueva economía globalizada permitió la libre oferta y demanda en el mercado, por lo que un consumidor no solo gozaba de las diferentes opciones de mercado dentro de un ámbito nacional, sino unas nuevas puertas se abrieron hacia el mercado internacional.

Podemos definir al mercado como el medio específico por el cual se promueve el desarrollo, basándonos en las nuevas aperturas hacia otras economías lo que a su vez permitiría una amplia variedad de comerciantes en un campo cada vez más amplio y partiendo del supuesto de que en este nuevo mercado prima la libre competencia. (ARISTIZABAL, 2014)

“Un esquema de política económica basado en la libre competencia implica que los agentes que concurren al mercado puedan adoptar sus decisiones en función de la libre confluencia de la oferta y la demanda.” (MENDOZA, 1995)

Dentro de un escenario de libre competencia caben los supuestos de que este se maneja por la libre oferta y la demanda, lo que genera una competencia entre los diferentes oferentes dentro del mercado donde el consumidor puede encontrar mejores precios debido a dicha competencia y existe una amplia variedad de productos entre los cuáles escoger.

Este nuevo escenario de Libre Competencia, hizo que las empresas comenzaran a expandirse hacia nuevos territorios, generando que las economías de dichos países tomaran nuevas formas para no quedarse al margen de este nuevo comercio globalizado y asegurar un desarrollo mayor al que se generaba con el comercio clásico.

Perú fue uno de los países que aprovechando esta nueva apertura al comercio internacional y en torno a la Economía Social de Mercado bajo la cual se rige,

estableció lineamientos que le permitieran la mayor cantidad de beneficios en pos del desarrollo de su economía. Se destaca que este modelo económico no solo se basa en el crecimiento financiero sino también busca amparar las nuevas relaciones mercantiles entre los agentes.

“Dentro de la economía social de mercado se reúnen los términos libertad económica y justicia social. El primero de ellos haciendo referencia a la libre iniciativa de la empresa y el consumidor dentro del ámbito económico, mientras el segundo referido al ámbito de los ciudadanos.” (RESICO, 2011)

Para el desarrollo de cualquier país ya sea el Perú u otro, es necesario que la política, el derecho y la economía trabajen juntos, de modo que exista una regulación dentro de las relaciones de los ciudadanos, no basta con un modelo económico que plantee los lineamientos a seguir por parte del Estado, se necesita englobar diferentes aspectos que permitan el crecimiento de un país en un entorno más competitivo y globalizado

Retomando el libre comercio que se encuentra dentro de esta nueva economía globalizada, este plantea la hipótesis de que el mercado es capaz de autorregularse; sin embargo, son distintas las pruebas de que existen ciertas anomalías dentro del mismo que son nocivas para la libre competencia, siendo aquí el Estado, el único agente capaz de corregir dichas anomalías mediante mecanismos instaurados por el mismo.

1.2.- ROL PROMOTOR DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA

“La Constitución es una norma de equilibrio de derechos; debe buscar que en la sociedad se respeten las libertades económicas y que estas convivan con un estado de justicia social, asignándole al Estado un rol de promotor tanto de dicha justicia social como de la eficiencia económica” (GUTIERREZ, 2005)

La Constitución es el instrumento primordial del Estado Económico donde se encuentran plasmados derechos y obligaciones tanto del Estado como de los ciudadanos bajo su ámbito, constituyendo de esta forma un ordenamiento jurídico para el correcto funcionamiento del Estado.

Dentro de la Constitución se reconoce al Estado como el encargado de promover el comercio; no obstante, no olvida que de un lado se encuentran amparados los consumidores, por lo que como veremos a continuación en dos artículos de la Constitución que citaremos líneas abajo, se menciona que la seguridad de los ciudadanos es uno de sus objetivos primordiales para el Estado. Podemos deducir que, si bien el Estado no limitará las relaciones comerciales porque se contrariaría a sí mismo, busca la forma de tener una igualdad en las relaciones comerciales. Es decir, esta igualdad buscaría aminorar la asimetría informativa a fin de hacer del comercio un “juego” más justo en referencia a uno de sus agentes, el consumidor.

El Estado dentro de la economía peruana cumple un papel primordial, siendo el agente encargado de promover el desarrollo del país, pero sin descuidar las relaciones de naturaleza contractual que se den por parte de sus ciudadanos dentro del ámbito tanto nacional como internacional, puesto que es menester del Estado defender el interés de los consumidores y usuarios, asegurando el derecho a la información y velando por la salud y seguridad del consumidor. (CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ, 1993)

Tal cual está contemplado en el Art. 58 de la Constitución *“La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.”* (CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ, 1993)

Cabe destacar que en agosto del 2018, se aprobó un proyecto de ley para modificar el presente artículo añadiendo al rol del estado la de “prevención de desastres

naturales, así como la atención de sus efectos”, señalándose que la justificación de dicho proyecto fue la de “reforzar” dicho rol promotor del Estado. (RPP, 2018)

Entonces, podemos decir que el régimen económico vigente en el Perú es el de Economía Social de Mercado dentro del cual el Estado cumple una de sus funciones primordiales, la de la promoción. Sin embargo, antes de entrar a fondo en el tema, es necesario definir lo que es una economía social de mercado.

“La Economía Social de Mercado surge del intento consciente de sintetizar todas las ventajas del sistema económico de mercado: fomento de la iniciativa individual, productividad, eficiencia, tendencia a la autorregulación, con los aportes fundamentales de la tradición social cristiana de solidaridad y cooperación, que se basan necesariamente en la equidad y la justicia en una sociedad dada.” (RESICO, 2011)

De la anterior definición, podemos denotar que una Economía Social de Mercado reúne elementos del ámbito económico referido a la expansión de las relaciones comerciales dentro del mercado y a su vez intenta mantener un equilibrio en el ámbito social, dando un enfoque a las relaciones de los consumidores dentro de dicha sociedad fundamentalmente económica.

Si bien este modelo económico es característica de grandes potencias mundiales, debido a sus políticas de apertura al capital extranjero, el Perú adoptó dicha economía a fin de ampliar sus relaciones comerciales. Dicho de otra forma, este modelo deviene de la presencia cada vez mayor de la empresa dentro del actual escenario comercial. Gracias a la globalización es que muchas empresas que antes solo tenían presencia dentro de su territorio nacional, pudieron abrirse camino hacia nuevos mercados, generando así un mercado mundial. Y es aquí donde la presencia del Estado toma lugar como el agente motor del desarrollo del país, orientado a este mismo crecimiento comercial.

Cada Estado vela por el crecimiento de su economía, teniendo en cuenta sus propósitos a corto, mediano y largo plazo, así como también las medidas necesarias para llevar a cabo dichos propósitos. Por ejemplo, tomando la definición brindada por nuestra constitución, el Estado peruano está orientado hacia el desarrollo, por lo que sus políticas micro y macroeconómicas estarán orientadas hacia dicho fin.

Si bien mucho se ha hablado del rol del Estado dentro de la economía, existe una disyuntiva entre si el Estado debe tener un rol protector o simplemente debe mantenerse en una posición de orientación. En palabras de Acosta Iparraguire: *“La función del Estado debe ser de mera orientación a las actividades económicas organizadas y dirigidas por los empresarios”*. (ACOSTA, 2003)

Si el Estado actuara en un rol de protección excesiva, este en vez de proteger a la economía peruana y mantenerla fortalecida, ocasionaría todo lo contrario. Dado que, una excesiva regulación limita el comercio e impide que este pueda desarrollarse normalmente dentro de un mercado globalizado. Sin embargo, es necesario destacar que el Estado en pos de promover los nuevos ejercicios comerciales no deja desprotegido a los ciudadanos dentro de estas nuevas relaciones, es decir a los consumidores. Aquí el Estado actúa como un agente capaz de plantear las pautas para el comercio, en los cuáles no hay una limitación en las barreras comerciales, pero tampoco deja el escenario a merced de posibles monopolios o abusos por parte de las entidades mercantiles sobre los consumidores.

El Estado bien reconoce que existe una desigualdad entre los consumidores y las entidades mercantiles dentro de las transacciones comerciales, a lo que conocemos como asimetría de la información. Pudiendo existir a consecuencia de esta multiples atropellos de los derechos de los consumidores, que en su mayoría son desconocidos por dicho agente.

“La Constitución reconoce la situación de desigualdad en la que se encuentran inevitablemente ciertos actores en el mercado y advierte la necesidad de protegerlos, reconoce también las desigualdades sociales que existen en las sociedades modernas, y procura la nivelación de tales diferencias buscando establecer un orden social justo y una economía eficiente.” (GUTIERREZ, 2005)

Partiendo de este punto, hoy en día la situación del consumidor ha recibido la protección de entidades reguladoras dentro del comercio nacional tales como Indecopi, Osinergmin, Ositran, entre otras. Sin embargo, la realidad actual es la que nos está empujando a una economía cada vez más abierta y con menos barreras burocráticas que antes. Desde esta perspectiva, es que el Estado pese a haberse adelantado a la apertura al mercado mundial planteando su rol de promotor de la misma, ha dejado a un lado a un nuevo consumidor surgido de estas relaciones internacionales.

El consumidor dentro de estas nuevas relaciones comerciales no está amparado bajo ninguna regulación, pese a encontrarse enfrentado al contrato de adhesión que tantos problemas a traído consigo para el consumidor nacional.

La función del Estado como defensor de los consumidores, está reconocida en el Art. 65 de la Constitución, el cual dispone: *“El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población”*. (CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ, 1993)

Como se puede observar, la seguridad contemplada por la Constitución es uno de los fines que busca alcanzar el Estado. La seguridad de los ciudadanos únicamente puede estar amparada bajo una legislación adecuada, que permita a los habitantes del país entablar relaciones comerciales y civiles bajo una tutela por parte del Estado.

El papel del Estado es el de promotor, lo que quiere decir que no se va a imponer frente a cualquier agente, simplemente promoverá valga la redundancia dos aspectos necesarios dentro de la economía: el comercio y la justicia. El primero referido a las relaciones mercantiles, que devendrán en un futuro desarrollo del país mediante el intercambio de bienes y servicios en una esfera mundial. Y el segundo referido a la igualdad de condiciones de los agentes participantes. Estos dos aspectos, tomarán lugar dentro de un mercado eficiente.

1.2.1.- PROMOCIÓN DEL COMERCIO

Perú, en pos de una economía globalizada, que ha devenido con la aparición de Internet, ha sabido promocionar su utilización a través del libre acceso a Internet. Adecuando muchas normas y leyes con el fin de promocionar este medio de comercio y hacerlo crecer, brindando a su vez un amparo legislativo que reconozca la legitimidad de estas nuevas relaciones comerciales mediante la utilización de medios electrónicos.

Entre las normas más relevantes de esta nueva entrada legislativa tenemos:

a. Ley N° 28977: Ley de Promoción Comercial

Comprende el trámite necesario para realizar el comercio exterior, comprendiendo la normativa de aduanas, el trámite portuario y algunas sanciones a la exportación. Cabe recalcar que entre esta normativa se encuentra comprendido también un reconocimiento a la utilización de medios electrónicos como facilitador para la entrega de documentos, dándole a este medio legitimidad.

b. Decreto Legislativo N° 668

Esta norma alienta la contratación de comercio exterior, recalcando que la finalidad de dicha norma es el desarrollo del país. A su vez, comprende la libertad de contratación de los agentes en los cuales el

Estado garantiza las vías necesarias para realizar dicho comercio, el trámite y objetos permitidos para la importación, y finalmente un artículo referido a la posición del Estado con una libertad de interferir en la Economía a fin de corregir alguna anomalía durante el comercio. Sin embargo, se ha de recalcar que la ambigüedad de la norma es bastante notoria, puesto que por ningún lado menciona cuales son dichas situaciones y mucho menos las medidas que podría aportar el Estado para la corrección de las ya mencionadas anomalías.

“Artículo 15.- El Estado garantiza la adopción de medidas destinadas a evitar y corregir las distorsiones creadas por las prácticas de competencia desleal en el comercio Internacional tales como dumping y subsidios.” (DECRETO LEGISLATIVO N° 668, 1991)

Si bien este decreto busca facilitar la función del Estado atribuyéndole una función de corrector de las distorsiones de mercado, no especifica cuáles serán dichas acciones, por lo que podemos afirmar que en su mayoría dicho decreto ha buscado entablar una mayor relación con la promoción del comercio, sin preocuparse mucho por el lado de las distorsiones del mercado y su promoción por la justicia dentro de estas nuevas relaciones comerciales.

c. Acuerdos Comerciales

Si bien esta no es una norma emitida por el Estado, no podemos dejar de lado el hecho de que frente a una sociedad enteramente globalizada, el Perú ha firmado infinidad de acuerdos comerciales con otros países a fin de entablar mejores relaciones mercantiles y facilitar el comercio de bienes y servicios entre los países miembros de dichos acuerdos. Sin embargo, ¿Alguno de los acuerdos ha contemplado al consumidor dentro de sus disposiciones?

Perú mantiene diferentes acuerdos comerciales con distintos países para la promoción de la actividad mercantil, entre los más destacados se encuentran el tratado con MERCOSUR, OMC (Organización Mundial del Comercio), la Comunidad Andina, EFTA (Asociación Europea de Libre Comercio), APEC, la Unión Europea, el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos y el respectivo con China. Cabe destacar que, si bien algunos de estos tratados tales como la OMC y APEC promueven un beneficio más que monetario, refiriéndonos al libre flujo de capital de trabajo entre los países miembros; la mayoría de estos tratados están focalizados hacia el ambiente de los negocios.

En distintos tratados se hace hincapié a los beneficios devengados de estas futuras contrataciones comerciales internacionales, teniendo el punto focal en la importación y exportación de distintos productos y a su vez el Estado encuentra aquí una guía para la realización de contrataciones públicas.

Estas actividades de exportación e importación, presentes en las leyes, decretos y en los tratados permiten facilitar el comercio entre distintos países. Por lo que podemos notar claramente que la función de promoción del comercio por parte del Estado está cumpliéndose cabalmente. El Estado, mediante esta promoción de comercio, asegura un crecimiento de la economía peruana debido a la ampliación de su mercado y sus conexiones hacia nuevas economías, sin embargo, hemos de reflexionar si esta es la única forma de promoción que reconoce el Estado o si existe alguna otra.

1.2.2.- PROMOCIÓN DE LA JUSTICIA

“La concepción de la Economía Social de Mercado la eficiencia económica de una economía de mercado libre debe ser combinada con la protección social y la equidad.” (RESICO, 2011)

El Estado conserva dos tipos de promoción reconocida en la Constitución, la promoción del Comercio y la promoción de la Justicia. Como ya se explicó, una de las metas del Estado Peruano es lograr la seguridad de los ciudadanos dentro de la Economía; refiriéndonos tanto a una mejor calidad de vida, lograda por el desarrollo económico mediante el crecimiento del comercio, como a una seguridad de las contrataciones realizadas por dichos ciudadanos.

Líneas arriba pudimos notar que el Estado Peruano cuenta con Tratados, Leyes y decretos que permiten la promoción del Comercio, ¿pero existe también legislación que promueva la justicia?

Obviamente nuestros distintos Códigos (Civil, Penal, Mercantil, entre otros) están basados en esta concepción de Justicia, que busca aminorar las brechas para llegar a una igualdad. Amparados en este punto no podemos expandirnos entre los distintos códigos para probar lo anteriormente mencionado, puesto que lo que compete a la presente tesis es la justicia brindada hacia el consumidor dentro de esta nueva economía peruana globalizada.

a. El Código Civil:

El Código Civil, la herramienta por excelencia de los legisladores para velar por las relaciones dadas entre los diferentes agentes de la economía, ha buscado mantener un conjunto de regulaciones que engloben la mayoría de estas relaciones bajo un ámbito legal. Es así que en pos de esta regulación, ha unificado algunos contratos de carácter mercantil, anteriormente ubicados en el Código de Comercio, ha sabido también velar por las relaciones comerciales internacionales brindando todo un capítulo a las regulaciones sobre el comercio internacional, todo esto en virtud de promover una justicia orientada a la igualdad de condiciones que debe estar presente en cualquier contrato.

Sin embargo, se ha de resaltar que estas regulaciones están orientadas al contrato *business to business*, por lo que si bien existe regulación de las relaciones comerciales internacionales, estas no son las adecuadas a un contrato de naturaleza más de consumo que de comercio internacional. Hago esta precisión, dado que nuestra legislación marca la diferencia entre dichas legislaciones (legislación de consumo y legislación mercantil).

Por ende, la legislación hacia el contrato *business to consumer* es aún un poco ambigua, generando aquí una situación de desigualdad que no está siendo prevista por el Estado y que vendría contrariando a esta promoción de la justicia que afirma el Estado peruano. Veamos a continuación el artículo que podrían adecuarse al contrato e-commerce celebrado por el consumidor peruano.

Artículo 2095.- *“Las obligaciones contractuales se rigen por la ley expresamente elegida por las partes y, en su defecto, por la ley del lugar de su cumplimiento. Empero, si deben cumplirse en países distintos, se rigen por la ley de la obligación principal y, en caso de no poder ser determinada ésta, por la ley del lugar de celebración. Si el lugar del cumplimiento no está expresamente determinado o no resulta inequívocamente de la naturaleza de la obligación, se aplica la ley del lugar de celebración.”* (CÓDIGO CIVIL, 1984)

Como se puede observar este artículo nos da una noción de que ley sería aplicable a los contratos internacionales. Sin embargo, para el contrato e-commerce que realiza un consumidor no se puede decir que sea la más idónea. El primer motivo es que aquí claramente se hace referencia a la autonomía de la voluntad en la elección de determinada ley para que regule la relación jurídica surgida entre las partes. No podemos decir que en un contrato e-commerce, contrato de adhesión

en su mayoría, no exista esta autonomía de la voluntad; sin embargo, como ya se mencionó esta autonomía se encuentra restringida al solo hecho de aceptar o no las cláusulas del contrato sin capacidad de negociarlas.

El segundo motivo, es el problema que existe con el lugar de la celebración del contrato. La celebración de un contrato vía Internet se dará cuando exista el perfeccionamiento del mismo, en otras palabras, el oferente debe esperar la respuesta del comprador respecto a la aceptación de la oferta hecha por el primero.

“Artículo 1373.- El contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente.” (CÓDIGO CIVIL, 1984)

El artículo anteriormente mencionado establece que la perfección de un contrato se da en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente, por lo general, el lugar de residencia del oferente. Claro, con este artículo, se refiere más que todo a los contratos civiles y mercantiles. Mientras que en el Código del Consumidor no hay un artículo específico al que referirse para determinar el momento de la celebración del contrato y mucho menos el lugar que a este corresponda debido a que los contratos de consumo son los contemplados bajo el amparo de la ley nacional, es decir la ley aplicable será la peruana.

Entonces viendo el caso del perfeccionamiento del contrato dentro de un ámbito internacional donde el Internet es preponderante, existen muchos problemas para delimitar la verdadera ubicación de un comerciante. Ya sea por una ubicación falsa, por la pluralidad de domicilios o por la simple dificultad de establecer claramente una dirección al encontrarse el consumidor a miles de kilómetros de la

residencia del comerciante, puesto que una característica propia de Internet es no disponer de un establecimiento fijo, es decir el comerciante y el vendedor podrían encontrarse en cualquier lugar.

Podemos deducir entonces que el Código Civil si bien a reconocido la utilización de medios electrónicos para la facilitación del comercio, aún no dispone de artículos específicos para los contratos *business to consumer*.

b. Manual de protección al consumidor de la región de MERCOSUR

Perú como país asociado al Mercosur en acción conjunta, han buscado brindar una protección al consumidor dentro de este conglomerado de países denominado Mercosur. Es así que, en el año 2015 se presenta un manual de protección al consumidor de la región donde se busca principalmente lograr una armonización de leyes en esta materia.

A su vez será necesario destacar que un documento similar existe, denominado Declaración Presidencial de los Derechos Fundamentales de los Consumidores del MERCOSUR; sin embargo, Perú no ha ratificado dicha declaración, pese a ser una de las normas más acorde al consumidor dentro de un comercio global.

Es necesario destacar que si bien en ambos documentos pertenecientes al Mercosur, se ha tratado del consumidor fuera del ámbito nacional ninguno hace mención a la tratativa frente al e-commerce. No obstante, no se desmerece la iniciativa de llevar el derecho del consumidor más allá del ámbito nacional.

Pese a esto, no podemos olvidar que esta convención si bien brinda una salida favorable al consumidor, no es parte de la legislación peruana viene de una normativa de Mercosur, a la cual algunos países asociados se han ido asimilando para tener una normativa más acorde y un ámbito

más amplio que permita la protección del consumidor de una forma más eficaz frente a relaciones internacionales.

c. Recomendaciones de la OCDE

Las recomendaciones de la OCDE no son parte del ordenamiento legal Peruano; sin embargo, en el mes de octubre del 2018 Indecopi ha promovido estas normas internacionales mediante su página web, para beneficio del Consumidor. Esta legislación es destacable, pues es la única que tiene el Perú en materia del “consumidor electrónico”. Pues si bien tenemos por un lado a Indecopi en materia de Derecho de Consumidor clásico, no tenemos aún una norma o legislación que permita cumplir la promoción de Justicia del Estado sobre dichos consumidores dentro de una nueva esfera de comercio.

Estas recomendaciones, tomando en cuenta la falta de legislación interna, son de gran ayuda para el consumidor, para sentir una seguridad respecto a sus contrataciones; sin embargo, las nociones especificadas dentro de este cuerpo normativo son bastante generales, asumiendo que la razón de esta generalidad es abarcar la mayor cantidad de legislaciones. A su vez, dentro del mismo cuerpo normativo se hace hincapié a la necesidad de complementación de otras normas o directivas para brindar un mayor resguardo al derecho del consumidor.

Vale resaltar que el hecho de que el Gobierno peruano se haya anexado a estas recomendaciones asegura su rol promotor de justicia hacia el consumidor; sin embargo, en comparación con su rol promotor de comercio, aún estamos distantes de tener una verdadera legislación en materia de contratación comercial internacional business to consumer.

d. Acuerdo Sectorial Peruano ASP-IWAP 27:2018 Principios rectores y marco de referencia para la economía colaborativa

Publicada el 16 de Enero del 2019, este acuerdo sectorial nos brinda un alcance por parte del Estado Peruano hacia la economía colaborativa devenida por la apertura hacia nuevos mercados gracias a la tecnología. Si bien este acuerdo describe las oportunidades y desafíos de este nuevo mercado mediante las plataformas virtuales, se ha de recalcar que este documento es una guía voluntaria y por ende los principios inmersos en esta son de orden facultativo, es decir menciona los principios a los que se *deberían* adherir los participantes de este nuevo mercado, siendo estos el Estado, los proveedores y los consumidores más no representa una solución real al problema de la desprotección del consumidor en este nuevo mercado, convirtiéndose así en un documento base más sobre el cual erigir una verdadera solución.

Sin embargo, no se puede desmerecer dicho acuerdo, puesto que en su contenido menciona ámbitos importantes relativos al consumidor, los cuales también serán considerados en la presente tesis a fin de proponer una solución más específica al problema en cuestión.

El primer aspecto relevante es el referido al principio de transparencia. *“Transparencia: Las decisiones y actividades que afectan a los clientes y a los demás son identificables, utilizables, relevantes, oportunas y precisas para permitir que los clientes y otros tomen decisiones informadas”*. (INSTITUTO NACIONAL DE CALIDAD, 2019)

Sobre la base de este principio, podemos dar pie a que las afectaciones al consumidor deben ser publicadas y presentadas a fin de que otros consumidores, sin importar la nacionalidad, tengan conocimiento sobre aquellas empresas infractoras y las afectaciones producidas al consumidor a fin de mantener resguardado efectivamente los derechos de los consumidores. Dentro de esta mismo acuerdo se menciona

también la creación de un registro de quejas y comentarios dentro de la página web del proveedor infractor, no obstante esta iniciativa solo reflejaría el descontento del consumidor con una subsecuente prevención hacia un futuro consumidor, más no menciona la realización de una verdadera medida sancionadora por parte del Estado hacia determinado comportamiento de la empresa proveedora a fin de que este comportamiento cese.

Se resalta que dentro del principio de Responsabilidad se menciona la posibilidad de que el Estado pueda tomar acciones frente al accionar de la empresa proveedora, más no se indica las medidas específicas y nuevamente se destaca que esto es facultativo.

El último punto importante a resaltar se encuentra comprendido dentro del Marco de Referencia respecto a las acciones del Gobierno: *“Las oportunidades para el intercambio de datos entre los operadores de plataforma, los proveedores y el gobierno deben considerarse como autorizadas, por ley o acuerdo.”* (INSTITUTO NACIONAL DE CALIDAD, 2019).

De lo manifestado, podemos desprender que la comunicación entre los agentes del mercado es fundamental; sin embargo, se destaca que se ha limitado el accionar al no mencionar que dicha comunicación también puede darse entre diferentes gobiernos, puesto que este nuevo mercado no solo comprenderá al Gobierno Peruano sino también todos aquellos conectados por el comercio electrónico. Partiendo de este punto se podrá plantear una posible medida que comprenda la comunicación de diferentes instituciones gubernamentales a nivel internacional que permitan brindarle una mayor protección al consumidor.

Entonces podemos decir que este nuevo acuerdo sectorial, es un documento base o guía sobre el cual se pueden plantear nuevas

soluciones más acordes y eficaces frente a los nuevas modalidades de consumo de índole internacional devenidas por el comercio electrónico. Si bien, en el documento en cuestión se menciona la posibilidad de la creación de una nueva ISO, se ha de recordar que esta certificación es de carácter facultativo por parte de las empresas, que pudiendo ser un incentivo a las mismas no se asegura ser la solución correcta frente a la desprotección del consumidor en estas nuevas relaciones de consumo. Tal y como es el caso de la ISO 10008:2013 “Gestión de la calidad - Satisfacción del cliente - Directrices para transacciones de comercio electrónico entre empresas y consumidores” que si bien aborda las transacciones mediante el comercio electrónico (B2C) solo brinda lineamientos a seguir por las empresas respecto a la seguridad y satisfacción del consumidor, donde la empresa decidirá si requiere de dicha certificación en el giro de su negocio.

En la sociedad en la que nos encontramos hoy, prima el comercio; por lo que es necesario el equilibrio de las relaciones dentro del mismo. Mucho se dice que el mercado es capaz de autorregularse por sí mismo; sin embargo, existen los casos en los que el Estado debe intervenir, no como limitante del comercio, solo para orientar hacia dicha autorregulación.

En este sentido, el Estado es el encargado de brindar los mecanismos necesarios para el correcto funcionamiento del mercado, si bien el mercado actual ya es un mercado internacional y global, los participantes aún mantienen una relación amparada en parte bajo la esfera nacional. Por lo que el Estado, está en toda su potestad de intervenir en pos de la seguridad del ciudadano, es decir del consumidor. Recalcando ante todo que no se encuentra limitando el comercio, simplemente interviene como un agente promotor de una igualdad frente a alguna posible alteración en el mercado que pueda dañar al consumidor o afectar la libre competencia.

1.3.- SITUACIÓN DEL CONSUMIDOR EN EL COMERCIO ACTUAL

En la actual sociedad globalizada en la que nos encontramos es de resaltar la posición en la que se encuentran las empresas frente al consumidor. Mucho ha cambiado desde que los contratos se realizaban particularmente mediante la negociación entre un consumidor y un vendedor. Las empresas han crecido en demasía y los consumidores cada vez requieren mayor cantidad de bienes y servicios en una menor cantidad de tiempo, volviendo al preponderante comercio, en algo masivo y de necesidad.

En palabras del jurista Carlos Viguria Chavez (2012), la empresa es el principal agente de mercado, dado que, si bien el consumidor es el centro de comercio puesto que sus necesidades son satisfechas mediante la realización del mismo, es la empresa el actor predominante dentro de esta actividad. Por lo que para que se desarrolle un ambiente correcto de comercio en el cual ambos agentes no se vean perjudicados y exista una mayor aproximación a la equidad, es necesario definir y plantear ciertas pautas sobre la actividad de dichos agentes.

Pero antes de plantear dichas pautas será necesario definir al agente primordial de la presente tesis: “el consumidor”.

Para comprender más a fondo quien es este agente, tomaremos como referencia la definición brindada por el Código del Consumidor, el cual define al consumidor como: *“Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. No se considera consumidor para efectos de este Código a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor”*. (CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR, 2010)

Mediante esta definición, podemos plantear dos características que definirán a nuestro agente; la primera, todo consumidor debe ser el destinatario final del

comercio, Es decir el propósito de quien realice la compra de un bien o servicio debe ser el disfrute del mismo agente o de aquellos dentro de su entorno más cercano, su familia, y la segunda característica, es que el consumidor en cuestión no debe realizar la compra para obtener un bien que luego comercializará. Si bien dentro del concepto, mencionado anteriormente, está contemplado que el consumidor pueda ser una persona jurídica; los bienes objeto de compra que este realice deben ser fuera de su rubro comercial, es decir para la utilización y disfrute de la misma empresa. Por ejemplo, una empresa de lácteos que realiza la compra de maquinaria pesada.

Ahora que tenemos definido nuestro consumidor, es necesario plantearnos una cuestión aquí; si bien nuestro Código del Consumidor, nos brinda una acepción de lo que es un consumidor, al ser una ley nacional, claramente los contratos normados bajo esta legislación son solo contratos nacionales, es decir realizados dentro del territorio peruano; pero ¿cuál es la tratativa de los contratos de comercio electrónico que realiza un consumidor?

Si bien claramente podemos plantear que estos contratos, que en su mayoría son realizados internacionalmente, pertenecen a la esfera del derecho internacional privado; no se puede dejar desprotegido a un consumidor.

Debido a la presencia de la globalización en nuestra sociedad actual, ya no solo podemos hablar de un derecho competente a cada nación, es necesario ir a la vanguardia a fin de lograr una legislación lo suficientemente amplia que genere una verdadera seguridad para el consumidor. Porque un consumidor lo es dentro y fuera de la legislación nacional.

Si bien nuestra legislación se ha ido actualizando en pos de mantener normada las diferentes relaciones legales frente a un escenario donde ya no existen las barreras territoriales de antaño para el intercambio de bienes y servicios, todo esto debido al desarrollo de Internet, se hará necesario recalcar que aún estamos dando los primeros pasos frente a esta nueva sociedad encarante.

Hoy en día las empresas han ido adquiriendo mayor poder frente a los consumidores, debido a la expansión de comercio. Es por esto que, en muchos casos la negociación de los contratos se ha visto ínfimamente reducida, tanto así que los consumidores se hallan casi sometidos a la voluntad de las empresas, quienes imponen sus condiciones para establecer la relación de comercio, ya que la gran masa de individuos contrata para satisfacer sus necesidades. Ahora bien, este era un escenario del consumidor sin Internet, es decir el consumidor que habitualmente podía ir a una tienda para adquirir determinado bien o servicio. Pero ahora frente al Internet, esta brecha que por supuesto es amplia, ha crecido aún más. Si bien el Internet ha dado paso a una mayor amplitud y variedad de comerciantes con los cuáles un consumidor pueda contratar, también ha dado paso a nuevos contratos los cuáles no están amparados bajo ninguna legislación dentro de territorio nacional, es decir se ha abierto un camino hacia nuevas formas de cláusulas abusivas.

Nuestra legislación ha sabido delimitar los contratos de consumo y los contratos comerciales amparándolos bajo distintos ámbitos; sin embargo, qué hacer con el contrato e-commerce. Claramente este es un contrato comercial, su propio nombre lo dice... ¿o es un contrato de consumo?

A nivel internacional, diferentes países como España y Colombia, solo para ejemplificar, consideran al contrato de consumo una rama del contrato comercial, bajo el supuesto de que el consumo solo se realiza por el acto de comercio, es decir están dentro de un mismo campo o ámbito. Sin embargo, nuestra legislación ha puesto a estos dos contratos en ámbitos diferentes. Y he aquí el grial de los contratos, el contrato de comercio electrónico, uniendo diferentes ámbitos que antes ni se pensaba que tuvieran aspectos comunes.

Cabe resaltar que desde que apareció el fenómeno de Internet, nuestra legislación ha sabido adaptarse dando pequeños pasos. Tales como la manifestación de voluntad mediante medios electrónicos, reconocido en nuestro Código Civil; la

utilización de medios electrónicos para la realización del comercio internacional, entre otras. Pero el aspecto común de la mayoría de las implementaciones es en pos de alentar y regular el comercio business to business (B2B) dejando desamparado el comercio business to consumer (B2C).

La necesidad de brindar una legislación que proteja al consumidor dentro de las relaciones de comercio exterior radica en un solo hecho, este tipo de comercio utiliza un contrato muy bien conocido y mencionado con anterioridad, el contrato de adhesión y a diferencia de nuestro Código del Consumidor que ha sabido brindar seguridad al consumidor nacional mediante la identificación de las cláusulas abusivas, no hay hasta la fecha una legislación que proteja adecuadamente al consumidor dentro del e-commerce. No podemos hacer mella en la difusión de las recomendaciones del OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos) promovida por Indecopi en el año 2016, para el conocimiento del consumidor que hace uso del e-commerce. Sin embargo, estas recomendaciones no están incorporadas como legislación, podríamos decir que este es solo un paso hacia la legislación del comercio electrónico.

Muchos podrían pensar que las recomendaciones del OCDE bastan por ahora, para mantener una seguridad relativamente estable para el consumidor dentro del e-commerce; sin embargo, distintos países tales como España ven insuficientes sus diferentes normas para alcanzar una protección adecuada del consumidor, por lo que recurren a normativa internacional a fin de llenar esas pequeñas brechas que hacen insuficiente a una legislación.

Puesta esta reseña, en el caso de Perú, si bien ha existido también el intento de incorporar a nuestra legislación la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, esta no ha sido adoptada por el gobierno peruano. Una de las razones a teorizar, es la falta de un escalón que pueda servir como interpretación de dicha ley modelo.

Para entender mejor la posición del consumidor actual será necesario explicar más a fondo los contratos de adhesión. *“El contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar”* (CÓDIGO CIVIL, 1984). De la definición anteriormente brindada por el Art. 1390 del Código Civil podemos inferir que existe una parte redactante de dicho contrato, que es obviamente el comerciante, el cual tiene y tendrá un mayor manejo de la información generando la asimetría informativa.

Mucho se ha discutido sobre si dentro del contrato de adhesión existe realmente o no una manifestación de voluntad, dado que en los contratos de consumo no existe la negociación previa, como en un contrato típico de compra y venta, además de que el consumidor se encuentra frente a la figura del comerciante; sin embargo, no puede decirse que no existe manifestación de la voluntad por parte del consumidor, pues si este fuera el caso se estaría desnaturalizando el contrato.

En un principio, en todo contrato, existe al menos dos partes que exteriorizan sus voluntades, la del comerciante y la del comprador; sin embargo, he aquí el meollo del asunto, estas voluntades son coincidentes para que se dé el contrato. Pero ¿Es esto posible sin negociación previa?

Existen algunos juristas que plantean que no existe una voluntad en común, que simplemente es la voluntad del comerciante plasmada, mientras que al consumidor solo le queda aceptar o rechazar la oferta, pero al tratarse de monopolios y oligopolios la opción de rechazar queda completamente eliminada. Por lo que el consumidor se encuentra en completa desventaja al verse cuasi obligado a contratar con la empresa que brinde el servicio o bien deseado.

Por otro lado, existen juristas que defienden la existencia de voluntad dentro de este contrato, la cual es manifestada con la aceptación del contrato mediante la firma del mismo, convergiendo la voluntad del comerciante y la aceptación del consumidor de estas estipulaciones en una sola voluntad en común. Se puede decir

entonces que si existe la manifestación de la voluntad del consumidor en el aceptar o rechazar el contrato previamente redactado por el vendedor.

Desde esta perspectiva son muchas las empresas que se encuentran en una posición más ventajosa respecto al consumidor, pero a su vez no podemos exigir que se realice un contrato individual por cada individuo que quiera realizar un contrato de consumo, ya que esto generaría mayores costos. Lo que es recomendable, es que este tipo de contratos tengan una debida regulación con el fin de aminorar la asimetría informativa entre el comprador y el vendedor.

Muchos de los contratos de adhesión ya son revisados por entidades encargadas de aminorar esta brecha entre consumidor y vendedor, tales como Indecopi principalmente, Osiptel, Ositran, Osinergmin, entre otras entidades responsables en cada rubro. Cabe indicar que Indecopi es el ente regulador encargado de la revisión de aquellos contratos de adhesión sin aprobación administrativa a fin de eliminar las cláusulas abusivas.

“Las cláusulas abusivas son todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fé, coloquen al consumidor, en su perjuicio, en una situación de desventaja o desigualdad o anulen sus derechos.” (CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR, 2010). De la anterior definición podemos inferir que el Código del consumidor busca alcanzar una protección para el consumidor en la cual, su situación de desventaja sea menor, ya que como se citó con anterioridad el comprador no dispone de la capacidad de negociar ninguna cláusula dentro del contrato de adhesión. La manifestación de su voluntad recae en el solo hecho de firmar o no un contrato, redactado con pleno acto de voluntad de un vendedor.

Sumado a esto, el comercio en la actualidad se ha vuelto masivo; por lo que los contratos de consumo han tomado un carácter preponderante, ya que existe cada vez una mayor utilización de los mismos debido al tráfico en masa. Y ahora, sobre esta situación de asimetría que conlleva la utilización del contrato de adhesión

hemos de agregarle la utilización del Internet para ampliar los horizontes del comercio.

Tanto es así que en el e-commerce ya no es necesaria una firma física, habitual en los demás contratos conocidos, basta con un click para ser considerado como manifestación de la voluntad del contrato, hecho ya reconocido por nuestro Código Civil. Es decir, el carácter de la sociedad de realizar la mayor cantidad de comercio en el menor tiempo está acelerando tanto que muchas legislaciones comienzan a resultar ineficientes para proteger a este tipo de consumidor.

Es de reconocer que en estos casos es evidente la desigualdad o asimetría informativa, por lo que el Estado en su rol de promotor de la economía no solo puede enfocarse en el incremento y legislación de los contratos e-commerce B2B, sino también ha de enfocarse en aquellos contratos B2C que requieren de una protección inmediata y eficaz que se encuentre dentro de nuestra legislación.

Sin embargo, el hecho de analizar y determinar caso por caso cada contrato de cada consumidor sería una tarea titánica por no decir más, con lo que los procesos de consumo se convertirían en largos procesos de análisis. Es por esto que, en aras de mantener la naturaleza masiva de estos contratos y sin dejar desprotegido al consumidor actual, se establece la posibilidad de establecer algunas disposiciones basadas en los principios UNIDROIT a un nivel supranacional que no solo complemente el Código de Protección al Consumidor sino también cualquier otro código en materia de consumo como un apoyo que llene aquella brecha legislativa que actualmente tenemos dentro del campo del e-commerce. Porque sin desmerecer los alcances brindados por el OCDE es necesario que como nación se mantenga una legislación territorial que pueda brindar protección a este tipo de consumidor. Puesto que, si bien las recomendaciones han sido puestas al alcance del público mediante la publicación de Indecopi, no existe amparo legislativo efectivo que proteja este tipo de relación consumidor-empresa en la esfera internacional.

No se puede olvidar que el Código del Consumidor ha puesto bajo su cargo a cualquier tipo de contrato de consumo cuyos efectos se den en el territorio peruano. Sin embargo, las medidas tomadas para las cláusulas abusivas y las sanciones establecidas a las empresas no pueden ser las mismas que a nivel internacional, debido más que todo a que el Estado en territorio nacional puede compeler a las empresas a respetar estas leyes pero no puede forzar a las empresas extranjeras a que cumplan dichas normativas. Por lo que es necesario una tratativa especial, que no está contemplada dentro del Código del Consumidor.

Nadie puede decir que Indecopi no ha buscado normar estas nuevas relaciones, puesto que está establecida la competencia para todo contrato de consumo cuyos efectos jurídicos se den en territorio peruano, sin embargo tomando como referencia sus anuarios de estadísticas institucionales las denuncias y reclamos establecidas por el consumidor son en su totalidad de ámbito nacional. No se ha establecido que los consumidores planteen sus quejas respecto a contratos de adhesión de empresas internacionales. Entonces ¿estamos frente a contratos perfectos de consumo que no poseen cláusula abusiva alguna?

La respuesta es simple, no. Las cláusulas abusivas siguen existiendo en diferentes contratos de consumo, por no ir muy lejos cada año Indecopi publica la lista de denuncias en torno a esta materia y no es una lista pequeña. Ahora, una vez detectada tal cláusula es eliminada del contrato en Perú, pero ¿que motiva a la empresa a eliminar x cláusula en el comercio con otros países? Pues nada.

Entonces el consumidor peruano se enfrenta a este caso en concreto, una empresa con un contrato sin revisión alguna de sus cláusulas pre redactadas. Se evidencia así que el problema existe, pero que los consumidores peruanos no han recurrido a Indecopi frente a este problema, o que Indecopi no ha podido materializar la reglamentación en estos casos en específico.

Una norma basada en los principios UNIDROIT nos podría ser de utilidad como una guía para un comercio electrónico adecuado. Si bien estos principios son

usados en los contratos comerciales a nivel internacional, se establecerá en un próximo capítulo las similitudes entre los contratos comerciales y los contratos de consumo, con lo que cabe la posibilidad de su incorporación a nuestra legislación existente. Además del hecho de recalcar que los contratos e-commerce reúnen características de ambos contratos, y que estando sin una legislación nacional que proteja al consumidor del e-commerce estamos dejando sin amparo a un número importante de la población.

1.3.1.- RECONOCIMIENTO DEL CONSUMIDOR A UN NIVEL SUPRANACIONAL

Podemos señalar que si no son todos, la mayoría de países poseen legislaciones en torno a la materia de consumidor, pues es sabido que la asimetría informativa latente en las relaciones entre consumidor y comerciante requiere de la presencia del Estado para aminorar esta brecha y evitar las lesiones que pudiera realizarse contra el derecho del consumidor.

Pero como ya se explicó anteriormente, pese a estos intentos de las normativas nacionales por darle una seguridad al consumidor y equiparar esta brecha de desigualdad, las legislaciones han quedado cortas frente al imponente mercado global internacional.

Los contratos e-commerce lograron que en un mercado pudieran competir distintos vendedores de diferentes nacionalidades generando la competencia de precios beneficiosa para el consumidor. Pero del otro lado, el consumidor se enfrenta a contratos de adhesión sin que una entidad en específico pueda velar por sus derechos y aplicar una correctiva eficaz a estas empresas.

Sin ir muy lejos, ¿es que esta figura del consumidor es un agente diferente al de la persona humana? El consumidor es la misma persona humana,

reconocida por distintas constituciones y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que simplemente esta cumpliendo su papel de consumidor dentro del comercio.

Entonces viendo la falencia de la regulación nacional y que el consumidor no es otro distinto a la persona humana cumpliendo un rol ¿por qué no podemos plantearnos un reconocimiento supranacional del consumidor?

Siguiendo la línea de ideas, la persona humana es reconocida en la Constitución Peruana, amparándonos en su Art. 1 donde se establece que *“la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.”* (CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ, 1993)

El Estado en su rol de promotor de justicia, vela por la defensa de la persona humana, por lo que debe velar por el consumidor. Sin embargo, pese a sus intentos la legislación nacional aún es insuficiente.

Esta idea plasmada en la constitución no proviene de la creatividad del legislador, esta basada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que no solo la Constitución peruana ha recogido, sino también diferentes constituciones cuyos países han reconocido los derechos de la persona plasmados en esta declaración.

Por nombrar un ejemplo, la constitución española también ha reconocido a la persona en su Art. 10 *“1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la constitución reconocese interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y

acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España.” (CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, 1978)

No ajeno a esta inclusión de la Declaración Universal de los derechos humanos, se encuentra la Constitución Colombiana. En su artículo 13 cita que *“todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.” (CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, 1991)*

Como podemos observar, claramente la constitucion colombiana esta influenciada por la Declaración y claramente cita y reconoce a la persona como sujeto que merece protección sin mediar discriminación alguna, implicando la nacionalidad. Con lo que podríamos teorizar, que si el Estado reconoce a la persona como sujeto digno de protección, y el consumidor es una persona; el solo reconocimiento del consumidor como persona merece ser protegido sin importar su origen nacional.

La constitución griega tambien reconoce a la persona humana, siendo su segundo artículo donde establece:

“1 - El respeto y la protección del valor de la persona humana constituyen la obligación primordial del Estado.

2 - Grecia, adaptándose a las reglas universalmente reconocidas del Derecho internacional persigue el fortalecimiento de la paz y de la justicia, así como el desarrollo de relaciones amistosas entre los pueblos y los Estados.” (CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE GRECIA, 1975)

La constitución ha reconocido el valor de la persona humana, estableciendo su respeto y protección como una obligación primordial del

Estado y a su vez dentro del mismo artículo menciona su búsqueda de fortalecimiento hacia la justicia. Entonces podemos decir que las constituciones que han reconocido a la persona humana como sujeto de protección guardan similitudes entre sus diferentes textos debido sobre todo a la relación que guardan gracias al reconocimiento de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

Pues bien, si ya establecimos que el consumidor no es otro que la persona humana cumpliendo un rol en el comercio, que los derechos de la persona humana son reconocidos en diferentes constituciones de distintos países alrededor del mundo y que la universalidad de estos derechos reviste un carácter supranacional ¿Por qué excluimos al consumidor de este reconocimiento supranacional?

Podríamos decir incluso que si una vasta cantidad de países ha reconocido a los Derechos Humanos como universales promoviendo el respeto y reconocimiento de la persona humana, estos países que han ratificado la Declaración pudieran reconocer al consumidor en la esfera supranacional, pues este consumidor es la persona humana reconocida en sus constituciones y objeto de protección de diversos Estados.

1.3.2.- INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR NACIONALES E INTERNACIONALES

Así como Perú tiene a Indecopi como la entidad primordial para la defensa del Derecho de consumidor, existen diferentes instituciones en cada país con similares funciones. No se abordará cada una, ya que el capítulo nunca acabaría, no obstante se hará mención de las instituciones más resaltantes.

A. INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL – INDECOPI EN PERÚ

INDECOPI es considerada la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor, la cual se encarga principalmente del cumplimiento de las disposiciones establecidas en el Código de Protección y Defensa del Consumidor y del apoyo y protección de los ciudadanos respecto a sus derechos como consumidor. A su vez propone normas en materia de protección al consumidor, presenta un informe anual respecto a los reclamos, quejas y denuncias interpuestos por los consumidores y diseña mecanismos para la solución de conflictos.

Esta institución es una de las más reconocidas, siendo que no solo vela por la promoción del mercado sino también por el bienestar del consumidor, buscando alcanzar una relación de consumo más equilibrada.

B. DIRECCIÓN NACIONAL DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y ARBITRAJE DE CONSUMO EN ARGENTINA

Esta institución nacional mantiene a su cargo distintas funciones relacionadas a la defensa del consumidor, pudiendo agruparse en tres:

- La aplicación, control y elaboración de políticas públicas en materia de Derecho de consumidor.
- La recepción, registro y tratamiento de las inquietudes y denuncias de los consumidores o usuarios.
- Establecimiento de contactos con otros organismos públicos y privados y con las asociaciones privadas de consumidores sobre temas de consumo. (ARGENTINA.GOB.AR, 2018)

Realizando una pequeña comparación con Indecopi podemos notar que, si bien la primera y segunda función son similares a las que realiza Indecopi en Perú, la tercera es la más resaltante. Ya que insta a que

esta institución mantenga un contacto directo con diferentes organismos no especificando si son nacionales o no, a fin de mantener al Derecho del Consumidor como un tema primordial y de trabajo conjunto.

C. SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR (SERNAC) EN CHILE

Es la agencia del Estado de Chile, encargada de velar por la protección de los derechos de los consumidores, buscando brindar apoyo, información y protección a los consumidores. A diferencia de las dos primeras instituciones, se ha de reconocer que el SERNAC vela por la educación de los consumidores destacando diferentes programas de educación y participación ciudadana.

Cabe destacar que esta institución se ha pronunciado respecto a las compras por internet (e-commerce) internacionales, delegando sus facultades a la Red Internacional de Protección al Consumidor ICPEN, la cual insta a la utilización del sitio web www.econsumer.gov a fin de realizar y compartir reclamos respecto a compras por Internet de empresas extranjeras. Es de reconocerse que es un idea innovadora de cooperación entre distintos países, sin embargo dicho sitio web no se encuentra en funcionamiento actualmente.

D. RED INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR ICPEN

Integrado por 65 países de los diferentes continentes, incluido Perú. Es una institución que busca mantener un contacto regular entre las agencias de protección al consumidor y centrarse en las preocupaciones de protección del consumidor, fomentando la

cooperación entre las diferentes instituciones a fin de obtener un mayor impacto respecto a normativa de consumo. (ICPEN, 2018)

Se destaca que uno de sus objetivos es compartir la información respecto a transacciones internacionales respecto a enfoques regulatorios y riesgos del consumidor, velando por la protección del consumidor cuando realiza compras transfronterizas.

E. COMPAL

El programa COMPAL es un programa que, con el apoyo de la Secretaría de Asuntos Económicos (SECO – Suiza), otorga asistencia técnica en las áreas de Políticas de Competencia y Protección del Consumidor a Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay. El objetivo de este programa es generar mayor confianza en los consumidores de dichos países en mercados nacionales y regionales y a su vez buscar la competitividad de sus mercados. (COMPAL, 2019)

Se destaca que este programa esta enfocado en países de América Latina, a diferencia de la anterior institución que representa un bloque más amplio de países.

F. LA RED CONSUMO SEGURO Y SALUD (RCSS) DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS

Los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA), apoyaron la creación de la Red Consumo Seguro y Salud (RCSS), buscando fortalecer las capacidades nacionales y regionales de cooperación para la detección temprana de los productos de consumo peligrosos y la adopción de acciones coordinadas entre los

organismos competentes, y así prevenir que los riesgos se materialicen en daños a los consumidores. Por lo que promueve, a nivel nacional y hemisférico, la protección de los derechos de las personas consumidoras en la vigilancia de la seguridad de los productos de consumo y el impacto en su salud y bienestar. (OEA, 2018)

Se destaca que dentro de los 33 países que conforman esta red, Perú representado por Indecopi asumió la Presidencia del Comité de Gestión de la Red de Consumo Seguro en el periodo 2018-2019.

G. LA COMISIÓN EUROPEA

Se ha de destacar la puesta en marcha de la cooperación bilateral, trilateral y multilateral que realiza la Unión Europea en materia de Derecho del Consumidor. Si bien esta solo aplica para los países integrantes de este bloque económico, a excepción de China y Estados Unidos con quienes mantiene cooperación trilateral, es de reconocerse las campañas realizadas por la institución respecto a comercio electrónico, destacando su cooperación con el OCDE y el desarrollo de confianza en los consumidores de sus mercados clave como China y Estados Unidos.

CAPÍTULO SEGUNDO: ANÁLISIS DE LOS CONTRATOS UTILIZADOS TRADICIONALMENTE Y LAS RELACIONES VINCULANTES ENTRE LOS MISMOS

Dentro del ordenamiento interno de cada país, se buscó normar la amplia gama de contratos considerando sus propias características y la naturaleza de cada uno de ellos. Se debe de entender que el contrato plasma las voluntades de los firmantes, no obstante, la legislación peruana ha distinguido cada contrato diferenciando de manera general a los típicos y a los atípicos, siendo que los primeros se encuentran regulados en una ley específica a diferencia de los últimos, basándonos en la corriente Civil law de la cual el Perú forma parte.

En torno a esto, habremos de resaltar la existencia de tres clases de contratos fundamentales utilizados en el ámbito interno peruano: el contrato civil, el contrato comercial y el contrato de consumo.

Pero para entrar más a fondo en el tema, primero será necesario definir qué es un contrato y en base a esto analizar las similitudes y diferencias entre los mismos.

2.1.- DEFINICIÓN GENERAL DEL CONTRATO

“El contrato es el centro de la vida de los negocios, cuya función principal consiste en satisfacer los intereses inicialmente opuestos, o por lo menos no coincidentes de las partes contratantes.” (FERNANDEZ, 2009)

Los contratos surgen por la necesidad de comercio, las personas necesitaban intercambiar entre unos y otros una serie de bienes y servicios. Pero ¿cómo asegurar el cumplimiento del mismo? ¿Dónde habría de estipularse el monto dinerario por este intercambio? Era necesaria la aparición de los contratos. Y es así como surge el concepto general de los contratos, ya que fue la misma necesidad de comercio, que dio origen a los mismos, claro está en esta época tampoco estaban estipulados los Códigos que conocemos actualmente. Se habla de contratos en general, dado que en esta época aún no se había establecido una clara

diferencia entre lo que es contrato civil y lo que es contrato mercantil, simplemente primaba la necesidad de intercambiar bienes y servicios.

Con el pasar del tiempo no solo las personas se relacionaban mediante los contratos, sino también aparecieron las obligaciones y los deberes provenientes de la ley, convirtiendo al contrato en solo una de las formas en las que se relacionan las personas tanto jurídicas como naturales.

Pero, centrándonos en el contrato en sí, podemos atribuirle que permite estipular los diferentes parámetros de la relación jurídica, pues mediante un contrato se busca lograr la satisfacción de los intereses de ambas partes, que como en el concepto del jurista César Fernández Fernández (2009), citado anteriormente, en un principio generalmente estos intereses pueden ser opuestos, y es mediante la negociación que surge el acuerdo de voluntades, plasmado en un contrato, donde se busca llegar a un punto en común beneficioso para ambas partes. Claro está nunca se llegará a un beneficio igualitario para ambas partes; sin embargo, se llega a un acuerdo favorecedor, donde ambas partes obtienen lo que necesitan.

Dentro de los contratos se establecen una serie de obligaciones entre las partes que es necesario cumplir, dado que los sistemas legales establecen sanciones para aquella parte que no cumple con su prestación por una causa atribuible.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que no todos los contratos son iguales, ya sea por la forma, los sujetos intervinientes, el objeto o su fin. Los contratos han variado y han ido evolucionando junto con el hombre. A su vez la aparición de los códigos es fundamental para dicho proceso. Citamos a los códigos puesto que son muchos de estos los que han englobado y legislado cada contrato, a fin de regular las relaciones jurídicas y así exista un orden legal. Como en líneas arriba se sostuvo, en un principio los contratos nacen por la necesidad de comercio entre las personas sin una clara legislación que clasifique a sus diferentes tipos; sin embargo, actualmente los Códigos han sido los responsables de distinguir sus características particulares clasificándolos en virtud de sus similitudes.

Tenemos claras definiciones de los diferentes contratos existentes en dichos Códigos, basándonos en el Civil Law, donde se establecen los elementos esenciales, naturales y accidentales de cada contrato, adecuándose por supuesto a cada tipo en específico. Para una mayor comprensión se entiende por:

- *Elementos esenciales*: aquellos elementos que son el motivo del contrato o en otras palabras, los requisitos necesarios para la existencia de los mismos;
- *Elementos naturales*: referido a aquellos elementos estipulados en el contrato de manera inherente, los cuáles pueden ser revocados mediante un específico acuerdo entre las partes; y
- *Elementos accidentales*: aquellos elementos absolutamente dependientes de la voluntad de las partes

Sin embargo, cabe resaltar que es el Código Civil el que ha englobado a la gran mayoría de contratos, dejando incluso sin efecto algunos artículos de otros Códigos que ya regulaban los mismos.

2.2.- CONTRATOS CIVILES

El Código Civil establece que el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. (CÓDIGO CIVIL, 1984)

Es necesario precisar que si bien se establece que el contrato es un acuerdo de dos o más partes, no se ha establecido claramente a qué tipo de acuerdo se hace referencia, ya que existen dos tipos de acuerdos, el primero el de voluntades y el segundo, el de declaraciones. Se especifica a grandes rasgos la diferencia entre ambos, puesto que cuando no hay un acuerdo entre los mismos, podría producirse la invalidez del contrato. Podemos establecer que el acuerdo de voluntades es la intención de realizar el contrato, mientras el de declaraciones es lo plasmado en dicho contrato, en otras palabras, es la exteriorización del acuerdo de voluntades.

A su vez, es necesario precisar que la noción de contratos Civiles es una noción general; sin embargo, es una parte importante de esta tesis, mostrar la necesidad de una distinción entre el contrato comercial (regulado por el Código de Comercio) y los contratos civiles (demás contratos regulados en el Código Civil) respecto a la relación que mantiene cada uno con los contratos de Consumo.

Para entender más sobre los contratos Civiles es necesario traer a colación al Código Civil. El Código Civil de 1984 en su finalidad de evitar la doble regulación de los contratos, regulación establecida mediante el Código Civil y el ya no tan usado Código de Comercio, unifica la legislación englobando también bajo su amparo a muchos de los contratos comerciales. Mucho se ha discutido sobre si esta necesidad de englobar algunos de los contratos comerciales dentro de la legislación Civil, dado el carácter de los contratos comerciales, fue la opción más adecuada, pero nos dedicaremos a establecer las diferencias de los mismos.

Comencemos pues bien a establecer que el contrato Civil en su gran mayoría contiene contratos de carácter bilateral, ya que genera obligaciones a ambas partes y deviene del consenso de dos voluntades. A excepción por supuesto del contrato de Donación; el cual, siendo el único, no se encuentra inmerso dentro de esta categoría, puesto que es el acto unilateral proveniente de la voluntad de una sola persona.

La obligación, dentro del contrato civil bilateral, implica para el comprador la acción de pagar el precio acordado en el contrato y la obligación del vendedor a transferir la propiedad del bien, la cual se da por hecha con la tradición. Aquí claramente estamos haciendo mención al contrato de compra venta, uno de los contratos que claramente es de naturaleza mercantil, y sin embargo está dentro de los contratos Civiles. Pero analizaremos más adelante si sus características permiten que este contrato este sumergido dentro de la legislación del Código Civil o debió permanecer inmersa en el Código Comercial.

Continuando el análisis del contrato de compra venta, dado que este contrato se encuentra recogido en ambas legislaciones, notamos que se encuentra presente la negociación entre las partes antes de firmar el contrato. Mencionamos esta característica puesto que en este contrato la negociación generalmente es previa al contrato, donde ambas partes han establecido sus puntos de vista y fines para llegar a un acuerdo tanto de voluntades como de declaraciones.

Y lo que más nos interesa las partes que integran este contrato son el comprador y el vendedor. Y es aquí el meollo y la crítica de porque está bien o mal el haber englobado algunos de los contratos comerciales dentro de los Civiles. Como se sabe en los contratos que se encuentran bajo el amparo del Código Civil, el vendedor no tiene una clara definición entre si es o no una persona jurídica o natural. Esto podría no parecer relevante, no obstante en el contrato comercial, el cual se explicará más adelante, establece la figura del comerciante, el cual en los contratos acogidos en dicha legislación, es la representación del vendedor, pudiendo ser en su mayoría una persona jurídica, y he aquí algo resaltante, en determinadas ocasiones esta persona jurídica trae a acotación al comercio como finalidad del contrato, con algunas excepciones, puesto que también la figura del vendedor o comerciante podría ser una persona natural y esta misma persona jurídica podría recaer en el papel de consumidor. Recalcamos que en la legislación referente a los contratos comerciales no se excluye a la persona natural, sin embargo, esta debe tener una característica “la habitualidad”, lo cual se desarrollará con más detalle.

Para sostener el porqué de la crítica a este cúmulo de contratos dentro de la legislación civil mencionaremos el contrato de donación, otro contrato que se encuentra también dentro de la legislación Civil.

Es decir, podemos establecer que tanto el contrato de compra y venta y el contrato de donación son contratos enteramente civiles y que como es de esperar guardan ciertas características comunes, pero ¿Es así? Veremos a detalle.

El contrato de donación en primer lugar es de carácter gratuito referido a la transferencia de la propiedad del bien, a diferencia del contrato de compra venta el cual exige el pago sobre el bien en cuestión. En el contrato de donación se establece un donante y un donatario, aquí no podemos decir que es una clara diferencia, puesto que todos los contratos tienen diferentes nombres para los participantes del mismo. Sin embargo, hemos de resaltar que los intervinientes pueden o no ser personas jurídicas o naturales, pero la presencia de una persona jurídica dentro de un contrato de compra y venta tendrá una diferente connotación que dentro de un contrato de donación dada la distinta naturaleza de ambos contratos. Siendo que la presencia de una persona jurídica en un contrato de compra venta es la clara referencia al comercio, mientras que en el contrato de donación no revestiría dicha característica.

Es así como podemos plantearnos la pregunta ¿Por qué el Código Civil ha acogido a dos contratos tan diferentes entre sí? ¿Será que estos contratos enteramente comerciales no tienen casi ninguna característica similar con los contratos ya antes incorporados en el Código Civil? Y lo más importante ¿Fue correcta la incorporación de los mismos a esta legislación?

2.3.- CONTRATOS COMERCIALES

Si bien en el Perú no se tiene una precisa definición de lo que es un contrato comercial pese a su mención en el ya no tan utilizado Código de Comercio, a través de la legislación comparada podemos definir al contrato comercial como *“aquel contrato cuya finalidad es el comercio y que a su vez incluye como uno de los agentes la presencia necesaria de un comerciante.”* (ARAGÓN, 2007)

De esta definición podemos rescatar dos claros puntos: la finalidad y los agentes intervinientes.

Se rescata la finalidad, puesto que en esta denotamos una clara relación patrimonial que no es por lo común característica de todos los contratos Civiles.

Como en líneas más arriba, al analizar los contratos Civiles, se estableció que muchos de los contratos englobados en el Código Civil no guardan relación entre sí mismos; muy por el contrario, guardaban una mayor cantidad de diferencias que similitudes.

Párrafos arriba se tomó como ejemplo, para una mayor explicación, el contrato de compra venta en comparación con el contrato de donación, notando claramente las diferencias existentes entre los mismos. Se trae a acotación nuevamente estos dos contratos ya que con ellos podemos explicar más a fondo la finalidad de los contratos comerciales.

Si bien muchas veces se ha establecido que todos los contratos poseen un carácter patrimonial, no todos revisten la misma finalidad. Los contratos que aún se encuentran regulados bajo el amparo del Código de Comercio y en otras leyes como la Ley General de Sociedades revisten claramente una tendencia comercial, tales como el depósito y la fianza que son contratos de naturaleza mercantil, pero que sin embargo al igual que al contrato de compra venta, estos se han englobado dentro del Código Civil. Si bien a planteamos una crítica del porque se exportó tantos contratos regulados en primer lugar en el Código del Comercio y ahora regulados por el Código Civil, es de entenderse que en pos de la unificación de contratos el Código Civil buscó llenar aquellos vacíos legales y ambigüedades presentadas en un primer momento el texto del Código del Comercio. Puesto que como se sabe el Código Civil no se impone ante las normas de carácter especial, muy por el contrario, estas últimas tienen preferencia de aplicación sobre el primero. Es por esto que se plantea que el ánimo de la unificación de los contratos mediante el Código Civil fue el complementar y hacer más eficiente la legislación de los contratos comerciales. Sin embargo, es de resaltar que con la promulgación del Código Civil de 1984 se derogaron muchos de los artículos del Código de Comercio, bajo la argumentación de considerarlos doblemente regulados, infringiéndose así el ánimo de complementariedad en el cual se basaba la unificación de los contratos. Y es en la actualidad, que muchos de los artículos de dicho Código ya fueron derogados por leyes especializadas en materia de

comercio, tales como la Ley General de Sociedad y la Ley de Títulos Valores, entre otras.

Ahora bien, otra de las características relevantes de los contratos mercantiles son los agentes intervinientes. Este es el punto que claramente marcará la diferencia entre los contratos comerciales y los contratos civiles.

Dentro del contrato comercial siempre se encontrará la presencia de un comerciante, pero qué es un comerciante?, para precisarlo mejor utilizaremos la definición que nos brinda el Art. 1 del Código de Comercio Peruano: “*Son comerciantes: 1) Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente; 2) Las compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a este Código.*” (CÓDIGO DE COMERCIO, 1902)

De la definición encontrada en el Código de Comercio podemos destacar la palabra habitualmente. Para entender lo que es habitualidad, tomaremos el concepto proporcionado en el Código del Consumidor, al ser la única legislación nacional competente a la presente investigación que lo define, el cual cita: “*Se considera habitual aquella actividad que se realiza de manera común y reiterada de tal forma que pueda presumirse que se desarrolla para continuar en el mercado*”. (CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR, 2010)

Es decir, es necesario que la persona natural o jurídica se dedique al comercio, en otras palabras, que no realice dicha actividad esporádicamente. Claramente esta es una marcada diferencia con los contratos englobados en el Código Civil. Dado que muchos de ellos ni siquiera revisten la finalidad del comercio, además de no presentar a este agente comerciante, salvo aquellos contratos ya mencionados anteriormente, donde claramente los mismos revisten un carácter mercantil.

Este punto visiblemente marca una diferencia con los demás contratos Civiles, dado que, en los contratos Civiles comunes, que si pertenecen dentro del ámbito

civil, puede o no participar un comerciante (tal es el caso del contrato de compra venta cuando la actividad es habitual), sin embargo en los contratos comerciales este agente siempre se encontrará presente.

También cabe destacar que este contrato es bilateral, pues como en el caso de los contratos civiles hay una previa negociación, donde se plantean los puntos de vista de ambas partes para llegar a un acuerdo beneficioso para las mismas. Se plantea este acuerdo de voluntades dado que en este caso la asimetría informativa es mucho más amplia al tener la figura del comerciante, el cual dispondrá de mayor información que el comprador, por lo cual será necesario llegar a un acuerdo en común a fin de manifestar la voluntad dentro del contrato mediante la declaración de las voluntades de ambas partes, sin que una de las partes obtenga un desmedro mayor al de lo previsto.

2.4.- CONTRATOS DE CONSUMO

Los contratos de consumo son aquellos cuya finalidad radica en la satisfacción de las necesidades humanas, en este caso las necesidades del consumidor. Esta meta de satisfacción de necesidades se logra únicamente mediante el comercio. Es decir podemos plantear claramente que hay una relación directa entre estos contratos de consumo y el comercio, como un medio y su fin, refiriéndonos a la finalidad con la satisfacción de las necesidades del consumidor.

Los contratos de consumo se encuentran regulados bajo el ámbito del Código de Protección y Defensa al Consumidor en el Art. 45 el cual cita que el contrato de consumo *“es aquel que tiene como objeto una relación jurídica patrimonial en la cual intervienen un consumidor y un proveedor para la adquisición de productos o servicios a cambio de una contraprestación económica.”* (CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR, 2010)

De esta definición podemos establecer claramente que la relación de consumo siempre va a devenir de un previo comercio, sin embargo, en este contrato a

diferencia de los contratos comerciales, que también revisten un carácter comercial, los consumidores están sometidos a las imposiciones de los empresarios, puesto que son estos últimos los únicos que gozan de una información completa respecto a las condiciones del bien o servicio que ofrecen al consumidor, generando la asimetría informativa. Esto se da, puesto que los contratos se encuentran – por lo general - previamente redactados, con lo que se ha criticado si existe o no una manifestación de la voluntad, englobándolos así en contratos no negociados. Se establece que son contratos no negociados, ya que como en los dos anteriores casos de contratos, estos eran redactados conjuntamente por ambas partes contratantes, lo cual como explicamos con anterioridad esto era tomado como la manifestación de la voluntad mediante la declaración de la misma. Sin embargo, en este caso no hay dicho consenso de voluntades, dado que los contratos de consumo son los conocidos contratos de adhesión, es decir, contratos pre redactados por el vendedor. En los cuales, si bien existe una manifestación de la voluntad, mediante la aceptación o rechazo del contrato, no existe una previa negociación. Es decir, no podemos hablar de una completa libertad de decisión, dado que en muchos casos el consumidor se encuentra forzado a adquirir el bien o servicio en las condiciones que determine el proveedor, dado que es el único proveedor que posee o facilita dicho bien o servicio. Muchos de estos casos se tratan de bienes que no pueden ser sustituidos por otros y/o servicios que tienen relación con las necesidades primarias, lo que se agrava aún más si dicha contratación debe llevarse a cabo en mercados oligopólicos o monopólicos

En otras palabras, no podemos afirmar que no exista manifestación en los contratos por adhesión, puesto que si la hay; solo que esta se expresa mediante la aceptación de las cláusulas pre redactadas. Es decir, no hay una capacidad amplia para que el comprador pueda decidir libremente, sino que se encuentra forzado a contratar aceptando todas las cláusulas en su conjunto, a pesar de no estar de acuerdo con la totalidad de las mismas.

Para un mayor entendimiento, un contrato de adhesión es aquel que es previamente redactado por una de las partes, en este caso el vendedor o proveedor, y donde el consumidor básicamente se limita a manifestar si está o no de acuerdo con lo estipulado en dicho contrato y firmarlo de ser afirmativa su respuesta. Es esta pues, otra de las características más importantes a resaltar de los contratos de adhesión, ya que al carecer de etapa de negociación, el acuerdo de voluntades existe por la sola firma del consumidor como ya se mencionó .

Como se puede observar aquí claramente, existe una asimetría informativa muy marcada, dada la mayor información de la que dispone el proveedor y a su vez de la especialización que posee el mismo, pues existe muchos casos en los que el consumidor está en una posición donde no puede elegir el rechazar el contrato ya que existe un solo proveedor del servicio o bien, y para satisfacer la necesidad de este consumidor, el mismo se ve obligado a aceptar el contrato, pudiendo no estar de acuerdo con las cláusulas establecidas por este.

Es por esto que el Estado, en su posición de aminorar la asimetría informativa y velar por el consumidor, establece una serie de entidades reguladoras de dichos contratos a fin de que el consumidor no se encuentre desprotegido frente a estas estipulaciones por parte del vendedor, es decir puesto que son contratos redactados con anterioridad es de suma importancia que sean revisados por un órgano de supervisión por parte del Estado para defender al consumidor. Ya que a diferencia de otros contratos aquí no hay una negociación previa que permita establecer los lineamientos y cláusulas que conformen el contrato.

Es por eso que el Estado en su rol de promotor de la justicia vela por el interés del consumidor, aminorando la posición en la que se encuentra el consumidor producto de la asimetría informativa, lo cual observamos en el capítulo anterior.

Entonces de la definición dada en un principio por el Código del Consumidor, previamente expuesto, elegiremos los aspectos más relevantes: la finalidad, los sujetos intervinientes, la habitualidad y la asimetría informativa.

Respecto a la finalidad podemos observar que esta se encuentra claramente relacionada al comercio como ya se mencionó, si bien sabemos que la finalidad de todo contrato de consumo es el consumo mismo, este solo se puede materializar mediante un acto de comercio puesto que es una relación estrictamente basada en este último, por lo que se encuentra presente en el intercambio de un bien o servicio, a cambio de una compensación de carácter monetario.

Como un dato interesante a resaltar es que estos contratos son de naturaleza onerosa, ya que hay una contraprestación a cambio. A diferencia de alguno de los contratos civiles, que en muchos casos no reviste esta onerosidad. Si bien existen ciertos contratos de consumo en los cuáles no hay una retribución, es decir la entrega del bien o servicio es gratuito, estos no serían considerados como contratos de consumo, salvo que se deriven de un contrato principal o tengan la finalidad de fomentar el consumo.

El otro punto relevante obtenido es el de los sujetos intervinientes, los cuales en este caso son un consumidor y un proveedor. De acuerdo al artículo IV del código del consumidor (2010) podemos decir que el consumidor generalmente es una persona natural a excepción de los microempresarios que siendo personas jurídicas son considerados consumidores cuando se evidencie una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto del consumo de aquellos productos o servicios que no formen parte del giro propio del negocio. Mientras que el proveedor generalmente es una persona jurídica, el cual siempre dispone de una mayor información generando la ya conocida asimetría informativa. También podría presentarse el caso de ser una persona natural con la misma característica que se explicó en el contrato comercial, en otras palabras, es una persona natural que realiza el comercio de forma habitual, es decir la actividad comercial no la realiza de forma extemporánea.

Para una mayor explicación es el mismo Código de Protección y Defensa del Consumidor en su Art. IV de definiciones que cita en el numeral 2: “*Los proveedores son 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*” (CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR, 2010). Podemos observar claramente en esta definición una característica ya conocida con anterioridad “la habitualidad” de este agente. Pero si analizamos desde una perspectiva global a ambos agentes, no encontraríamos definiciones similares, el único nexo por el momento es la habitualidad.

Dentro de la definición que el Código del Consumidor nos brinda sobre los proveedores, observaremos una figura familiar “el comerciante”. Este es definido por el artículo IV del Código de Protección y Defensa del consumidor, el cual define a los comerciantes como “*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.*” (CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR, 2010)

Del anterior concepto, como principal factor de análisis debemos destacar que es este comerciante quien siempre posee una mayor información que el consumidor generando la ya conocida asimetría informativa. Al observar nuevamente esta definición, podemos encontrar claramente la similitud del comerciante en los contratos de comercio y del comerciante en los contratos de consumo. ¿Es que estamos hablando del mismo agente participante en ambos contratos?

Pues la respuesta es afirmativa, en ambos contratos participa el mismo agente que es el vendedor, el comerciante, el proveedor... Para explicar mejor por qué llegamos a esta conclusión basta con analizar las diferentes características del

comerciante, en el caso de los contratos comerciales y el proveedor, en caso de los contratos de consumo. Como dato relevante es necesario denotar que incluso en la misma definición que nos brinda el Código del Consumidor, encontramos que una de las categorías que se desglosa de la figura del proveedor, es la figura del comerciante. Es decir en ambos casos se encuentra presente dicho agente.

Viendo las implicancias que trajo el incorporar varios de los contratos comerciales a la esfera civil, mi opinión sería que este englobamiento de contratos no fue el correcto, puesto que el Código Civil al incluir en un primer momento a los contratos comerciales no complementó la legislación existente, a mi parecer en busca de la unificación de contratos bajo una misma legislación caería en un conocido dicho “quien mucho abarca poco aprieta”. En este caso es posible que el legislador no debió dejar sin efecto los diferentes artículos del Código de Comercio, pues si muchos de ellos se hubieran mantenido vigentes la complementariedad que buscaba el Código Civil habría tenido más sentido.

Pero centrémonos en lo que nos corresponde, ahora que tenemos las definiciones de los tres diferentes contratos podemos establecer la relación entre los mismos en base a sus similitudes y diferencias.

Es menester de la presente tesis plantear que el Contrato de Consumo tiene naturaleza mercantil dado que uno de los participantes es un comerciante (parte fundamental de los contratos comerciales) y sin embargo siendo que la finalidad de los contratos de consumo es el consumo tal como su propio nombre lo dice, siendo este detalle retórico, el consumo se logra únicamente mediante el comercio, dando a notar así la clara relación que mantiene con la actividad comercial.

Es por eso que tanto en el contrato comercial como en el contrato de consumo podemos encontrar una misma finalidad debido a que el carácter fundamental de ambos contratos es enteramente comercial, visto desde la perspectiva del proveedor que actúa con ánimo de lucro .Y a su vez podemos establecer que en ambos contratos existen los mismos agentes intervinientes: el comprador y el comerciante, resaltando que en esta relación

contractual prima la asimetría informativa tanto para los contratos comerciales como para los de consumo. Se propone que en ambos contratos prima esta asimetría en mayor cantidad puesto que en el contrato civil existe la negociación previa para establecer las diferentes cláusulas del contrato expresadas mediante la manifestación del mismo. Sin embargo, pese a que en el contrato de comercio también existe una negociación previa, nos topamos con el comerciante, uno de los agentes intervinientes del contrato, el cual siempre posee una mayor información respecto al consumidor o comprador. Es necesario, determinar que en los contratos civiles la asimetría es menor puesto que en aquellos contratos de naturaleza mercantil amparados bajo el Código Civil el vendedor no realiza la actividad habitualmente por lo cual la asimetría de información tiende a ser menor, ya que el vendedor no mantiene una especialización, ni dispone de mucha mayor información que el comprador; a diferencia de los contratos de consumo y contratos comerciales, donde la habitualidad es característica fundamental en los agentes intervinientes. Si bien si puede existir diferencia entre las informaciones que manejan ambos participantes del comercio, no hay demasiada asimetría para el caso de los contratos comerciales.

La más importante de las similitudes, cabe resaltar, radica en el agente interviniente del comerciante. Nos centramos en este agente puesto que se presenta en ambos contratos, tanto en el contrato comercial como en el contrato de consumo, apareciendo en este último dentro de una de las clasificaciones de proveedor. Es decir, ambos contratos presentan una similitud en la conformación de los agentes intervinientes.

Por último, respecto a la negociación antes de la firma del contrato encontramos que tanto el contrato civil como el contrato comercial gozan de esta negociación entre los agentes intervinientes. Sin embargo, es aquí donde el contrato de consumo marca una diferencia con los anteriores, por lo cual recibe una tratativa especial, ya que por lo general, no dispone de esta negociación previa. Como se mencionó con anterioridad, dada la alta tendencia del comercio electrónico, este se ha vuelto masivo con lo cual dentro del ámbito económico en el que nos encontramos logra aminorar los costos y el tiempo. Es decir, pese a que el contrato es redactado por una de las partes con anterioridad, el vendedor; este sigue siendo utilizado puesto que implicaría mayores costos el hecho de negociar

cada contrato con cada consumidor, dado que dentro de la situación masiva de comercio en la que nos encontramos este contrato se ha vuelto en uno de los más utilizados.

Sin embargo, el Estado en su rol de promotor de la economía no puede dejar desprotegido al consumidor. Se utiliza este término de desprotección debido a la situación en la que se encuentra el consumidor ante el vendedor, dado que no goza de la negociación en el contrato. Es por esto que el Estado regula estos contratos de adhesión y cláusulas abusivas para lograr la disminución de la asimetría producida por la utilización de los mismos, donde en muchos casos el consumidor no goza de una amplia capacidad de decisión, limitándose en aceptar o rechazar la totalidad de las cláusulas dentro de un contrato.

Es por estas similitudes que en algunos países se considera al contrato de consumo como un derivado de los contratos comerciales, ya que son más las similitudes que las diferencias presentes en los mismos. Motivo por el cual la presente tesis plantea la creación de una norma modelo inspirada en determinados principios UNIDROIT sobre los contratos de consumo, ya que producto de la asimetría informativa, es necesario una legislación que aminore esta brecha informativa.

Como bien se sabe, la aplicación de los principios UNIDROIT fue en un principio para los contratos comerciales; sin embargo, no podemos dejar de lado que mediante los principios UNIDROIT se busca cautelar los derechos de los consumidores, por lo que es hipótesis de la presente tesis plantear la aplicación de una norma (soft law) basada en determinados principios UNIDROIT a los contratos de consumo, a fin de complementar el Código del Consumidor en campos en los que Indecopi mantiene una legislación poco eficaz y que a su vez pueda ser acogida por aquellos países que puedan tener una legislación similar en torno al consumidor internacional. Se ha de destacar que la finalidad de los principios UNIDROIT es abarcar la mayor cantidad de contratos, por lo que amparados en la similitud que guardan los contratos comerciales con los de consumo y dado que en otras legislaciones este último es una modalidad del primero, se ha de teorizar que estos son un complemento necesario a nuestra legislación. Es importante resaltar que dentro del texto de los principios UNIDROIT este mismo recalca que excluye a los contratos de consumo para evitar contraponerse a la legislación nacional de cada país

concerniente a la protección del consumidor. Sin embargo, a opinión personal, este podría ser un error dado que dichos principios podrían ser la respuesta a distintos vacíos legales encontrados en nuestra legislación, sobre todo ahora que las relaciones de consumo comienzan a revestir un carácter internacional.

Si bien ya tenemos una legislación enteramente dedicada a los contratos de consumo podemos observar que esta ha sido insuficiente, por lo que el Código Civil también se ha visto en la necesidad de complementar ciertos aspectos en los que se existe una afectación a la figura del consumidor. No obstante, pese a estas normas aún existen nichos donde la legislación no está siendo suficientemente efectiva. Siendo uno de estos nichos el de las cláusulas abusivas de contratación en los contratos e-commerce.

Las cláusulas abusivas han sido recogidas bajo el amparo del Código de Protección y Defensa del Consumidor principalmente; sin embargo, realizando un análisis de los últimos años (2014-2017) se ha encontrado distintos tipos de resoluciones respecto a la existencia de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo. Es decir, existe aún un motivo por el cual la legislación está siendo insuficiente. Ahora, si ya hemos encontrado que la legislación nacional está teniendo falencias en el ámbito nacional, ¿Qué podemos esperar del ámbito internacional en materia e-commerce?

Entonces, habiendo expuesto las similitudes de los contratos de consumo con los contratos comerciales y después de un análisis que se realizará sobre los principios UNIDROIT pertinentes al Derecho del Consumidor, se plantea que la posible aplicación de una norma amparada en determinados principios UNIDROIT, utilizados en diferentes países, podría ser la solución a la presencia de las cláusulas abusivas y otras formas de asimetría en los contratos de consumo en el ámbito e-commerce. Lo cual analizaremos más a profundidad en los siguientes capítulos.

CAPÍTULO TERCERO: LAS RELACIONES DE CONSUMO Y LAS AFECTACIONES AL DERECHO DEL CONSUMIDOR

Frente a un escenario global donde cada vez más prima la existencia de la desmaterialización de los contratos físicos plasmados en papel, es que aparecen los contratos e-commerce. Estos contratos han permitido la interacción de diferentes agentes de mercado de distintos países, que ahora se encuentran no solo frente a un escenario nacional, sino también en un mercado internacional.

Sin embargo, si bien los contratos e-commerce han permitido estas nuevas relaciones y son también reconocidos y validados como contratos pese a su naturaleza electrónica, también poseen ciertos problemas para el consumidor.

El principal problema reside en que el contrato e-commerce en materia del consumidor es un contrato de adhesión, es decir un contrato cuyas cláusulas han sido redactadas previamente por potestad del vendedor y donde el consumidor solamente puede decidir entre aceptar o no.

Aquí es necesario recalcar que si bien, este contrato en el ámbito local es revisado por Indecopi u otro organismo regulador competente, tal como la Superintendencia de Banca y Seguros, a fin de determinar la existencia de cláusulas abusivas contenidas, no podemos exigir que Indecopi revise todas las cláusulas contenidas en cada contrato de empresas internacionales en el enorme y creciente mercado global. Sin embargo, es posible que el consumidor sea capaz de detectar una cláusula abusiva y pedirle a Indecopi poder revisar el contrato, para lo cual es necesario que el consumidor conozca cómo detectar una cláusula abusiva.

Pero primero veremos, para entrar en contexto, qué es un contrato e-commerce y las dos variedades de contrato que se encuentran inmersas en este ámbito electrónico a nivel internacional, para luego entrar a más detalle en el contrato que esta nueva modalidad de comercio implica, el contrato de adhesión y finalmente, entrar a fondo en las cláusulas

abusivas contenidas en el mismo y que son efecto de estudio de la presente tesis, por ser un elemento lesivo para el derecho del consumidor.

3.1.- RELACIONES DE CONSUMO A NIVEL NACIONAL

Las relaciones de consumo a nivel nacional se encuentran reguladas en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, quien ha sabido procurar por la protección del consumidor a nivel nacional. Es necesario destacar que en este mismo código, se han establecido las diferentes formas de asimetría en las que se encuentra el consumidor, a fin de hacer respetar los derechos del mismo también contemplados en este cuerpo normativo.

Pese a la existencia del Código de Defensa y Protección del Consumidor, se resalta que en los últimos tres años (2015-2017) aún existen ciertas resoluciones emitidas por el Indecopi indicando la presencia de cláusulas abusivas. Sin embargo, se ha de destacar que la legislación es competente al referirse a medidas correctivas a todos aquellos comerciantes que aprovechándose de su posición favorecedora en las relaciones de consumo consignan cláusulas abusivas u otras formas de asimetría informativa en los contratos de adhesión empleados.

Siendo que este campo de las relaciones de consumo a nivel nacional si se encuentra regulado, no será materia exhaustiva de investigación, solo se hace la mención con fines académicos y dado el caso de que la aplicación de los principios UNIDROIT tuviera implicancia alguna en este tipo de relaciones de consumo

3.2.- RELACIONES DE CONSUMO A NIVEL INTERNACIONAL

Gracias a la globalización preponderante en nuestra sociedad es que la apertura a un mercado mucho más amplio ha sido posible, lo cual ha representado para el consumidor una ventaja y una desventaja.

La ventaja se refleja al tener mayores opciones para realizar un contrato de consumo, gozando con una amplia variedad de bienes y servicios, y un extenso

número de comerciantes con los cuales contratar; sin embargo, es aquí mismo donde reside la desventaja, al ser un comercio mundial este implica en muchos casos la característica de *masivo*, con lo que la gran mayoría de los contratos empleados en este tipo de relaciones de consumo son los contratos de adhesión.

Es necesario destacar que el Código de Protección y Defensa del consumidor ha buscado abarcar todos aquellos contratos nuevos que han aparecido gracias al avance de la tecnología y a la apertura a nuevos mercados, consignando en su artículo III del título preliminar que las disposiciones de dicho cuerpo normativo “se aplican a las relaciones de consumo que se celebran en el territorio nacional o cuando sus efectos se producen en éste.” (CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR, 2010)

Es decir, el Código de Protección y Defensa del Consumidor ha intentado abarcar con muy poco éxito dichos contratos, pues como anteriormente mencionamos las medidas correctivas son efectivas cuando hablamos de comerciantes que mantienen establecimiento en el país que incurren en cláusulas abusivas u alguna otra forma de asimetría, ¿pero cómo podría plasmarse dichas sanciones a un comerciante que reside en otro país? La respuesta es sencilla, es casi imposible puesto que el legislador plasmó dichas medidas correctivas en torno al territorio nacional y materializarlas fuera del Perú resulta ilusorio.

Existen diferentes tipos de relaciones de consumo a nivel internacional, variando entre aquellas que se dan gracias a las plataformas virtuales (comercio electrónico), las que se desarrollan cuando el consumidor siendo de una nacionalidad determinada realiza un contrato en otro país o cuando el consumidor y el proveedor realizan un contrato en un tercer país que no es el de ninguna nacionalidad de los contratantes. Aquí se resaltaré que es el consumo mediante el contrato e-commerce el más común y utilizado por ser de fácil alcance gracias a la globalización y para la presente tesis el más importante al reunir el mayor número de consumidores afectados por las cláusulas abusivas y otras formas de asimetría

3.2.1.- LAS RELACIONES DE CONSUMO A NIVEL INTERNACIONAL MEDIANTE EL CONTRATO DE COMERCIO ELECTRONICO (E-COMMERCE)

Para entender lo que es un contrato e-commerce o de comercio electrónico, primero será necesario explicar sobre este tipo de comercio.

El comercio electrónico es el *“uso de las tecnologías de la informática y las telecomunicaciones, que soportan las transacciones de productos o servicios entre las empresas, entre estas y particulares o con el Estado.”* (MALCA, 2002)

Debido al desarrollo de la tecnología y la globalización, las transacciones y relaciones entre los agentes del comercio han cambiado sus formalidades. Antes, por ejemplo, los contratos requerían la presencia física de los representantes de la empresa y del consumidor, dado el caso. Ahora simplemente pueden realizar un contrato electrónico gracias a que la firma digital ya es reconocida por un vasto número de países.

El contacto entre vendedores y consumidores ahora es un contacto meramente electrónico mediante las diferentes plataformas virtuales existentes en este nuevo mercado. Es decir, la utilización de medios tecnológicos en la comercialización ha permitido desarrollar nuevas características en el mercado que traen ventajas tanto para el vendedor como para el consumidor.

Tomando como referencia al Dr. Oscar Malca (2002) las principales ventajas presentes en el mercado son:

A. PENETRACIÓN DE NUEVOS MERCADOS

Desde el lado del vendedor, esta ventaja representa mayores ganancias y poder ampliar su mercado foco. Es decir, en el caso que una empresa X comercialice determinado producto dentro de su país y que además dentro de este mercado nacional tuviera una fuerte competencia, el hecho de poder incursionar en un mercado donde se requiere su producto y la competencia es menor, le permitirá mantener su negocio a flote y a su vez le generará ganancias, tanto por el gasto menor que representa abrir una plataforma virtual en vez de un lugar físico en naciones extranjeras como también por un mayor número de potenciales clientes a los cuáles ofrecer el producto en cuestión.

Ahora desde el punto de vista del consumidor, el mercado mundial abre las fronteras hacia nuevos vendedores en cualquier país, lo que genera un decrecimiento en los niveles de precio debido a la rivalidad entre las diferentes empresas que ofrecen un mismo producto. Es decir, gracias a la libre competencia el consumidor puede adquirir un producto de buena calidad a un menor precio que el que conseguiría en un mercado nacional.

B. FACILITACIÓN DE LA COMPRA Y VENTA

La compra y venta gracias a las plataformas virtuales tiende a ser más rápida y con una disponibilidad inmediata, lo que genera en los consumidores una mayor comodidad al realizar sus compras. Por ejemplo, las plataformas virtuales están abiertas las 24 horas a diferencia de las tiendas convencionales, un consumidor que no tuviera tiempo para realizar una compra que requiera su presencia física en la tienda, tendría la disponibilidad de realizarla desde la comodidad de su casa y mediante un pago seguro respaldado por la página web de la tienda donde realice la compra.

Las empresas a su vez, puede atraer nuevos clientes y fidelizar a los anteriores ofreciendo un nuevo servicio, la adquisición de productos vía online, con la misma seguridad que cualquier compra tradicional. Esto genera que nuevos clientes puedan conocer la empresa y realizar una compra y venta, generándose así una nueva forma de ampliar su mercado. En Perú por ejemplo son contadas las tiendas que ofrecen sus servicios vía plataformas virtuales, por lo que las pocas empresas que incursionan en estas nuevas prácticas no cuentan con mucha competencia a nivel nacional.

C. MEJORA EN LA COMUNICACIÓN

En las contrataciones convencionales donde se requería la presencia física de los agentes de mercado, la comunicación entre ellos para realizar un contrato se volvía engorrosa y con un costo alto. En los dos lados de la comercialización se requería que sus representantes se encontraran en un lugar en común donde pudieran acordar las cláusulas del contrato. Actualmente, si bien se hace uso de los contratos de adhesión, el consumidor es capaz de comunicarse con la empresa a fin de saber las características de determinado producto y las políticas de reembolso en caso de desperfectos.

Esta nueva forma de contacto logra la fidelización de los clientes mediante el trato personalizado que se les brinda, lo que a su vez genera una mayor confianza en nuevos clientes, capaces de ver los comentarios y las opiniones generadas en distintas plataformas virtuales sobre cualquier empresa de su interés.

Podemos definir al contrato electrónico como *“aquella modalidad de contratación de bienes o servicios realizada a distancia entre sujetos que*

pueden o no intervenir con carácter profesional en el tráfico, a través de los soportes electrónicos proporcionados por las nuevas tecnologías de la información y comunicación, particularmente Internet, como instrumento más representativo de la actual revolución tecnológica”. (NIETO, 2016)

La contratación electrónica puede referirse a infinidad de contratos, claro está la mayoría de ellos vinculados al comercio; sin embargo, para definir lo que es un contrato e-commerce, agregaremos a la anterior definición que estos contratos deben revestir el carácter comercial por lo que será necesaria la presencia de un comerciante.

Ahora bien, dentro de esta nueva clase de comercialización existen tres agentes: el comerciante, que en su mayoría es una empresa; el consumidor y el Estado. Para la presente tesis solo analizaremos dos contratos inmersos en estas relaciones: los contratos entre dos empresas (contrato business to business) y los contratos entre empresas y consumidores (contrato business to consumer), ya que se encuentran entre los más usados dentro del mercado y es objeto de estudios para la problemática de esta investigación.

3.2.1.1.- EL CONTRATO BUSINESS TO BUSINESS (B2B)

“Se trata de una modalidad de comercio electrónico que se realiza de forma exclusiva entre empresas pertenecientes al sector privado. Es lo que podríamos denominar comercio al por mayor y que supone que en la mayoría de los casos el empleo de contratos mercantiles”. (GONZALEZ & LAGUNA, 2002)

Las negociaciones entre empresas vía plataformas virtuales y mediante el uso de tecnología, es hoy en día uno de los canales de contratación más utilizados; sin embargo, aquí es necesario recalcar que las empresas tienen la capacidad de negociar las cláusulas de contratación, con lo que la asimetría de la información tiende a ser menor. Como ya se mencionó en un capítulo anterior,

el contrato mercantil o comercial reviste la forma de dos empresas en contacto que puedan negociar las cláusulas a fin de perfeccionar un contrato para comercializar un bien o servicio. Cabe indicar que aquí no se toma en cuenta el consumo final, solamente la relación costo-beneficio, haciendo referencia a la naturaleza general de casi todas las empresas que es generar la mayor cantidad de ganancias a un costo relativamente bajo.

Se habrá de recalcar que este contrato B2B está amparado bajo la normatividad del Derecho Internacional Privado. Sin desmerecer las diferentes contemplaciones en los tratados entre Perú y otros países, y algunas normativas de carácter internacional.

Ambos lados contratantes, la empresa nacional y la empresa internacional, pueden establecer cualquier cláusula en el contrato, en torno a la libre voluntad de la que disponen, ateniéndose solamente al orden público y las buenas costumbres. Recalcando que, ante cualquier desavenencia entre las partes, generalmente recurren al arbitraje, por ser un medio más idóneo para la resolución de conflictos y al haber dos legislaciones en contraposición, salvo pacto en contrario.

En Perú, la normativa respecto a este tipo de contrato B2B (business to business) en el comercio electrónico es amplia, ya que Perú ha sabido promover este tipo de contrato mediante los tratados firmados con otros países, la acogida de normativa internacional como los principios OCDE y las leyes relativas a la promoción del comercio donde se reconoce el empleo de tecnología para el perfeccionamiento de los contratos. Sin embargo, la tratativa respecto al otro contrato inmerso en el comercio electrónico es muy diferente al B2B.

3.2.1.2.- EL CONTRATO BUSINESS TO CONSUMER (B2C)

En palabras de Fernando Roa Diaz (2012) este tipo de contrato se da mediante medios electrónicos y con la presencia en uno de los extremos contractuales de un empresario o proveedor y en el otro extremo un consumidor. Destacando a su vez que en este contrato B2C se toma en cuenta al destinatario final, es decir al consumidor, que es una de las partes del contrato, lo que marca la diferencia con el anterior contrato.

No podemos olvidar que, ante la naturaleza del mercado global, un comerciante no puede negociar contrato por contrato ante cada consumidor que se le presente, ya que esto representaría una tarea casi imposible, por lo que las empresas utilizan un contrato de adhesión en su plataforma virtual. Y es aquí donde el punto crítico comienza.

Primero, ha de entenderse que un contrato de estas características no puede recibir un mismo tratamiento que el contrato B2B, por lo que, si bien este contrato es comercial y está relacionado al ámbito internacional, no se encuentra legislado bajo estas normas. Entonces, ¿dónde se encuentra amparado el contrato B2C? La respuesta es obvia, en el Código del Consumidor.

Segundo, al ser el comerciante el único encargado de la redacción del contrato B2C, la asimetría informativa presente en el mismo es mucho mayor a la existente en los contratos de consumo celebrados en la esfera nacional. Es decir, un contrato B2C representa la voluntad entera del vendedor quien es el único que maneja una información completa, mientras que el consumidor debe simplemente aceptar o rechazar el contrato por completo. Claramente aquí hay una diferencia notable con la tratativa en el derecho interno, debido a que Indecopi tiene a su cargo la revisión

de las cláusulas abusivas a nivel nacional, pero no existe una entidad encargada de velar por la presencia de estas cláusulas en los contratos electrónicos celebrados por el consumidor a nivel internacional.

Y tercero, pero no menos importante, la libertad del consumidor de elegir se ve restringida frente a un agente que no es regulado como lo es en la esfera nacional, lo que genera en el consumidor desconfianza ante este nuevo modo de contratación y temor al no tener sus derechos completamente resguardados y reconocidos por el Estado, en materia de consumo.

3.2.1.3.- RELACIÓN ENTRE EL CONTRATO B2B Y EL CONTRATO B2C

En un mercado casi global, sin restricción alguna en la entrada de empresas al mercado donde prima más que todo el comercio a un nivel altamente competitivo, diferentes empresas y consumidores tienden a desarrollar una conexión entre sí. Con esto no me refiero a la empresa vendedora y el consumidor, como partes firmantes de un contrato; sino a aquellas empresas que se encuentran en el mismo lado que el consumidor como partes que tienen que relacionarse con el vendedor en cuestión.

Tal como lo menciona Haydar Caner Agar (2012) los contratos B2B pueden abarcar distintas interacciones con los agentes de la cadena de valor, como por ejemplo un contrato con fabricantes o distribuidores y obviamente con el vendedor. Mientras el contrato B2C abarca solo la interacción entre el cliente o consumidor y el vendedor.

Es decir, esta figura del vendedor se encuentra presente en ambos contratos lo que es equivalente a asimetría informativa, sin

embargo, como anteriormente ya se mencionó la clara diferencia está en la capacidad de negociación generalmente presente en el B2B.

No podemos olvidarnos que *la demanda B2B se deriva del mercado B2C, y los proveedores pueden beneficiarse de hacer de “los consumidores del consumidor” más competitivos. Además, dado que la mayoría de las compañías operan, tanto con los clientes organizacionales como los consumidores, el mercado B2B y B2C debe verse desde un punto de vista integrado. GUMMESSON & POLESSE citado en (LEE, CHOI, & KOO, 2018)*

Es decir, las dos esferas, el B2B y el B2C se encuentran relacionadas por la misma naturaleza del mercado. Ambos contratos pertenecen, como se dijo en un principio a la esfera del comercio electrónico; no obstante, después de haber establecido que cada uno se usa en un contexto diferente, al pertenecer al mismo mercado de aplicación, que en este caso es el mercado global, existe una relación entre los mismos.

Es necesario recalcar también que marcas B2B pueden tener la oportunidad de expandirse a los mercados B2C si pueden influir positivamente en los consumidores en las transacciones B2B. BURNAZ & BILGIN citado en (LEE, CHOI, & KOO, 2018)

Entonces podemos establecer que el mercado sin fronteras trae diversos beneficios no solo para las empresas sino también para el consumidor, donde la reputación del vendedor puede jugar tanto a su favor como en su contra, frente a los otros competidores del mercado. Sin embargo, la entrada de nuevas empresas internacionales en competencia en un mismo mercado hace

también que la afección que pueda recibir un consumidor y a su vez la que pueda recibir una empresa competidora, se encuentren latentes. Con esto hago referencia a la competencia desleal.

El desarrollo de la tecnología y la globalización permite que un consumidor pueda recibir infinidad de publicidad por parte de cualquier empresa. El mercado funciona de la siguiente manera: quien pueda pagar por unos minutos de publicidad puede promocionar su producto por medio de cualquier plataforma, ya sea Internet, radio, televisión, incluso redes sociales.

Por un lado, esto representa un escenario de libre competencia con una gran cantidad de comerciantes que compiten por los consumidores, donde claro está el consumidor debería ser el mas beneficiado por la competencia de precios, pero como líneas arriba mencionamos, esta situación no siempre es así. Por el otro lado, se encuentran las empresas nacionales, las cuáles se han visto forzadas a competir con empresas de las que hace algunos años desconocían su existencia. Y he aquí, la relación establecida entre los dos lados del comercio. Sin embargo, para hacer un análisis más profundo habremos de resaltar la presencia de competencia desleal en el mercado.

La publicidad representa el medio idóneo por el cual cualquier comerciante en el mercado da a conocer los bienes o servicios que ofrece. Y aquí es donde surge también el problema de la publicidad engañosa.

El perfeccionamiento del contrato B2C está en torno a la publicidad que recibe el consumidor, que lo hacen decidir por realizar una compra con determinada empresa. No obstante, muchas veces el consumidor puede ver y sentirse atraído por determinadas

características de un bien y realizar el contrato de acuerdo a esta afinidad que sienta con el producto en cuestión; pero al recibir el producto no es lo que el esperaba o la imagen que lo convenció en x plataforma virtual no coincide con la realidad. A esto es a lo que conocemos como publicidad engañosa.

En el artículo 13 del Código del Consumidor encontramos que *la protección del consumidor frente a la publicidad tiene por finalidad proteger a los consumidores de la asimetría informativa en la que se encuentran y de la publicidad engañosa o falsa que de cualquier manera, incluida la presentación o en su caso por omisión de información relevante, induzcan o puedan inducirlos a error sobre el origen, la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o adquisición y, en general, sobre los atributos, beneficios, limitaciones o condiciones que corresponden a los productos, servicios, establecimientos o transacciones que el agente económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o que los induzcan a error sobre los atributos que posee dicho agente, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial.* (CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR, 2010)

Claro está, esto es en ámbito nacional donde Indecopi tiene la facultad de poder realizar una acción contra cualquier empresa que presente este tipo de publicidad engañosa, pero sin ir más lejos, ¿cómo podría evitarse, siguiendo esta línea de ideas, que una empresa cualquiera que incurra en publicidad engañosa o la publicidad de una empresa que tenga cláusulas abusivas en sus contratos deje de transmitir sus comerciales en la señal por cable? Indecopi bien podría decir que deberían prohibirse, pero como plasmar esto en una realidad donde la televisión paga solo se guía

por la cantidad de dinero que las empresas pagan para publicitarse. Se podría también decir que Indecopi podría prohibir la entrada de esta publicidad, pero a su vez se estaría limitando la entrada al mercado nacional.

Habiendo recalcado este hecho, del otro lado se encuentran las empresas nacionales, que si por un lado la globalización les ha permitido la entrada a nuevos mercados, por el otro les ha dado una mayor competencia al permitir la entrada de estas empresas internacionales al mercado peruano.

El artículo 8 numeral 1 plantea como acto de engaño perteneciente a la competencia desleal a aquellas acciones que *“Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, inducir a error a otros agentes en el mercado sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o adquisición y, en general, sobre los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los bienes, servicios, establecimientos o transacciones que el agente económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o, inducir a error sobre los atributos que posee dicho agente, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial.”* (DECRETO LEGISLATIVO N° 1044, 2008)

Tomando como referencia este artículo, podemos decir que de un lado la publicidad engañosa perjudica al consumidor al abusar de la buena fe del mismo brindándole un producto con características diferentes a las ofrecidas y por el otro lado, esta misma actitud de engaño perjudica a las demás empresas en el mercado, no solo refiriéndome a las nacionales sino también a las extranjeras que se encuentran en pos del mismo campo de consumidores.

En este caso, pese a que las empresas en cuestión puedan o no ser nacionales se encuentran regidas bajo la ley peruana, por el solo hecho de ofertar sus productos en el mercado peruano. Tanto es así que en el artículo 4 de la ley de Represión de Competencia Desleal se reconoce que *“esta ley es de aplicación sobre cualquier acto de competencia desleal que produzca o pueda producir efectos en todo o en parte del territorio nacional, aún cuando dicho acto se haya originado en el extranjero.”* (DECRETO LEGISLATIVO N° 1044, 2008)

Y aquí nuevamente surge el problema de la aplicación de la norma al caso en concreto. En la ley de competencia desleal se presenta las sanciones posibles a emitir a dichas empresas; sin embargo, solo algunas podrían aplicarse. Por ejemplo, la sanción de la multa. Imaginemos que una determinada empresa incurre en competencia desleal ofreciendo productos vía señal de televisión por cable o por medio de una plataforma virtual o red social, sin embargo, las características de los mismos no corresponden a las características reales. Indecopi lo multa por su comportamiento, sin embargo ¿cómo puede materializarse dicha multa? ¿Cómo podría Indecopi forzar a la empresa a pagar por dicha falta y más aún como podría ejercer fuerza sobre la empresa para que deje de transmitir dicha publicidad? Es casi imposible materializar esta sanción.

Por otro lado, una sanción que si se podría aplicar sería la prohibición del ingreso de los productos recaídos en infracción mediante coordinaciones con Aduanas. Sin embargo, debemos dejar en claro que si bien esta sanción si puede tener mejores efectos que otras en materia de cese de la publicidad engañosa, no podemos arremeter contra el comercio. Puesto que una medida restrictiva de comercio como cerrar la entrada al mercado de una

empresa, incurriría en barreras de mercado contraviniendo el rol del Estado de promover la economía y el comercio.

3.2.2.- OTRAS MODALIDADES DE LAS RELACIONES DE CONSUMO A NIVEL INTERNACIONAL

Como se mencionó anteriormente, todo contrato de consumo que implique un elemento internacional es considerado un contrato de consumo a nivel internacional. Si bien las relaciones de consumo mediante el contrato e-commerce son la modalidad más empleada existen también otras modalidades que se mencionarán con fines académicos a fin de determinar su tratativa y la implicancia respecto al consumidor.

A. Las que se desarrollan cuando el consumidor siendo de una nacionalidad determinada realiza un contrato en otro país.

En este caso, el consumidor peruano que perfeccione un contrato con un comerciante extranjero en el país de residencia del mismo, se someterá a las leyes de dicho país, en caso de que el contrato lo estipulara de esa manera, salvo pacto en contrario.

B. Cuando el consumidor y el proveedor de distintas nacionalidades realizan un contrato en un tercer país que no es el de ninguna nacionalidad de los contratantes.

En este caso, el consumidor y el proveedor pueden optar por aplicar cuatro posibles legislaciones: la de la nacionalidad del consumidor, la de la nacionalidad del proveedor, la de la nacionalidad del tercer país donde se perfeccione el contrato o la del lugar donde se vaya a ejecutar la prestación principal.

Se destaca que estos dos tipos de modalidades no son tan empleados, sin embargo se ha demostrado su existencia. Pese a que estos tipos de contratos presentan también asimetría informativa por tratarse de contratos de adhesión, el estudio profundo se realizará sobre la modalidad de las relaciones de consumo a nivel internacional mediante el contrato e-commerce al ser este el más empleado y para la presente tesis es considerado el más importante.

3.3.- EL CONTRATO DE ADHESIÓN

Para entender más a fondo cómo funcionan los contratos B2C será necesario definir que es un contrato de adhesión y las implicancias que este tiene respecto al consumidor, puesto que la gran mayoría por no decir todos los contratos B2C son contratos de adhesión. Antes de entrar en contexto, será necesario recordar que los contratos de adhesión son usados debido al gran tráfico en masa presente en el mercado global, por lo que no se podría realizar una negociación individual con cada consumidor en el mercado, pues este resultaría más oneroso y requeriría más tiempo para lograr el perfeccionamiento de tan solo un contrato, contraviniendo así el espíritu del mercado.

Tomando como referencia el Art.1390 del Código Civil, podemos definir que el contrato de adhesión se da *“cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar.”* (CÓDIGO CIVIL, 1984)

Esta definición brindada por el Código Civil define lo que es un contrato de adhesión; sin embargo, no señala específicamente quienes son las posibles partes contratantes dentro de este tipo de contratación, por lo que para una mayor comprensión será necesario ejemplificar quienes son los agentes en el contrato.

Entonces podemos decir que el contrato de adhesión es *“aquel en que la configuración interna del mismo (reglas de autonomía) es dispuesta anticipadamente sólo por una de las partes (profesional, proveedor, empresario, etc.), de manera que la otra (adherente, consumidor, no profesional), si es que decide contratar, debe hacerlo sobre la base de aquel contenido o no contratar.”* (STIGLITZ & STIGLITZ, 2012)

Con esta definición podemos decir que el contrato es redactado enteramente por el vendedor o proveedor, donde plasma su voluntad. El consumidor, que es el otro agente del contrato solo tiene la posibilidad de aceptar o rechazar enteramente todo el contrato en base a las estipulaciones brindadas. Para aclarar, aquí el consumidor no tiene capacidad de negociación, presente en otros contratos. Al no existir esta capacidad de negociación con el vendedor, la tratativa de este contrato tiende a ser distinta a la de un contrato civil de compra-venta.

Los contratos de adhesión ya fueron citados anteriormente, ya que son parte del ámbito del Derecho al consumidor; sin embargo, aquí nuevamente hacen acto de presencia debido a que el contrato e-commerce B2C en materia internacional también es un contrato de consumo sin perder sus características comerciales e internacionales.

A nivel nacional, es Indecopi el encargado de revisar el contenido de las cláusulas establecidas en los contratos de adhesión, esto en pos de la protección al consumidor de la cual está encargada. También vale recalcar que Indecopi en esta potestad de proteger al consumidor peruano, ha recogido bajo su ámbito a cualquier tipo de contrato cuyos efectos jurídicos surtan en Perú. Es decir, el contrato e-commerce, que es reconocido en Perú, al tratarse de materia business to consumer, es regulado por Indecopi. Sin embargo, como se verá mas adelante, no podemos asegurar que esta tratativa sea la más efectiva en torno a protección al consumidor y sanciones hacia las empresas dentro de un entorno internacional.

3.4.- LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Como se mencionó anteriormente, el vendedor o proveedor es aquel encargado de redactar enteramente las cláusulas de un contrato. Tomemos en cuenta que la finalidad de toda empresa es alcanzar el mayor margen de ganancias en torno a un costo mínimo, por lo que una empresa siempre velará por el beneficio propio.

Habiendo aclarado esto, distintas empresas en busca de este fin redactan cláusulas que le permiten velar por sus intereses pero que por otro lado menoscaban el interés del consumidor, a lo que se llama cláusulas abusivas.

El Artículo 49 numeral 1 del Código del Consumidor define lo siguiente: “*se consideran cláusulas abusivas y, por tanto, inexigibles todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, coloquen al consumidor, en su perjuicio, en una situación de desventaja o desigualdad o anulen sus derechos.*” (CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR, 2010)

Claramente, si el consumidor no es capaz de negociar dichas cláusulas, se espera del vendedor que en torno a esta desventaja su actitud deba tender hacia la buena fé evitando el perjuicio o menoscabo de cualquier derecho del consumidor. Pese a esto, son muchas las empresas que no cumplen con esta buena fé esperada, por lo que el Estado mediante Indecopi en el caso de Perú, actúa en forma de regulador de esta asimetría informativa, señalando y dejando sin efecto toda aquella cláusula abusiva detectada.

Dentro del Código del Consumidor, se ha reconocido dos tipos de cláusulas abusivas: Las cláusulas abusivas de ineficacia absoluta y las cláusulas abusivas de ineficacia relativa

3.4.1.- CLÁUSULAS ABUSIVAS DE INEFICACIA ABSOLUTA

Estas cláusulas son consideradas ineficaces por sí mismas, por lo que al ser detectadas dentro de un contrato, deberán tomarse por no puestas en el

contrato y a su vez eliminarse para futuros contratos. Se recalca que en el Perú, el Indecopi es el encargado de la determinación y calificación sobre si una cláusula es abusiva o no dentro de un contrato.

La normativa respecto a este tipo de cláusulas se encuentra bajo el amparo del Código de Protección y Defensa del Consumidor, específicamente en el Art. 50 donde se ha estipulado lo siguiente:

“Son cláusulas abusivas de ineficacia absoluta las siguientes:

a. Las que excluyan o limiten la responsabilidad del proveedor o sus dependientes por dolo o culpa, o las que trasladen la responsabilidad al consumidor por los hechos u omisiones del proveedor.

b. Las que faculten al proveedor a suspender o resolver unilateralmente un contrato, salvo disposición legal distinta o la aplicación de normas prudenciales debidamente sustentadas emitidas por la autoridad correspondiente.

c. Las que faculten al proveedor a resolver un contrato sin comunicación previa o a poner fin a un contrato de duración indeterminada sin un plazo de antelación razonable, salvo disposición legal distinta o la aplicación de normas prudenciales debidamente sustentadas emitidas por la autoridad correspondiente.

d. Las que establezcan a favor del proveedor la facultad unilateral de prorrogar o renovar el contrato.

e. Las que excluyan o limiten los derechos legales reconocidos a los consumidores, como el derecho a efectuar pagos anticipados o prepagos, o a oponer la excepción de incumplimiento o a ejercer el derecho de retención, consignación, entre otros.

f. Las que establezcan respecto del consumidor limitaciones a la facultad de oponer excepciones procesales, limitaciones a la presentación de pruebas, inversión a la carga de la prueba, entre otros derechos concernientes al debido proceso.

g. Las que establezcan la renuncia del consumidor a formular denuncia por infracción a las normas del presente Código.

h. Las que sean contrarias o violatorias a normas de orden público o de carácter imperativo.” (CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR, 2010)

Si bien este artículo ha sabido ser un poco más específico respecto a otras normas, en torno a materia de comercio electrónico internacional, queda muy corto el alcance que estas disposiciones pueden abarcar. Por ejemplo, en el caso de una cláusula que fuerce al consumidor a someterse a un fuero internacional, imaginemos solo por ejemplificar China, y que requiera a su vez la presencia física del consumidor, ¿esta cláusula no sería también una cláusula abusiva de ineficacia absoluta? Ningún consumidor preferiría viajar tanto para el reclamo de un producto, y si bien Indecopi tiene la potestad de representar a dicho consumidor, los gastos han de ser excesivamente onerosos.

Basándonos en este ejemplo, podemos plantear que el Código del consumidor pese a su intento por legislar las nuevas formas de comercio en las que incurre el consumidor, poco o nada se puede rescatar de la legislación actual, refiriéndonos al Código del Consumidor, que pueda aplicarse al comercio electrónico internacional.

3.4.2.- CLÁUSULAS ABUSIVAS DE INEFICACIA RELATIVA

Este tipo de cláusulas recaen en ineficaces solo en ciertos casos y a su vez, el consumidor es el único que puede reclamar la revisión de una cláusula por ser abusiva. A diferencia de las cláusulas abusivas de ineficacia absoluta, donde Indecopi puede inaplicarlas de oficio por ser la autoridad competente.

Parafraseando al Dr. Fort Ninamancco Córdova (2010) estas cláusulas de ineficacia relativa siguen esta tratativa debido a la posible existencia de cláusulas favorecedoras al consumidor que reequilibren las cláusulas abusivas, por lo que dependería de cada caso en particular la calificación de una cláusula como abusiva o no.

Dentro del Código del Consumidor en el Art. 51 se indica cuáles serían las cláusulas inmersas dentro de esta categoría, las cuáles son:

“De manera enunciativa, aunque no limitativa, son cláusulas abusivas atendiendo al caso concreto, las siguientes:

a. Las que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en los contratos.

b. Las que permitan al proveedor modificar unilateralmente las condiciones y términos de un contrato de duración continuada, en perjuicio del consumidor, salvo que obedezca a motivos expresados en él y el consumidor goce del derecho a desvincularse del mismo sin penalización alguna. Lo dispuesto en el presente literal no afecta las cláusulas de adaptación de los precios a un índice de ajuste legal ni la fijación de tarifas de los servicios públicos sujetos a regulación económica.

c. Las que establezcan la prórroga automática del contrato fijando un plazo excesivamente breve para que el consumidor manifieste su voluntad de no prorrogarlo.

d. Las que establezcan cargas económicas o procedimientos engorrosos para efectuar quejas ante el proveedor, así como las que establezcan procedimientos engorrosos para proceder a la reparación del producto no idóneo, o supongan cualquier acto previo o acción por parte del consumidor que imposibilite la debida protección de sus derechos.

e. Las que permitan al proveedor delegar la ejecución de su prestación a un tercero cuando aquel fue elegido por sus cualidades personales.

f. Las que establezcan que el proveedor puede cambiar unilateralmente en perjuicio del consumidor el tipo de moneda con la que fue celebrado el contrato.” (CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR, 2010)

A opinión personal, el primero de los literales de este artículo, respondería más a una cláusula de ineficacia absoluta debido a que la limitación del derecho de una persona no está permitida bajo ningún motivo o circunstancia. El consumidor claro está, recae en la figura de ser una persona que simplemente desempeña un papel dentro del comercio, pero nadie le quita la calidad inherente de seguir siendo considerado persona como tal. Entonces pese a la posible existencia de una cláusula que equilibre aquella cláusula lesiva, no podemos decir entonces que si se puede permitir la obstrucción de los derechos del consumidor en este caso.

Respecto al literal d, es uno de los pocos que si puede ser aplicado al comercio electrónico internacional debido a que en una gran cantidad de casos los contratos celebrados con empresas internacionales reúnen estas características de onerosidad ante posibles quejas o reparaciones del producto. Sin embargo, cabe aquí preguntarnos, dado el caso de que se reconozca la existencia de x cláusula abusiva en estos contratos e Indecopi declare su inaplicación, ¿cómo procedería para que la empresa extranjera elimine dicha cláusula? Y lo peor ¿cómo se forzaría a dicha empresa a que realice la reparación, cambio o devolución del monto dinerario respecto a un producto?

Se debe de tomar en cuenta, que no podemos limitar el comercio porque cerraríamos las puertas a posibles capitales de inversión con lo que sería

más un perjuicio económico que un beneficio a largo plazo. Entonces ¿qué podríamos hacer?

3.4.3.- LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LEGISLACIÓN COMPARADA

Las cláusulas abusivas no solo son reconocidas en Perú, diferentes legislaciones de distintos países también han sabido reconocerlas como una forma de asimetría informativa.

La legislación uruguaya por ejemplo abarca todo un capítulo de cláusulas abusivas dentro de su código de consumo, siendo dos los artículos integrantes y relevantes dentro del mismo:

“Artículo 30.- Es abusiva por su contenido o por su forma toda cláusula que determine claros e injustificados desequilibrios entre los derechos y obligaciones de los contratantes en perjuicio de los consumidores, así como toda aquella que viole la obligación de actuar de buena fe. La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no referirá al producto o servicio ni al precio o contraprestación del contrato, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.

Artículo 31.- Son consideradas cláusulas abusivas sin perjuicio de otras, las siguientes:

- A) Las cláusulas que exoneren o limiten la responsabilidad del proveedor por vicios de cualquier naturaleza de los productos o servicios, salvo que una norma de derecho lo habilite o por cualquier otra causa justificada.*
- B) Las cláusulas que impliquen renuncia de los derechos del consumidor.*
- C) Las cláusulas que autoricen al proveedor a modificar los términos del contrato.*

D) La cláusula resolutoria pactada exclusivamente en favor del proveedor. La inclusión de la misma deja a salvo la opción por el cumplimiento del contrato.

E) Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la carga de la prueba en perjuicio del consumidor cuando legalmente no corresponda.

F) Las cláusulas que impongan representantes al consumidor.

G) Las cláusulas que impliquen renuncia del consumidor al derecho a ser resarcido o reembolsado de cualquier erogación que sea legalmente de cargo del proveedor.

H) Las cláusulas que establezcan que el silencio del consumidor se tendrá por aceptación de cualquier modificación, restricción o ampliación de lo pactado en el contrato.

La inclusión de cláusulas abusivas da derecho al consumidor a exigir la nulidad de las mismas y en tal caso el Juez integrará el contrato. Si, hecho esto, el Juez apreciara que con el contenido integrado del contrato éste carecería de causa, podrá declarar la nulidad del mismo.” (LEY DE RELACIONES DE CONSUMO, 2000)

Existe también la legislación de Costa Rica que contempla las cláusulas abusivas, cuya ley pese a solo contener un artículo sobre dicho tema es bastante completo y similar a la legislación peruana, el cual cita:

“ARTÍCULO 42.- Cláusulas abusivas en los contratos de adhesión.

En los contratos de adhesión, sus modificaciones, anexos o adenda, la eficacia de las condiciones generales está sujeta al conocimiento efectivo de ellas por parte del adherente o a la posibilidad cierta de haberlas conocido mediante una diligencia ordinaria.

Son abusivas y absolutamente nulas las condiciones generales de los contratos de adhesión, civiles y mercantiles, que:

- a) Restrinjan los derechos del adherente, sin que tal circunstancia se desprenda con claridad del texto.*
- b) Limiten o extingan la obligación a cargo del predisponente.*
- c) Favorezcan, en forma excesiva o desproporcionada, la posición contractual de la parte predisponente o importen renuncia o restricción de los derechos del adherente.*
- d) Exoneren o limiten la responsabilidad del predisponente por daños corporales, cumplimiento defectuoso o mora.*
- e) Faculten al predisponente para rescindir unilateralmente el contrato, modificar sus condiciones, suspender su ejecución, revocar o limitar cualquier derecho del adherente, nacido del contrato, excepto cuando tal rescisión, modificación, suspensión, revocación o limitación esté condicionada al incumplimiento imputable al último.*
- f) Obliguen al adherente a renunciar con anticipación a cualquier derecho fundado en el contrato.*
- g) Impliquen renuncia, por parte del adherente, a los derechos procesales consagrados en el Código Procesal Civil o en leyes especiales conexas.*
- h) Sean ilegibles.*
- i) Estén redactadas en un idioma distinto del español.*
- j) Los que no indiquen las condiciones de pago, la tasa de interés anual por cobrar, los cargos e intereses moratorios, las comisiones, los sobrepagos, los recargos y otras obligaciones que el usuario quede comprometido a pagar a la firma del contrato.*

Son abusivas y relativamente nulas, las cláusulas generales de los contratos de adhesión que:

- a) *Confieran, al predisponente, plazos desproporcionados o poco precisos para aceptar o rechazar una propuesta o ejecutar una prestación.*
- b) *Otorguen, al predisponente, un plazo de mora desproporcionado o insuficientemente determinado, para ejecutar la prestación a su cargo.*
- c) *Obliguen a que la voluntad del adherente se manifieste mediante la presunción del conocimiento de otros cuerpos normativos, que no formen parte integral del contrato.*
- d) *Establezcan indemnizaciones, cláusulas penales o intereses desproporcionados, en relación con los daños para resarcir por el adherente.*

En caso de incompatibilidad, las condiciones particulares de los contratos de adhesión deben prevalecer sobre las generales.

Las condiciones generales ambiguas deben interpretarse en favor del adherente.” (LEY DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA Y DEFENSA EFECTIVA DEL CONSUMIDOR, 1994)

Siendo más exhaustivos en la demostración de que la legislación peruana no es la única en contemplar a esta forma de asimetría recurriremos a un país bastante lejano territorialmente, pero que en materia de consumo resulta bastante próxima: la legislación española. Específicamente en el capítulo II del libro segundo contiene diez artículos concernientes a cláusulas abusivas, que para fines académicos no se citarán por completo, por lo que citaremos el más relevante y el que nos servirá para demostrar la similitud de legislaciones en materia de consumidor que se plantea.

“Artículo 82. Concepto de cláusulas abusivas.

1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las

exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

2. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato. El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.

3. El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.

4. No obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive:

- a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario,*
- b) limiten los derechos del consumidor y usuario,*
- c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato,*
- d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba,*
- e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o*
- f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.” (LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS, 2007)*

Podemos decir entonces, que el Estado peruano no es el único país que contempla a las cláusulas abusivas como una forma de asimetría informativa, países como Costa Rica, Uruguay y España, pese a pertenecer a otro continente, contemplan también a las cláusulas abusivas en sus

respectivas legislaciones, siendo el punto común la definición de estas como un limitante de derechos. Cabe destacar que, la legislación uruguaya y peruana son las únicas que distinguen entre cláusulas de nulidad absoluta y relativa, Y a su vez es la ley española la que ha contemplado mayores precisiones en torno a un mejor reconocimiento de lo que podría definirse como una cláusula abusiva.

Es decir, si diferentes legislaciones mantienen en común la defensa frente a la presencia de cláusulas abusivas además de diferentes acepciones similares sobre lo que se considera o no cláusula abusiva ¿no estaríamos frente a un problema internacional? Lo que implicaría, si el planteamiento anterior fuese correcto, la presencia necesaria de una regulación de carácter supranacional.

3.5.- OTRAS FORMAS DE ASIMETRÍA EN LAS RELACIONES DE CONSUMO

Una de las formas más comunes de asimetría informativa es la presencia de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión de la contratación electrónica internacional. Sin embargo, existen también otras formas en la que esta asimetría se presenta y lesiona el Derecho del Consumidor, siendo menester de la presente tesis abordar también la definición de cuáles son estas otras modalidades de afección.

A. ENGAÑO

Dentro de este ítem claramente se hace referencia al engaño por parte del proveedor respecto a las características del bien o servicio a fin de que el consumidor perfeccione el contrato de consumo. Siendo un ejemplo predilecto el de la publicidad engañosa.

El artículo 13 del Código de Protección y Defensa del Consumidor lo define como aquella forma de asimetría informativa que *“puedan inducir al consumidor a error sobre el origen, la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o adquisición y, en general, sobre los atributos, beneficios, limitaciones o condiciones que corresponden a los productos, servicios, establecimientos o transacciones que el agente económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o que los induzcan a error sobre los atributos que posee dicho agente, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial.”* (CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR, 2010)

Sin ir muy lejos, el Código de Consumo de Bolivia también reconoce esta forma de asimetría informativa.

“Artículo 25. (PUBLICIDAD E INFORMACIÓN ENGAÑOSA O ABUSIVA). Está prohibida la publicidad engañosa o abusiva y toda información u omisión sobre la naturaleza, características, calidad, cantidad, seguridad, desempeño, durabilidad, precio o garantía de productos o servicios que provoque error o daño económico, y será sancionada conforme a la normativa penal vigente, si resultara delito de fraude o engaño contra la industria y el comercio, sin perjuicio de otras sanciones que correspondan.” (LEY GENERAL DE LOS DERECHOS DE LAS USUARIAS Y LOS USUARIOS Y DE LAS CONSUMIDORAS Y LOS CONSUMIDORES, 2013)

Claramente el punto común es la producción a error en la cual puede incurrir el consumidor producto del engaño por parte del comerciante. Entonces podemos deducir que el engaño es aquel acto que busca inducir al error al consumidor sobre los atributos (características, calidad, precio y demás) de un determinado producto o servicio.

B. IDONEIDAD DEL PRODUCTO O SERVICIO

Para entender lo que es idoneidad del producto, será necesario remitirnos al Código de Protección y Defensa del Consumidor, donde textualmente menciona:

“Se entiende por idoneidad la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función a lo que se le hubiera ofrecido, la publicidad e información transmitida, las condiciones y circunstancias de la transacción, las características y naturaleza del producto o servicio, el precio, entre otros factores, atendiendo a las circunstancias del caso.

La idoneidad es evaluada en función a la propia naturaleza del producto o servicio y a su aptitud para satisfacer la finalidad para la cual ha sido puesto en el mercado.” (CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR, 2010)

Basándonos en la idea de que esta idoneidad también está presente en otros códigos y no solo en el peruano, se tomará como referencia el Código de Consumo Colombiano, el cual en su artículo 50 numeral 6 define a la Idoneidad como la *“aptitud del producto para satisfacer la necesidad o necesidades para las cuales ha sido producido o comercializado.”* (ESTATUTO DEL CONSUMIDOR, 2011)

Entonces teniendo a estas dos normativas en torno a idoneidad, podemos definirla como aquella aptitud del producto que debe satisfacer las necesidades del consumidor en torno a lo que espera recibir y lo que efectivamente reciba. A su vez también se encuentra contemplado en ambas normas que dicha responsabilidad de idoneidad del producto recae sobre el comerciante.

“Artículo 19.- Obligación de los proveedores

El proveedor responde por la idoneidad y calidad de los productos y servicios ofrecidos; por la autenticidad de las marcas y leyendas que exhiben sus productos o del signo que respalda al prestador del servicio, por la falta de conformidad entre la publicidad comercial de

los productos y servicios y éstos, así como por el contenido y la vida útil del producto indicado en el envase, en lo que corresponda.”
(CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR, 2010)

“ARTÍCULO 60. CALIDAD, IDONEIDAD Y SEGURIDAD DE LOS PRODUCTOS.

Todo productor debe asegurar la idoneidad y seguridad de los bienes y servicios que ofrezca o ponga en el mercado, así como la calidad ofrecida. En ningún caso estas podrán ser inferiores o contravenir lo previsto en reglamentos técnicos y medidas sanitarias o fitosanitarias.

El incumplimiento de esta obligación dará lugar a:

- 1. Responsabilidad solidaria del productor y proveedor por garantía ante los consumidores.*
- 2. Responsabilidad administrativa individual ante las autoridades de supervisión y control en los términos de esta ley.*
- 3. Responsabilidad por daños por producto defectuoso, en los términos de esta ley.”* (ESTATUTO DEL CONSUMIDOR, 2011)

Si bien los términos entre ambas normas varían, se destaca que en ambas se mantiene la definición de lo que es idoneidad y que este es un deber con el que debe cumplir el productor – comerciante. Siendo esto punto importante para demostrar que la idoneidad también se encuentra contemplada en diferentes legislaciones a la peruana.

C. IMPOSICIÓN SOBRE EL CONSUMIDOR

Referido a los métodos comerciales empleados por el comerciante, tales como los métodos comerciales coercitivos, los engañosos y los agresivos. En el Código de Protección y Defensa del Consumidor se menciona estos tres tipos de métodos, describiéndolos como privativos de libertad del consumidor. Por lo que es necesaria la protección de sus derechos.

Citándose así al Art. 1 del Código de Protección y Defensa del consumidor donde claramente se plasma que uno de los derechos del consumidor es el “*Derecho a la protección de sus intereses económicos y en particular contra las cláusulas abusivas, métodos comerciales coercitivos, cualquier otra práctica análoga e información interesadamente equívoca sobre los productos o servicios.*” (CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR, 2010)

Entonces podemos decir que el Estado peruano reconoce la necesidad de protección frente a este tipo de métodos comerciales, por ser limitante de la libertad del consumidor. Cabe aquí resaltar que el Perú no es el único que ha previsto esto, las normativas brasileña y ecuatoriana también lo han previsto.

Art. 6° Son derechos básicos del consumidor:

(...) IV - la protección contra la publicidad engañosa y abusiva, métodos comerciales coercitivos o desleales, así como contra prácticas y cláusulas abusivas o impuestas en el suministro de productos y servicios, (...). (CÓDIGO DE DEFENSA DO CONSUMIDOR, 1990)

“Art. 4.- Derechos del Consumidor. - Son derechos fundamentales del consumidor, a más de los establecidos en la Constitución Política de la República, tratados o convenios internacionales, legislación interna, principios generales del derecho y costumbre mercantil, los siguientes:

(...) 6. Derecho a la protección contra la publicidad engañosa o abusiva, los métodos comerciales coercitivos o desleales; (...).” (LEY ORGÁNICA DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR, 2000)

Entonces podemos decir que en estas tres legislaciones se contempla la necesidad de protección frente a estos métodos de imposición comercial que

realiza el comerciante. Cabe destacar que a modo de comparación la normativa peruana en este acápite es más completa que las otras.

Si bien, las legislaciones son diferentes en torno a los contextos políticos, sociales y económicos de cada país, existen determinados puntos en común sobre los cuales poder afianzar las similitudes en torno a un reconocimiento supranacional. Hemos podido observar que no solo la supranacionalidad de las cláusulas abusivas se encuentra presente en el ámbito global sino también las diferentes formas de asimetría informativa.

3.6.- EJEMPLOS DE LAS AFECTACIONES EN LAS RELACIONES DE CONSUMO A NIVEL INTERNACIONAL MEDIANTE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

1. TWITTER

El caso más resaltante fue la identificación de 256 cláusulas abusivas en el contrato electrónico de Twitter. Donde “UFC-Que Choisir” una institución francesa de defensa al consumidor denunció en el año 2014, la existencia de toda esta cantidad de cláusulas abusivas en las partes de condiciones de utilización, políticas de confidencialidad y reglas de twitter dentro del contrato de esta red social. Siendo finalmente, hace unos cuantos meses, específicamente el mes de agosto del presente año 2018 condenado por el Tribunal de la Gran Instancia de Paris a fin de que elimine dichas cláusulas y pagara 30000 euros por daño moral al interés colectivo. (LE MONDE, 2018)

Afortunadamente, estas cláusulas abusivas fueron eliminadas gracias a que esta organización recibió distintas denuncias de los consumidores sobre las políticas de Twitter y al ser reconocido el internauta como consumidor dentro de la legislación francesa, es que se pudo después de 4 años de juicio, lograr que esta asimetría hacia el consumidor fuera reducida. Digo reducida porque

hace un mes nuevamente se detectó en esta plataforma una cláusula lesiva al usuario, pero en materia de Derechos de Autor.

Entonces sabiendo que Twitter es una red social a nivel mundial, dicha cláusula afectó no solo al consumidor francés sino también al consumidor global, ya que una de las cláusulas calificada como abusiva permitía a Twitter lucrar con los datos brindados por el Usuario (consumidor) sin un consentimiento verdadero del mismo. Podemos decir que al menos dichas cláusulas ya fueron cambiadas; sin embargo, los demás estados desconocieron la existencia de dichas cláusulas hasta que esta asociación de consumidores las denunció. Entonces ¿no valdría la pena instaurar nuevos acuerdos entre instituciones de defensa del consumidor a fin de detectar estas asimetrías a mayor velocidad?

A continuación se citarán algunas de las cláusulas abusivas más relevantes encontradas en dicho contrato, que también son contempladas por el Código de Protección y Defensa del Consumidor, a fin de demostrar que si este hecho hubiera sido detectado en Perú u otro estado, el resultado de la detección de tantas cláusulas abusivas hubiera sido el mismo.

“Cláusula n°1.1 de las Condiciones de Utilización del 8 de setiembre del 2014

Usted es responsable de su uso de los servicios, de los contenidos que publique en los servicios y de toda consecuencia que resultara. *Los contenidos que usted someta, publique o muestre son susceptibles de ser vistos por otros usuarios de los servicios y en los servicios y sitios web suministrados por terceros (usted puede poner sobre la página parámetros para controlar quien puede acceder a su contenido. Usted solo debe suministrar los contenidos que usted desee compartir con otros conforme a las presentes condiciones. (...)*

Cláusula n°11.A

Las entidades de twitter no dan ninguna garantía y rehúsan toda responsabilidad sobre:

(i) La exhaustividad, la exactitud, la disponibilidad, la puntualidad, la seguridad o la confianza de los servicios o los contenidos, (ii) **los daños sufridos** por su sistema informático, o **de las pérdidas de datos**, o de otros daños resultantes de su acceso o la utilización de servicios o contenidos, (iii) de la **supresión de contenidos y otras comunicaciones** dirigidas por los servicios o del fracaso de su conservación o transmisión, y (iv) de saber si los servicios responden a sus necesidades donde estarán disponibles de forma ininterrumpida, segura o exenta de error. Ningún consejo ni ninguna información que sean orales o escritas, obtenidas a partir de las entidades de Twitter o vía los servicios, **no crea ninguna garantía siempre que no se mencione expresamente en las Condiciones.** (...)

Cláusula n°12 B. Ley aplicable y competencia

Estas condiciones y toda acción judicial comprometida en relación con estas condiciones son regidas por la ley del estado de California de los Estados Unidos de América sin consideración y sin hacer aplicación de los dispositivos de su estado o de su país de residencia relativos a los conflictos de ley. Todas las reclamaciones, demandas judiciales o litigios en relación con los servicios serán presentadas exclusivamente frente a los tribunales federales o estatales situados en el condado de San Francisco en California, Estados Unidos. Usted acepta la competencia material y territorial de estos tribunales y renuncia a toda objeción al respecto. (...)

Cláusula n°6.1

Nosotros seremos susceptibles de modificar las presentes condiciones en todo momento. Estas modificaciones no serán retroactivas y nuestra relación mutua será en todo estado de causa regida por la versión mas reciente de las condiciones presentes que usted puede consultar en todo momento en twitter.com/tos. Nosotros nos esforzaremos de advertirle de

*las modificaciones sustanciales, por ejemplo vía una notificación de servicio o un e-mail a la dirección electrónica asociada a su cuenta. **Al continuar accediendo a los servicios o utilizándolo después de la entrada en vigor de estas modificaciones, usted acepta estar vinculado por las presentes condiciones.** (...)*

Clausula nº12 C.2

Estas condiciones pueden ser objeto de modificación en todo momento, la versión más reciente esta siempre disponible en la dirección twitter.com/tos. Si juzgamos que estas modificaciones son sustanciales, pondremos a su conocimiento vía una actualización @Twitter o por e-mail a la dirección asociada a su cuenta. Continuar accediendo o utilizar los servicios después de la entrada en vigor de estas modificaciones, usted acepta estar contractualmente vinculado por las nuevas condiciones de utilización. (JUGEMENT UFC-QUE CHOISIR CONTRE TWITTER INC., 2018)

Si bien no se puede incluir toda la sentencia del Tribunal de la Gran Instancia de Paris por ser excesivamente extensa, esta ha comprendido diferentes tipos de cláusulas abusivas utilizadas por Twitter. Tales como la exoneración de responsabilidad, la imposición de la ley aplicable conjuntamente con el tribunal competente, la modificación unilateral de las cláusulas, entre otras; muchas de las cuales también son catalogadas como cláusulas abusivas no solo por el Código de Protección y Defensa del Consumidor sino también por otros códigos de consumo americanos y europeos. Se ha de recalcar que se puede consultar con mayor profundidad la ya mencionada sentencia en la página del Tribunal de la Gran instancia de Paris, recordándose que se encuentra en francés por ser este su idioma original.

2. FARFETCH

Un segundo ejemplo es una tienda virtual de modas denominada Farfetch que se encarga de la comercialización de Ropa a nivel internacional, teniendo sede

en Inglaterra y el Reino Unido. En cuyo contrato de consumo, publicado en su plataforma virtual, se presentan las siguientes cláusulas abusivas:

*“Leyes gubernamentales y jurisdicción – **Estos Términos y Condiciones son regidos por la ley inglesa. Las cortes de Inglaterra serán la jurisdicción exclusiva de cualquier disputa o demanda relacionada a estos Términos y Condiciones. (...)***

*Entero acuerdo – Estos Términos y Condiciones constituyen un **entero acuerdo entre tú y nosotros** y reemplazan cualquier y todos los acuerdos previos entre tú y nosotros. (...)*

Los artículos para devolución deben estar apegados a nuestra política de devoluciones:

***Tu artículo para devolución debe llegar a su lugar de origen en no más de 14 días** después de que hayas recibido tu pedido. Después de este tiempo, no podemos garantizar que tu reembolso será procesado.*

*Advertimos a todos nuestros clientes que deben revisar las piezas que desean devolver **antes de retirar cualquier etiqueta y sacarla de su paquete original.**” (FARFETCH, 2018)*

De las cláusulas anteriormente citadas podemos destacar, la imposición de las leyes inglesas y su tribunal ante la presencia de un conflicto, siendo este lesivo para el consumidor. Si bien para el caso peruano el Código de Protección y Defensa del Consumidor buscó legislar todo contrato que tenga efectos jurídicos en Perú. Esta cláusula podría tomarse por un acuerdo entre el consumidor y el vendedor.

Respecto a las cláusulas de devolución es absurdo cumplir con esa fecha estipulada al tratarse de envíos internacionales, ya que por el proceso de aduanas que escapa de las manos del consumidor, el proceso de envío podría tomar más de 14 días. Y por último, ¿cómo se puede pensar que el consumidor asegurará la idoneidad del producto sin sacarla del paquete? El consumidor no

goza de rayos x que le permitan asegurar la correspondencia de lo ofrecido por el vendedor y el producto en cuestión.

3. SAMSUNG

Como es sabido cada cierto tiempo Samsung, entre otras empresas que ofrecen productos tecnológicos, actualiza sus softwares a manera de mejorar el servicio brindado. No obstante, el hecho de aceptar dicha actualización implica también el aceptar los términos y condiciones presentes en el contrato. Y si no queremos aceptar dicha actualización, simplemente se limitará el acceso a determinados servicios de Samsung.

A continuación, se presentarán algunas de las cláusulas abusivas presentes en la actualización de dicho software:

(...)Consentimiento para la transferencia internacional de datos

Al utilizar cualquier Servicio o participar en él y/o proporcionarnos su información, usted acepta la recogida, transferencia, almacenamiento y tratamiento de su información fuera de su país de residencia (por ejemplo, Corea del Sur), de conformidad con esta Política de privacidad, en la medida en que la legislación aplicable lo permita. Tenga en cuenta que la legislación sobre protección de datos y otras leyes de los países a los que pueda transferirse su información podrían no ser tan exhaustivas como en su propio país.

Acceso a su información

En virtud de la legislación de algunas jurisdicciones, y sin perjuicio de cualquier otro derecho que tenga reconocido por ley, puede que tenga derecho a solicitar detalles sobre la información que recopilamos y a corregir las imprecisiones que ésta contenga. Si la ley lo permite, puede que le cobremos una tasa menor por ofrecerle esta opción. Nos reservamos el derecho de rechazar las solicitudes que sean repetitivas sin responder a causas razonables, exijan un

esfuerzo técnico desproporcionado, pongan en riesgo la privacidad de otros, no resulten, en absoluto, viables en la práctica o no estén contempladas en la legislación local. Si desea realizar una solicitud de acceso a su información, póngase en contacto con nuestro departamento de atención al cliente en esta dirección.” (SAMSUNG, 2018)

Es decir, el solo hecho de aceptar dicha actualización de software implica también brindar nuestro consentimiento a Samsung a que pueda manejar nuestros datos como le plazca, siendo posible que pudiera lucrar con la misma, tal y como lo hizo Twitter y lo hacen distintas redes sociales.

Y a su vez, en la segunda cláusula claramente se restringe al consumidor a solicitar detalles sobre el tipo de información recopilada por Samsung, estableciendo una onerosidad por dicho servicio, pese a que es derecho del Consumidor el tener conocimiento sobre cuál es la información que está siendo recopilada por esta entidad.

4. ELDIARIO

Incluso durante el proceso de búsqueda para sostener el fundamento de la presente tesis es que nos encontramos frente a la coacción del portal web “el diario” (2018) donde se muestra un mensaje para aceptar las cookies de la página en cuestión, caso contrario no se podrá acceder al contenido.

Siendo precisamente el texto interesante el siguiente:

“¿Con qué finalidad? (...)

- *Mostrarte mensajes en la web que te animen a hacerte socio o socia de eldiario.es.*
- *Facilitar información a las administraciones públicas o Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado por orden judicial.*
- *Acreditar ante las autoridades competentes en materia de protección de datos la realidad del consentimiento y en su caso los permisos que nos*

hubieras otorgado para gestionar las cookies de eldiario.es.”
(ELDIARIO, 2018)

Entonces en primer lugar, esto representa un limitante al internauta a acceder a la información de un determinado sitio web, recalcando que el internauta también es considerado un consumidor. Y a su vez la coacción al consumidor a recibir publicidad no deseada por el consumidor. Finalmente, el consentimiento que se brindaría es casi forzado si el consumidor quiere acceder a la información brindada en dicho portal, convirtiéndose esta información en el servicio que desea adquirir este consumidor.

Esta forma de coacción representa también una forma de competencia desleal, puesto que obliga al consumidor mediante publicidad repetitiva al consumo de determinado bien, en este caso la suscripción, que otras empresas pudieran no contemplar en sus métodos comerciales, incurriendo así en un método comercial agresivo regulado por el Código de Protección y Defensa del Consumidor contemplado en su Art. 58.

CAPÍTULO CUARTO: LEGISLACIÓN INTERNACIONAL SOBRE LAS RELACIONES DE CONSUMO EN LA ESFERA INTERNACIONAL Y LOS PRINCIPIOS UNIDROIT

Dentro de la economía actual mundial y globalizada en la que nos encontramos, la legislación nacional ha quedado un poco al margen acerca de estas nuevas relaciones comerciales. Por lo que muchos países, que desarrollan estas nuevas modalidades de contratación internacional, se basan en legislación, valga la redundancia, internacional.

Diferentes estados son conscientes que a nivel nacional pueden mantener reguladas las relaciones entre empresas, ciudadanos y el Estado. Sin embargo, cuando hablamos de relaciones de consumo internacionales mediante los contratos e-commerce es necesario hablar de legislación internacional y de la utilización del Estado sobre la misma.

En referencia a los contratos electrónicos comerciales (contratos e-commerce) debemos denotar que en el mercado internacional en el que se desarrolla, es un tanto diferente a los mercados internacionales donde generalmente se desarrollaba el comercio. A su vez, estas nuevas relaciones dadas por medios electrónicos han permitido un mayor aumento de dichas conexiones. Por lo que además de la legislación nacional e internacional también se ha procurado desarrollar los Códigos de Conducta.

Los códigos de conducta son los referidos al comportamiento de las empresas dentro del mercado, refiriéndonos a la conducta ética que deben tener las empresas respecto a los consumidores. Por ejemplo, las cláusulas abusivas que se colocan en los contratos de adhesión. Sin embargo, muchas de las empresas solo se guían bajo los parámetros mercantiles, es decir solo buscan el mayor margen de ganancias, por lo que un código de conducta por si solo sería insuficiente para regular el mercado.

Es por esto que también surgen las normas de autorregulación, donde son los propios agentes participantes del comercio los que deciden sobre las normas del mercado. Haciendo referencia al comprador, al consumidor y al comerciante, los agentes principales del comercio.

“Las normas de self-regulation han sido consideradas por la doctrina y por la práctica como normas insuficientes en la regulación del Comercio Electrónico. Es necesario que dichas normas sean complementadas con normas de origen institucional, tendientes a garantizar derechos o libertades fundamentales.” (PALOMARES, 2011)

Pese a estas dos formas de regulación antes mencionadas, cabe destacar que es necesario la intervención del gobierno. Como en un capítulo anterior se mencionó el rol del Estado, este debe intervenir dentro de las relaciones comerciales, pero no como un obstáculo del comercio, solo como un agente que facilite el comercio estableciendo las debidas reglas. Entonces basándonos en esta función del Estado, es que este agente debe plantear una normativa interna complementaria a las anteriores mencionadas para llegar a lograr una protección eficaz. Dado que este no es un campo estudiado a fondo, es necesaria la actividad en conjunto de los diferentes agentes que se encuentran dentro y fuera del mercado.

Si bien, cada estado mantiene una legislación interna que compete asuntos internacionales, como en el caso de Perú que tiene un capítulo entero dentro del Código Civil dedicado al Derecho Internacional Público y Privado, se ha de reconocer que la legislación es insuficiente por lo que se recurre a tratados, principios y recomendaciones firmadas en ámbitos internacionales, a los cuáles el Perú se ha adscrito.

Es así que podemos mencionar tres cuerpos legislativos importantes dentro de este contexto: las recomendaciones de la OCDE, los principios UNIDROIT y las propuestas ante la OEA. Estas instituciones trabajan conjuntamente en materia de legislación internacional. Por lo que resulta relevante realizar un análisis profundo de cada uno de ellos y extraer aquellos factores primordiales que nos sirvan para la implementación de un cuerpo legislativo dentro de nuestras normas.

4.1.- LAS RECOMENDACIONES DE LA OCDE

“Fundada en 1961, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) agrupa a 36 países miembros y su misión es promover

políticas que mejoren el bienestar económico y social de las personas alrededor del mundo. La OCDE ofrece un foro donde los gobiernos puedan trabajar conjuntamente para compartir experiencias y buscar soluciones a los problemas comunes(...). Fijamos estándares internacionales dentro de un amplio rango de temas de políticas públicas.” (OCDE, 2018)

La OCDE es una de las pocas instituciones preocupadas en la legislación de materia internacional, de la que el Perú ha podido tomar de ejemplo para legislar aquellas brechas dentro de las relaciones comerciales actuales. Constantemente la OCDE hace distintas recomendaciones a sus países miembros y adherente en materia legislativa acerca de diversos temas actuales, tales como el medio ambiente y la contratación electrónica. Siendo este último el tema que nos interesa.

En abril del 2016, Indecopi promueve las recomendaciones de la OCDE en materia de contratación electrónica, a fin de dar a conocer al consumidor peruano cuáles son sus derechos respecto a este tipo de contratación asegurando así su protección y desarrollando dentro de un consumidor cada vez más informado la seguridad necesaria para que este pueda hacer uso de esta tecnología y este tipo de comercio.

Si bien las recomendaciones han tratado de abarcar una gran cantidad de tópicos, es necesario establecer que en pos de esta meta han devenido en la ambigüedad y dentro de este mismo cuerpo normativo, especifica que estas recomendaciones son solo una base sobre la cual cada país miembro o adherente debe de trabajar en conjunto con diferentes instituciones para establecer una normativa más acorde a cada país e incluso apoyarse de otras legislaciones de ámbito internacional, pudiendo ser más recomendaciones emitidas por la propia OCDE u otras que también pudieras ser acorde a los problemas suscitados.

(...) si es necesario, adoptar y adaptar leyes que protejan a los consumidores en el comercio electrónico, teniendo en cuenta el principio de neutralidad tecnológica. (OECD, 2016)

Como bien se recalcó líneas arriba, las recomendaciones de la OCDE requieren de otras leyes de apoyo que permitan una adecuada protección a este nuevo consumidor de comercio electrónico, esta nueva regulación no busca interferir en el libre albedrío del consumidor forzándolo a la utilización de un medio en específico, por lo que recalca que la legislación debe estar amparada bajo el ámbito de neutralidad tecnológica, lo cual se entiende como la libertad que mantiene el consumidor para escoger por que medios realizar sus actividades de compra y venta.

Entonces, si bien estas recomendaciones han sido reconocidas y difundidas por Indecopi, aún no podemos decir que se encuentra legislado el campo de la contratación electrónica, específicamente el área correspondiente al consumidor.

Uno de los beneficios que ha traído consigo estas recomendaciones, es la facilidad de su lenguaje. Como bien se sabe muchas legislaciones emplean tecnicismos que no toda persona es capaz de entender, de hecho en su gran mayoría, convenios, tratados y demás legislación usan términos jurídicos, ya que estos asuntos se encuentran dentro del ámbito legal y son debatidos por abogados. Sin embargo, la OCDE ha procurado utilizar un lenguaje sencillo que cualquier consumidor pueda entender, ya que toma a la legislación de las brechas legales como un trabajo en conjunto y no solo de ciertas instituciones, recalcando a su vez uno de los fundamentos de la redacción de su propuesta legislativa.

Facilitar la comunicación, la cooperación y, cuando corresponda, el desarrollo y la aplicación de iniciativas conjuntas a nivel internacional entre los gobiernos y las partes interesadas (OECD, 2016)

A continuación, se presentarán las proposiciones más relevantes en materia del consumidor de los contratos B2C, en otras palabras, las proposiciones que atañen al consumidor dentro del comercio electrónico en materia internacional.

A. Transparencia y efectividad en la protección al consumidor como cualquier otra protección

Referido más que todo a la redacción de un cuerpo legislativo que permita una protección verdadera del consumidor de contratación electrónica. Visto desde este punto y habiendo analizado a profundidad todas las recomendaciones brindadas por la OCDE, es que no podemos afirmar que la efectividad se logre solo con esta propuesta legislativa, y en vista de que no disponemos de alguna otra regulación en materia de contratos electrónicos B2C a nivel internacional, no podemos decir que se está cumpliendo dicha recomendación

B. El estado debe trabajar en conjunto con otras sociedades o agrupaciones para lograr esta protección

Como ya se mencionó la OCDE promueve el trabajo conjunto para lograr una legislación mucho más eficaz y precisa. No solo espera que sea trabajo del Estado, el regular las nuevas relaciones contractuales, sino también de otras instituciones relacionadas e incluso el mismo consumidor podría contribuir a dicha acción reguladora.

Alentar el desarrollo continuo de mecanismos efectivos de correulación y autorregulación que ayuden a mejorar la confianza en el comercio electrónico, incluso mediante la promoción de mecanismos efectivos de resolución de conflictos. (OECD, 2016)

Sin embargo, es necesario recalcar que el Estado debe promover la creación de estos mecanismos de protección en su rol de promotor de justicia. Es por esto que la presente tesis plantea la implantación de un cuerpo legislativo en

materia del consumidor en las contrataciones de comercio electrónico, contratos B2C.

C. Empresas deben prestar una atención debida a los consumidores

Si bien, dentro del mercado se plantea que la autorregulación es posible y que a su vez existen los códigos de conducta mediante los cuáles una empresa debe ser ética y respetar a los consumidores, evitando cualquier tipo de aprovechamiento, es posible que no se va a cumplir en un amplio porcentaje, debido sobre todo, a que la mayoría de empresas han sido creadas con un solo fin: obtener ganancias. Entonces no se puede decir que estas irregularidades del mercado se van a solucionar por sí mismas.

Dentro de las recomendaciones se hace un llamado a las empresas con su actitud frente a los consumidores, pero no se va a esperar que la mayoría vele por los intereses del consumidor sobre los de la misma empresa. Por lo que, a opinión personal, la sola recomendación hacia las empresas no bastaría para asegurar la seguridad del consumidor.

D. Los negocios no deben brindar alguna práctica engañosa o fraudulenta

Se encuentra referido más que todo a la publicidad engañosa, reconocida también por Indecopi dentro de la comercialización local. En teoría esta si es una recomendación que se podría aplicar para la legislación de la contratación electrónica, la sola recomendación resulta un poco ambigua, y en el espíritu de la norma está cumpliendo su objetivo de ser solo una base sobre la cual desarrollar una legislación más adecuada.

E. Empresas no deben ocultar términos y condiciones

Referido a la claridad en las cláusulas de los contratos de adhesión. Como bien se sabe estas cláusulas son redactadas previamente por una de las partes, en

este caso la empresa. Quien en muchas ocasiones basada en la prevalencia de su posición sobre los consumidores oculta términos y condiciones o simplemente utiliza un lenguaje ambiguo y de difícil comprensión para el consumidor. Asegurando así una mayor brecha informativa.

F. Empresas no deben usar términos de contratación injustos

Si bien, aquí claramente podemos aludir a las cláusulas abusivas, esta sola recomendación resulta muy ambigua al no especificar a qué se refiere con términos de contratación injusta. Podríamos definir, como una relación en la cual una de las partes resultaría siempre con un mayor beneficio que la otra, claramente aludiendo a las ya mencionadas cláusulas. Sin embargo, si bien estas recomendaciones son ambiguas, pueden ser complementadas por otra legislación de un carácter similar a este.

G. Empresas no deben incurrir en faltas contra los datos personales

Las recomendaciones no solo se han basado en los términos de contratación del consumidor, sino también haciendo alusión al riesgo del tráfico de datos por Internet. Sin embargo, para la presente tesis esta recomendación no estaría estrechamente relacionada ya que pertenece más que todo al ámbito de tráfico de datos regulada en la esfera del derecho informático.

H. Empresas deben justificarse

En razón a las cláusulas consignadas dentro del contrato, si bien las empresas tienen la potestad por si mismas de especificar las cláusulas en absoluto dentro de un contrato, es también responsabilidad de ellas emitir el motivo de dichas cláusulas. En las recomendaciones, se encuentra plasmado de una manera más general, pero sirve de apoyo para redactar una mejor legislación en torno a esta.

I. Empresas deben cumplir con cualquier legislación relacionada a sus transacciones con el consumidor

Dentro de una esfera internacional, existen y existirán distintas normas dentro de cada país, y con la apertura a las nuevas tecnologías dentro de las transacciones, la legislación se ha vuelto un poco insuficiente. Es por esto, que diferentes instituciones a nivel internacional han buscado emitir normativa que pueda ayudar a distintos países que busquen regular estas nuevas relaciones mercantiles. Y es aquí donde el consumidor dentro de la esfera internacional es una situación que aún no ha sido regulada. Si bien la OCDE a brindado estas recomendaciones para intentar regular este nuevo ámbito, es consciente de que este trabajo implica más que solo las recomendaciones y hace un llamado a demás legislaciones que puedan complementarla.

Un consumidor que ahora se encuentra dentro de un nuevo mercado en el cual, el Estado no puede intervenir directamente como lo haría en el caso de comercialización local, necesita el apoyo de distintas legislaciones e incluso el Estado podría valerse de las mismas para lograr legislar una situación de desigualdad o asimetría dentro del mercado

J. Empresas no deben restringir la habilidad del consumidor para que el Estado u otra institución realice revisiones cargos y consultas

Dentro de la esfera local tenemos a Indecopi como una de las instituciones encargadas de revisar las cláusulas generales de contratación de los diferentes contratos que se dan entre una empresa y un consumidor, para determinar la existencia de alguna forma de asimetría informativa. Sin embargo, respecto a las contrataciones internacionales no existe una institución que realice tal trabajo y se ha de reconocer que este resultaría casi imposible sin el apoyo del propio consumidor.

Entonces se podría plantear en base a esta recomendación una legislación que dé dicha responsabilidad a una institución, a la cuál cualquier consumidor pueda recurrir para lograr dicha revisión.

K. Avisos y marketing deben ser claros e identificar al comerciante

Referido también a la publicidad engañosa dentro de cualquier página web en la cual el consumidor sienta que ha sido víctima de algún engaño para lograr la comercialización, planteado también dentro del Código del Consumidor en la esfera local. Como dato extra esta recomendación también alude a la identificación del comerciante, problema actual que debido al Internet, la identificación y localización del comerciante se convierten en casi algo imposible de determinar a ciencia cierta. Por ejemplo, muchos sitios de Internet solo mantienen un registro de localización, fácilmente alterable, y no cuentan con un domicilio fijo.

Queda también dentro de la responsabilidad del consumidor, el saber con quién se está realizando una relación contractual y el ser precavido antes de perfeccionar el contrato.

L. Empresas deben asegurar precios reales

En vista de un mercado amplio donde la competencia es abundante, muchas empresas consignan precios irreales donde no se especifican los montos extras, por entrega, por cambio o al momento de hacer la conversión de divisas. Lo cual genera una idea equivocada en el consumidor. Esta recomendación hace alusión al Código del consumidor, donde existen diversos artículos que regulan la consignación de este precio dentro de una esfera local.

M. Empresas deben asegurar la credibilidad de los que promocionan sus productos, y en caso de que tienda al engaño, este debe revelarse

Referido a la publicidad engañosa, como se pudo observar son distintas las recomendaciones que hacen alusión a este punto. Debido más que todo a que mediante la utilización de medios electrónicos se puede alterar las características de cualquier producto, haciéndolas más llamativas al consumidor. Lo que en comparación con el comercio tradicional donde si existe la capacidad del consumidor de asegurarse sobre la calidad del producto, devendría en una desventaja para este nuevo consumidor al no poder asegurarse de la idoneidad del producto en cuestión.

N. Posibilidad de retirarse del contrato en “situaciones especiales”

Dentro de las recomendaciones, se brinda la posibilidad de anular el contrato en torno a situaciones especiales, con lo que la recomendación resulta bastante ambigua al no dar referencia de cuales son dichas situaciones especiales. Sin embargo, en base a esta recomendación se podría elaborar una legislación que permita establecer cuales serían dichos supuestos y las consecuencias del retiro de dicho contrato

O. Empresas deben respetar el deseo del consumidor a no recibir publicidad

Una regulación similar se encuentra contemplada dentro del Código del Consumidor, mediante el cual se establece que las operadoras de telefonía no podrán realizar llamadas para ofrecer sus productos cuando el cliente no lo solicite. El parecido entre esta recomendación y la regulación establecida en el código del consumidor hace unos meses, trae a acotación el deseo del consumidor a no recibir publicidad.

Existen diferentes páginas web que contemplan dentro de su contrato una posibilidad a recibir información, ofertas y demás sobre cualquier objeto de la tienda, pero también se podría tomar la opción de no aceptar dicha premisa.

Sin embargo, algunas empresas impelen al consumidor a aceptar recibir estas ofertas o de lo contrario no se podrá realizar el contrato

P. Los consumidores pueden realizar opiniones de las empresas vía online y registrarlas

Cuando un consumidor necesita comprar algo de una tienda virtual por primera vez, muchas personas se guían más que todo de las opiniones de otros consumidores, donde se plasma la atención, el precio, la calidad, entre otros. En base a esta recomendación se podría generar una disposición que establezca el impedimento de la empresa a borrar dichas opiniones que bien pueden ayudar a otros consumidores.

Q. Uso de dos idiomas en el contrato

La apertura a nuevos mercados también trajo consigo el encuentro de diferentes idiomas. Si bien existen mecanismos y paquetes de datos para las traducciones, no siempre estas serán las más certeras. Por lo que una de las recomendaciones de la OCDE atañe a la redacción del contrato en dos idiomas. Si bien existe una amplia cantidad de idiomas, sería una ardua tarea de redactar el contrato en cada idioma. Sin embargo, se puede hacer en base a dos idiomas; la recomendación no especifica claramente que idiomas pueden ser estos o los lineamientos para escoger los idiomas de redacción, pudiendo darse entonces una preferencia, a opinión personal, a los idiomas más hablados.

R. Proveer información necesaria en cualquier plataforma

Los métodos comerciales con la entrada de nueva tecnología, han devenido en la utilización de distintas plataformas. Con plataforma comercial se hace referencia al uso de páginas web en las cuáles se realiza la compra y venta. Por lo cual es necesario la consignación de todos los datos posibles que

permitan al consumidor tomar una decisión consciente de lo que desea comprar.

- S. Las empresas deben brindar información acerca de los bienes que ofrecen (características, requerimientos contractuales, seguridad, restricción en la edad)

Este ítem es la agrupación de ciertas recomendaciones en torno a las características de cualquier bien. Esta recomendación no atañe a la presente tesis, al no tratarse de cláusulas abusivas; sin embargo, es importante a mencionar debido a la protección que se brinda al consumidor con esta recomendación.

Es necesario también plantear una similitud en base al Código del Consumidor, donde también están consignados distintos artículos que prevén que esta información sea idónea.

- T. Empresas deben esperar a la confirmación del consumidor para realizar el contrato

Como ya se mencionó en un capítulo anterior, para perfeccionar el contrato es necesario que el consumidor brinde su aceptación a éste, y es ahí donde queda perfeccionado el contrato cuando el oferente recibe la respuesta de aceptación del consumidor. Si bien muchos pueden pensar que esta recomendación no atañe ningún beneficio a la legislación, se recalca que existen diferentes teorías del perfeccionamiento del contrato electrónico. Por lo que, el establecimiento de una norma que permita saber el momento de perfeccionamiento del contrato, resulta de bastante utilidad

- U. El consumidor tiene alternativas de resolución de conflictos

En esta recomendación se menciona la posibilidad del consumidor de tener diferentes métodos de resolución de conflictos con cualquier empresa, sin embargo no menciona cuáles serían dichos mecanismos. Hace alusión también a la utilización de métodos online, debido más que todo a la distancia entre los diferentes agentes de la disputa.

Entonces nos podemos plantear cuáles serían dichas alternativas de resolución de conflictos, teniendo las opciones conocidas de un tribunal a nivel internacional o un tercero.

V. Compensación

Una de las recomendaciones a resaltar es el planteamiento de una compensación en caso de que el consumidor no se encuentre satisfecho con su compra debido a algún desperfecto en el producto. Si bien, esta recomendación pudiera ser una de las respuestas para evitar una disputa mayor, son muy pocas las empresas que lo hacen o que tienen dicha política. Mientras no esté legislado dicho acto, serán muy pocas las empresas que puedan responder en esta manera y más las que no generen ningún tipo de compensación, ya sea por la calidad del producto, por el tiempo de demora o cualquier otro factor que señale como agente en falta al vendedor

W. Implementación de seguridad de seguridad de datos

Esta recomendación se refiere principalmente a los delitos informáticos contemplados en la ley N° 30096, donde se menciona diferentes problemas respecto a la seguridad de datos, tales como la suplantación, el acceso ilícito, entre otros. Si bien la recomendación está dada para el ámbito internacional, se ha de recalcar que Perú se ha basado en normativas y disposiciones internacionales, como la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos y el convenio de Budapest, para erigir dichos artículos en el Código Penal.

En materia de seguridad de datos podemos decir que Perú mantiene una serie de normas que permite legislar el tráfico de dichos datos y brindar una pena en caso de que surgiera dicha problemática. Recalcando que en este caso, Perú hizo uso de normativa internacional que le permitió elaborar una legislación en torno a un problema latente en una nueva esfera comercial.

X. Educar al consumidor para que pueda tomar mejores decisiones y para que puedan usar la tecnología e-commerce

La última de las recomendaciones a resaltar es la educación del consumidor. Un consumidor informado puede tomar mejores decisiones y a su vez utilizar las diferentes gamas tecnológicas a su alcance con la seguridad suficiente de no sufrir ningún problema antes mencionado. Sin embargo, tal como su nombre lo dice esto es solo una recomendación, no se especifica cómo se puede lograr la educación del consumidor.

En el año 2016 Indecopi publicó estas recomendaciones en su totalidad, con la finalidad de que el consumidor pudiera estar más informado y supiera que cuenta con cierta protección en esta materia. Sin embargo, hasta la fecha son pocos los consumidores que se arriesgan a hacer uso de la nueva tecnología, por el miedo y desconocimiento a las plataformas virtuales.

A su vez, se recalca que desde hace dos años no ha habido nuevas propuestas legislativas en torno al consumidor dentro del comercio electrónico a nivel internacional. Perú solo se ha remitido a aceptar dichas recomendaciones y promoverlas, más no a desarrollar alguna norma o regulación que pueda cubrir el vacío legal.

Dentro del análisis de las recomendaciones OCDE pudimos notar que dichas recomendaciones son bastante ambiguas y dejan mucho a la interpretación. Es más, dentro de estas propias recomendaciones se da a entender la necesidad de

mayor normatividad que pueda complementar o que pueda surgir tomando como base el texto brindado por la OCDE. Sin embargo, siendo 2018 esta brecha legislativa aún no ha tenido mayores progresos.

4.2. LOS PRINCIPIOS UNIDROIT

El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) es una organización intergubernamental independiente (...). Su propósito es estudiar las necesidades y los métodos para modernizar, armonizar y coordinar el derecho privado y, en particular, el comercial entre los Estados y los grupos de Estados, y formular instrumentos, principios y normas de derecho uniforme para lograr esos objetivos. (UNIDROIT, 2018)

UNIDROIT es una de las instituciones internacionales por excelencia, dedicada al desarrollo de legislación sobre la contratación comercial. Trabaja en conjunto con diferentes entidades estatales e internacionales, como el CNUDMI por ejemplo, para complementar de esta forma sus propuestas y alcances legislativos.

En el año 1994 es que se publican los Principios de Contratos de Comercio Internacional, a lo que en adelante llamaremos Principios UNIDROIT. Estos principios, redactados libremente sin presión política o ideológica, estaban orientados a legislar únicamente contratos de carácter internacional y en su mayoría mercantiles, haciendo incluso una nota dentro de su marco legislativo que daba preferencia a la normativa nacional respecto a los contratos de consumo. Por supuesto, en la fecha en que dichos principios fueron redactados los contratos de consumo solo correspondían al ámbito nacional, nadie sabía que, dentro de unos años gracias al desarrollo tecnológico y la globalización, la comercialización pasaría a ser transnacional, con lo que el contrato de consumo alcanzó nuevas esferas.

Cabe destacar que al ser una institución internacional dentro de la cual no hay influencias ideológicas y mucho menos políticas, la redacción de los principios se

realizó bajo una perspectiva diferente a la que realizan los Estados en sus legislaciones, puesto que el único fin de UNIDROIT fue lograr una legislación lo suficientemente capaz de resolver la problemática con los contratos internacionales y que a su vez fuera una legislación general que cualquier país pudiera utilizar para regular sus contratos.

Es en este punto que el contrato e-commerce surge en sus dos modalidades: el contrato business to business y el contrato business to consumer. Siendo que el contrato business to consumer pertenece a la esfera de los contratos comerciales, ¿Cómo es que también puede pertenecer a la esfera del contrato de consumo? La respuesta es sencilla, ambos contratos revisten características similares, lo que ya abordamos en el segundo capítulo, además de que dentro de este contrato e-commerce se reúnen las características de internacionalidad con un agente ya conocido, el consumidor, y un contrato más que abordado: el contrato de adhesión.

Entonces, si tenemos tantas similitudes entre estos contratos y el contrato business to consumer (B2C) reúne las características anteriormente mencionadas, ¿no sería este uno de los contratos a legislar bajo el amparo de los principios UNIDROIT?

En primer lugar, los principios UNIDROIT fueron creados con el fin de unificar los contratos y las obligaciones devengadas de los mismos haciendo que la regulación comercial sea conocida a una mayor amplitud. Dicho en otras palabras, busca cubrir la mayor cantidad posible de contratos de dicha naturaleza en diferentes países. Los principios UNIDROIT son conocidos como uno de los cuerpos legales mas estrictos, debido a su exhaustiva revisión en la unificación de sus leyes bases, tales como la legislación china, la estadounidense, la alemana y la canadiense; de donde ha sabido enriquecerse para la promulgación de sus principios.

Como anteriormente se mencionó, la normativa de los principios UNIDROIT busca no inmiscuirse dentro del ámbito local, es por esto que los principios

UNIDROIT no legislaron los contratos de consumo “clásicos”; sin embargo, algunos países tales como Estonia, Lituania y Rusia han usado de inspiración estos principios UNIDROIT para incluirlos a su legislación nacional, en el caso de este último en específico, los principios UNIDROIT fueron incluidas dentro de su Código Civil. Es decir, si bien los principios UNIDROIT no fueron diseñados para abarcar contratos de carácter estatal, han sido los propios estados quienes se inspiraron en estos principios y desarrollaron una legislación propia, que a su vez cumple con el espíritu de los principios UNIDROIT, abarcar la mayor cantidad de contratos posibles.

En pos de esta meta de abarcar la mayor cantidad de contratos bajo su legislación, es que los principios han desarrollado ciertas características que les permiten dicha adaptación ya sea a la legislación de un país en concreto o al cambio de era, haciendo de este cuerpo normativo uno de los más versátiles.

Algunas de las características de este cuerpo normativo residen en su complementariedad, la flexibilidad de su interpretación y su aplicación cada vez más amplia.

A. COMPLEMENTARIEDAD

Los principios UNIDROIT actúan de forma supletoria, es decir siempre y cuando no exista una legislación nacional, los principios UNIDROIT podrían ser invocados para llenar este vacío. Y en el caso de que si existiera una norma de carácter nacional que regulara algún contrato dentro de la esfera comercial, los principios UNIDROIT podrían emplearse para la complementariedad del cuerpo legislativo nacional; brindando así una mayor protección.

La ley europea por ejemplo promueve la intervención del Estado, como una actuación conjunta donde el Estado es capaz de incorporar a la legislación nacional normas de carácter internacional a fin de

complementar la normativa interna de dicho país. El Estado tiene esa capacidad de encontrar algunas directivas y normativas internacionales que sean capaces de complementar algunos vacíos legales de las normativas y adherirse a dichas normativas a fin de incluirlas como parte normativa del Estado.

En Perú aún no existe una legislación que tenga bajo su cargo a los contratos e-commerce específicamente. El Código Civil solo ha reconocido la existencia de diferentes instrumentos tecnológicos que faciliten el perfeccionamiento de los contratos. Mientras que, en su capítulo relativo a la comercialización internacional, hace una mayor referencia a los contratos B2B que a los contratos B2C. No podemos olvidar, que la redacción del Código Civil está sometida a los lineamientos de la economía del país, en otras palabras, está influenciado. Por lo que no podemos ser tan críticos en el hecho que solo está velando y promoviendo el contrato B2B, porque al tener una economía social de mercado, la mayoría de sus políticas estas orientadas al mercado. Es decir, los contratos entre empresas permitirían un mayor crecimiento y desarrollo para el país, por lo que el Estado ha velado y velará por este tipo de comercio.

Grandes potencias y bloques económicos también han usado los principios UNIDROIT como una legislación que complemente a sus leyes nacionales. Por ejemplo, la Unión Europea, uno de los más importantes bloques económicos, utiliza a los principios UNIDROIT para la complementación de la Lex Mercatoria, su legislación propia en materia mercantil.

En este caso, la norma nacional siempre va a prevalecer sobre la norma internacional. Si existiera entonces una ley nacional acorde o que se pudiera catalogar como más efectiva respecto a un problema se aplica la misma, pero si no, se podría aplicar los principios UNIDROIT. Y en el supuesto caso de que los principios UNIDROIT contravinieran las normas

nacionales, simplemente dejaría de aplicarse el principio, ya que el espíritu de este cuerpo legislativo es el de complementar o servir de base para el desarrollo de una legislación más acorde con la realidad de cada país.

En el caso de Perú se tiene un cuerpo normativo relacionado a los derechos del consumidor “el Código del Consumidor” y a su vez una normativa para los contratos internacionales “el Código Civil”; sin embargo, la mezcla de dichos ámbitos, por un lado el mercantil y por el otro el del consumidor, aún no está contemplado bajo un amparo legislativo. En otras palabras, podríamos hacer uso de los principios UNIDROIT como una base sobre la cual desarrollar una normativa que complemente los cuerpos legislativos anteriormente mencionados y que realmente cubra la falencia de legislación del contrato de comercio electrónico internacional en su modalidad B2C.

B. FLEXIBILIDAD EN LA INTERPRETACIÓN

La legislación española ha incluido también a los principios UNIDROIT dentro de su legislación nacional, específicamente para atacar los problemas de obsolescencia de su Código de Comercio. Sin embargo, en este caso no se han introducido los principios tal y como están. Estos han sido interpretados para una integración dentro de su cuerpo legislativo, asimilándose al contexto español.

Esto se ha logrado debido a la forma en la que se encuentran redactados, no solo nos referimos a esa capacidad de interpretación que goza en distintos países haciendo muy fácil su adaptabilidad, sino también a que su redacción permite actualizarse y ser utilizados en un contexto contemporáneo, donde la globalización ha realizado demasiados cambios que ya han dejado desfasadas algunas normativas nacionales anteriormente utilizadas. Es decir, los principios UNIDROIT fácilmente

podrían adaptarse para legislar los contratos e-commerce en materia de consumidor.

Al no pertenecer a ningún país en específico, su interpretación tiende a ser amplia ya que UNIDROIT creó dichos principios con el fin de difundirlos entre distintas naciones. Los contratos electrónicos comerciales, al igual que los principios UNIDROIT no revisten un régimen jurídico propio, debido a las diferentes ramas de derecho que lo integran. Por ejemplo, en el caso peruano los contratos e-commerce no mantienen ninguna relación específica con algún cuerpo normativo en específico, solo se ha reconocido los medios electrónicos como medios para facilitar el comercio. Siendo a su vez posible la utilización de dichos principios ya que la amplitud de su interpretación también está referida a su capacidad de adaptación a un contexto más actual.

Entonces podemos decir, que los principios UNIDROIT están en toda la capacidad de ser interpretados dentro de una nueva legislación que pueda normar estos contratos e-commerce, sobre todo el contrato B2C, que es el que nos atañe dentro de la presente tesis. La flexibilidad presente en los principios, a diferencia de cualquier tratado, permite no solo ser un complemento ideal sino también servir de base a una nueva legislación que norme las relaciones a nivel local.

“Lo que se pretende hacer a través de la regulación del comercio electrónico es ofrecer al consumidor un conjunto de reglas aceptables que permitan un desarrollo más seguro de las vías electrónicas de contratación.” (SANTANDER, 2002)

Mediante un conjunto de normativas internacionales adaptadas al ámbito nacional, podríamos tener una legislación que este cubriendo una mayor parte de relaciones comerciales dentro del ámbito global internacional, además de que el Estado podría velar por la seguridad del consumidor,

cumpliendo con su rol promotor de la justicia. Esto se lograría mediante la capacidad de interpretación del Estado, adaptando la legislación internacional a la nacional.

C. CRECIENTE CAMPO DE APLICACIÓN

Los principios UNIDROIT son ampliamente utilizados a nivel internacional por su facilidad de interpretación. Tanto es así, que cada vez su uso dentro de los tribunales internacionales es más recurrente, lo cual desde cierta perspectiva trae repercusiones dentro de la comercialización local. Estas repercusiones se deben más que todo a que las relaciones mercantiles poco a poco están volviéndose trasfronterizas con lo que cabe preguntarnos ¿Qué tan lejos estamos de la aplicación de normas internacionales, como UNIDROIT, dentro de nuestra esfera local?

Es necesario especificar, que los principios UNIDROIT han sido utilizados por diferentes Estados como un modelo para ser incluido dentro de sus normas internas, caracterizándolo a su vez como una norma con implicancia interestatal, es decir una norma que permitiría la comunicación entre diferentes Estados en razón de solucionar sus problemas.

Los principios UNIDROIT mantienen un campo de aplicación para todos aquellos contratos de carácter comercial e internacional. Por lo que su aplicación en los contratos e-commerce que revisten una aplicación en ambos ámbitos, sería factible. Además, reiterando lo ya citado con anterioridad este reviste un carácter de complementariedad y a su vez es capaz de ser tomado como una base sobre la cual erigir una normativa nacional que pueda ser integrada al cuerpo normativo de cada nación.

Al igual que las recomendaciones OCDE, los principios UNIDROIT son flexibles a interpretar, por lo que pueden adaptarse a diferentes países. Esto lo diferencia

de los tratados internacionales que son más rigurosos. Entonces podemos plantear que los principios, al ser una regla subsidiaria, pueden servir de complemento para los principios OCDE, permitiendo a su vez la creación de un conjunto de disposiciones basado en los principios UNIDROIT que complemente a la propuesta legislativa de OCDE.

Ahora bien, no todos los principios son competentes en materia de consumidor. Recordemos que estos principios regulan las relaciones comerciales a nivel internacional, siendo los contratos entre empresa-empresa y empresas-persona natural. Por lo que si bien, los principios UNIDROIT han evitado inmiscuirse en materia de consumidor por considerarlo propio de cada país; el consumidor en el comercio electrónico ha roto dicha barrera, permitiendo el uso de los principios UNIDROIT sobre este contrato.

4.2.1. PRINCIPIOS UNIDROIT REFERENTES A LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

Siendo la última versión de los principios UNIDROIT la del año 2016, se tomará a este texto como referencia para su análisis. Los artículos plasmados dentro de esta normativa se encuentran divididos en 11 capítulos siendo un total de 195 artículos en cuestión. Sin embargo, no es menester de la presente tesis incluir todos los artículos plasmados dentro de los principios UNIDROIT, ya que el contenido del capítulo se extendería innecesariamente.

Por lo que después de un análisis exhaustivo, solo se presentará aquellos artículos que pudieran tener una implicación en materia de consumo. Realizando a su vez una comparación, a modo de comentario, con ciertos artículos del Código de Protección y Defensa del Consumidor y determinadas concordancias con las recomendaciones OCDE. Esto en pos

de demostrar que los principios UNIDROIT se encuentran en mejores capacidades de complementar la normativa del Indecopi.

Artículo 1.7 - Buena fe y trato justo

(1) Cada parte debe actuar de acuerdo con la buena fe y el trato justo en el comercio internacional.

(2) Las partes no pueden excluir o limitar este deber. (UNIDROIT, 2016)

Este artículo hace referencia a la buena fe con la que ambas partes deben actuar. Lo que más resalta es que especifica que nadie puede limitar ni excluir dicho deber. Con lo que vale la pena plantearnos, si es que existe alguna restricción en el contrato de adhesión.

También es necesario comentar que la buena fé está reconocida dentro del Código de Protección y Defensa del Consumidor (2010) en distintos artículos, definiéndola como el comportamiento exigible al proveedor; mientras que el trato justo solo es reconocido en uno de los artículos, referente al trato equitativo y no discriminatorio en la transacción comercial.

De este principio UNIDROIT en cuestión podemos añadir que se recalca que tanto la buena fe como el trato justo no deben ser excluidos ni limitados. Entonces respecto a los contratos de adhesión con cláusulas abusivas, ¿no se estaría excluyendo el actuar de acuerdo a la buena y con un trato justo? Y aún más grave ¿no se estaría limitando algún derecho del consumidor?

Una normativa amparada en este principio del trato justo resulta ventajosa para el consumidor, puesto que está más que identificado que con la presencia de una cláusula abusiva no se está respetando este principio, es decir no existe ni buena fe ni trato justo.

Artículo 2.1.14 - Contrato con términos dejados deliberadamente abiertos
(1) Si las partes tienen la intención de celebrar un contrato, el hecho de que intencionalmente dejen un término para ser acordado en futuras negociaciones o para que lo determine una tercera persona no impide que se establezca un contrato. (UNIDROIT, 2016)

Lo más resaltante de este principio es que hace mención a un tercero, brindándole una capacidad de determinación de las cláusulas que no hayan sido pactadas o acordadas entre las partes, el consumidor y el vendedor. Se destaca esta cláusula porque no define exactamente quién podría ser este tercero. Claro está, generalmente esta atribución la recibe una institución encargada de la defensa del consumidor en el ámbito nacional, siendo este caso Indecopi, ¿pero y en el ámbito internacional? ¿Existe también este tercero con la capacidad de intervención?

Artículo 2.1.20 - Términos sorprendentes

(1) Ningún término contenido en términos estándar que sea de tal carácter que la otra parte no lo haya esperado razonablemente, es efectivo a menos que haya sido expresamente aceptado por esa parte.

(2) Al determinar si un término es de tal carácter, debe tenerse en cuenta su contenido, idioma y presentación. (UNIDROIT, 2016)

Lo más resaltante de este artículo es el segundo numeral el cual menciona que en caso de términos sorprendentes se ha de tomar en cuenta el contenido, el idioma y la presentación. Del cual podemos rescatar un punto en común con las recomendaciones del OCDE al tener en cuenta el idioma.

Haciendo una comparación rápida, el idioma es considerado dentro del Código del consumidor; no obstante, al tratarse de un ámbito local el único idioma de redacción que se ha considerado es el

castellano. Lo cual tomando en cuenta la apertura a un nuevo mercado, resulta en cierto punto deficiente. En primer lugar, muchas empresas con las que se contrata electrónicamente manejan contratos en diferentes idiomas y en segundo lugar no se puede imponer un idioma a un comerciante, porque se estaría limitando el comercio.

Respecto a este punto podemos decir, que no se ha tomado en cuenta el mercado global y trasnacional dentro del Código del Consumidor, que es el que ha asumido el rol de protección del consumidor dentro del e-commerce.

Artículo 3.8 - Fraude

Una parte puede evitar el contrato cuando se le haya llevado a concluir el contrato por la representación fraudulenta de la otra parte, incluido el lenguaje o las prácticas, o la no divulgación fraudulenta de circunstancias que, según los estándares comerciales razonables de trato justo, la última parte debería haber revelado. (UNIDROIT, 2016)

Nuevamente se hace referencia al trato justo que debe recibir todo consumidor. Líneas más arriba se explicó que el Código del Consumidor no contempla más que en un artículo sobre el trato justo.

Art.1 Literal d. Derecho a un trato justo y equitativo en toda transacción comercial y a no ser discriminados por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole. (CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR, 2010)

En el código del consumidor menciona al trato justo y equitativo sin especificar cuál es su definición, simplemente implica que no

haya discriminación y exista un trato equitativo entre ambas partes. En comparación con los principios UNIDROIT, estos últimos son más específicos, añadiendo que el trato justo implica el lenguaje o las prácticas que lleven a una contratación fraudulenta, así como también la no divulgación de información, lo que conllevaría a que la parte afectada, en este caso el consumidor, pudiera evitar el contrato.

Como último detalle, en el Código del consumidor no se menciona la definición de fraude dentro de la contratación.

Artículo 3.10 - Disparidad Severa

(1) Una parte puede evitar el contrato o un término individual del mismo si, en el momento de la conclusión del contrato, el término del contrato le daba a la otra parte una ventaja excesiva. Se debe tener en cuenta, entre otros factores, a:

(a) el hecho de que la otra parte se ha aprovechado injustamente de la dependencia, la angustia económica o las necesidades urgentes de la primera parte, o de su imprevisión, ignorancia, inexperiencia o falta de capacidad de negociación; y

(b) La naturaleza y finalidad del contrato.

(2) A solicitud de la parte que tiene derecho a ser evitada, un tribunal puede adaptar el contrato o el plazo para que esté de acuerdo con los estándares comerciales razonables de trato justo. (UNIDROIT, 2016)

Con disparidad severa, claramente se hace alusión a la asimetría informativa. Como en capítulos anteriores se mencionó, esta asimetría se encuentra presente en los contratos de adhesión. Refiriéndonos a contratación electrónica, esta asimetría se vuelve aún más grande, puesto que no solo están presentes los contratos de adhesión con sus cláusulas abusivas redactadas por el vendedor,

sino también incurre una presencia mas dominante del vendedor ya que sus cláusulas no son legisladas por ningún ente supranacional.

Si bien cada país tiene en su poder una legislación concerniente al consumidor, ¿qué se podría hacer cuando la relación traspasa los límites fronterizos?

Por ejemplo, una persona x en Perú compra una laptop de una empresa china, en el contrato e-commerce se encuentra una cláusula abusiva respecto al tribunal donde se atenderán las controversias en caso de haberlas. ¿Cómo debería actuar Indecopi ante este caso? ¿Le puede prohibir a la empresa en cuestión que deje de usar dicha cláusula? La respuesta es obvia: no.

En el Código del Consumidor, la normativa está hecha para territorio nacional, donde Indecopi si puede imponer dichas medidas correctivas a las empresas y es capaz de reconocer y eliminar las cláusulas abusivas en cada contrato que revisa. Pero a nivel internacional, la legislación resulta insuficiente. Indecopi no puede establecer una multa a dicha empresa, no hay posibilidad de como cobrarle dicha multa y mucho menos podríamos hablar de un reembolso para el consumidor.

Artículo 4.1 - Intención de las Partes

(1) Un contrato se interpretará de acuerdo con la intención común de las partes.

(2) Si no se puede establecer tal intención, el contrato se interpretará de acuerdo con el significado que las personas razonables del mismo tipo que las partes le otorgarían en las mismas circunstancias. (UNIDROIT, 2016)

Aquí nuevamente se hace mención a la intervención de un tercero en materia de interpretación de las cláusulas de un contrato. En

comparación con el Código del Consumidor, la tercera persona en cuestión vendría a ser Indecopi, sin embargo, frente a un mercado internacional y globalizado, que es donde circula el contrato e-commerce, ya se vió establecido que Indecopi poco o nada puede hacer.

La normativa establecida dentro del Código del consumidor es de ámbito nacional con lo que su participación en un ámbito internacional queda insuficiente.

Se recalca que la presencia de un tercero en una de las recomendaciones de la OCDE donde se le da la facultad de interpretación de resolución de conflictos a un tribunal internacional o en todo caso a un tercero. Bien es sabido que cada país dispone de propia reglamentación en materia de consumo, sin embargo, frente a un avasallante crecimiento de la tecnología y las relaciones internacionales, ¿no sería mejor disponer de una entidad supranacional que vele por dichos derechos del consumidor? Ese sí sería un tercero capaz de solucionar los conflictos en esta materia e interpretar de forma idónea las cláusulas presentes en los contratos no importando de que país provinieren o el idioma en el que se encuentren redactados.

Artículo 4.6 - Regla Contra Proferentem

Si los términos del contrato suministrados por una parte no son claros, se prefiere una interpretación en contra de esa parte. (UNIDROIT, 2016)

Respecto a este principio, este si se encuentra presente en el Código del Consumidor, donde simplemente está redactada en el sentido del consumidor, pero el contenido y relevancia es el mismo.

“Principio Pro Consumidor. - En cualquier campo de su actuación, el Estado ejerce una acción tuitiva a favor de los consumidores. En proyección de este principio en caso de duda insalvable en el sentido de las normas o cuando exista duda en los alcances de los contratos por adhesión y los celebrados en base a cláusulas generales de contratación, debe interpretarse en sentido más favorable al consumidor.” (CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR, 2010)

Sin embargo, aquí nuevamente entra en conflicto el hecho de que ahora estamos frente a diferentes competidores de distintas nacionalidades, entonces ha de ser necesario una ampliación dentro de este artículo. Aquí bien podría caber, en referencia con otro principio, la necesidad de establecer que, ante la diferencia de interpretaciones dadas por el uso de idiomas diferentes en los contratos, se decidirá por la cláusula más favorable al consumidor ya sea en el idioma del vendedor o en el idioma traducido. Obviamente, será necesario implementar que las empresas comercializadoras manejen sus contratos en más de un idioma.

Artículo 6.2.3- Efectos de la excesiva onerosidad” (hardship)

(1) En caso de “excesiva onerosidad” (hardship), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa.

(2) El reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento.

(3) En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal.

(4) Si el tribunal determina que se presenta una situación de “excesiva onerosidad” (hardship), y siempre que lo considere razonable, podrá:

(a) resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o

(b) *adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio* (UNIDROIT, 2016)

Aquí claramente trae a colación el papel de la renegociación no contemplada en el Código del Consumidor, debido más que todo a que no es propio del contrato de adhesión donde las cláusulas ya están redactadas y es para un amplio campo de consumidores. Sin embargo, ya definimos que Indecopi en esfera nacional es capaz de eliminar las cláusulas abusivas, pero a nivel internacional su función queda limitada por el propio ámbito, pese a que el contrato pueda tener efectos en Perú.

Entonces valdría la pena plantearnos que un tercero podría negociar dichas cláusulas en torno a la defensa de distintos consumidores afectados por dicha cláusula abusiva. Es decir, una entidad supranacional, una agrupación en torno a la defensa del consumidor u otro análogo es capaz de renegociar dicha cláusula en representación de distintos consumidores, quedando así tal cláusula eliminada o modificada.

Artículo 7.1.6 - Cláusulas de exención

Una cláusula que limita o excluye la responsabilidad de una parte por incumplimiento o que permite que una parte ofrezca una ejecución sustancialmente diferente de lo que la otra parte razonablemente espera no puede invocarse si fuera muy injusto hacerlo, teniendo en cuenta el Objeto del contrato. (UNIDROIT, 2016)

Presente también en el Código del Consumidor, respecto a cláusulas abusivas de ineficacia absoluta

“Artículo 50.- Cláusulas abusivas de ineficacia absoluta

a. Las que excluyan o limiten la responsabilidad del proveedor o sus dependientes por dolo o culpa, o las que trasladen la responsabilidad al consumidor por los hechos u omisiones del

proveedor.” (CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR, 2010)

Cabe resaltar que la similitud reside en la responsabilidad del proveedor, el cual no puede establecer dentro de alguna cláusula el eximirse de cualquier responsabilidad frente al consumidor, puesto que esto estaría afectando al derecho de este último.

Muy por el contrario, las diferencias dan un poco más de fuerza al principio UNIDROIT en cuestión. En este principio, se menciona también que la ejecución diferente a la establecida al contrato es también limitante del derecho del consumidor y por tanto dicha cláusula no puede invocarse. En el código del consumidor (2010) dentro de las cláusulas abusivas de ineficacia relativa contempla la ineficacia cuando el proveedor modifique las condiciones o términos del contrato, es decir solo las partes, en este caso el consumidor, podría plantear dicha ineficacia.

Esta diferencia planteada por el Código del Consumidor resta los derechos del consumidor, dado que en las cláusulas de ineficacia absoluta es Indecopi quien puede revisar de oficio dichas cláusulas, velando por el consumidor. Pero para la situación de modificación del contrato o su ejecución, solo el consumidor deberá estar pendiente de la presencia de dichas cláusulas, generando que el Gobierno incumpla con su rol de promotor de justicia reconocido en la Constitución.

Se recalca también que, frente a una situación desfavorecedora para el consumidor, este también puede realizar una demanda de daños y perjuicios vía judicial. Sin embargo, en un contexto internacional esto resulta más oneroso que beneficioso. Entonces, ¿Cuál debería ser la solución correcta frente a un daño al consumidor ya sea por

la alteración del producto o la alteración de las cláusulas? La respuesta será abordada en la propuesta normativa, pero ya queda establecido que la regulación concerniente a derecho del consumidor queda insuficiente cuando la tratativa deveniente del comercio electrónico entra en un ámbito internacional.

Artículo 7.2.3 - Reparación y reemplazo de desempeño defectuoso

El derecho al rendimiento incluye, en casos apropiados, el derecho a requerir reparación, reemplazo u otra subsanación del rendimiento defectuoso. (UNIDROIT, 2016)

En torno a este principio, el Código del Consumidor también un artículo similar dentro de su tratativa, sin embargo, visto desde la perspectiva de Indecopi este principio de reparación y reemplazo no puede ser ejercida por esta entidad debido a que no goza de capacidad para forzar a una empresa a responder en tal manera.

Nuevamente aquí vemos que pese a estar materializado el reconocimiento del derecho de consumidor, las soluciones brindadas al mismo cuando se ve afectado su derecho, restan deficientes.

Sin embargo, no haciendo mella en la insuficiencia de la legislación del Consumidor en un ámbito internacional, la subsanación que plantea UNIDROIT y que deja abierta la puerta al amplio criterio, podría ser utilizada.

Artículo 7.4.5 - Prueba de daño en caso de transacción de reemplazo

Cuando la parte perjudicada haya rescindido el contrato y haya realizado una transacción de reemplazo dentro de un tiempo razonable y de manera razonable, puede recuperar la diferencia entre el precio del contrato y el

precio de la transacción de reemplazo, así como los daños y perjuicios por cualquier daño adicional. (UNIDROIT, 2016)

Nuevamente aquí se habla de la posibilidad de una compensación monetaria pero ante una transacción de reemplazo. Se recalca que la posibilidad de reemplazo no está contemplada dentro del Código del consumidor, sin embargo, algunas empresas lo ponen a su disposición dentro de una de las cláusulas de sus contratos.

Como un aporte extra, este principio faculta al consumidor a poder reclamar un monto dinerario por esta nueva afección a su derecho. En comparación al ámbito nacional, en caso de que el consumidor planteara reclamar esta posibilidad debería hacerlo por la vía judicial.

Entonces podemos deducir, que casi ningún consumidor hará uso de esta posibilidad de compensación monetaria debido a la excesiva onerosidad en la que se incurriría. Sin embargo, en el caso de una entidad que pudiera reclamar este monto en representación de los consumidores resultaría más favorecedora en torno al derecho del consumidor.

Artículo 10.7 - Medios alternativos para la resolución de controversias

Las disposiciones de los Artículos 10.5 y 10.6 se aplican, con las modificaciones apropiadas, a otros procedimientos con los que las partes solicitan de un tercero que les asista en el intento de lograr una resolución amistosa de sus controversias. (UNIDROIT, 2016)

La posibilidad de un tercero en materia de resolución de conflictos y representación del consumidor, ha sido redactada en diversos principios ya antes mencionados, con lo que, a diferencia de los

organismos nacionales encargados de la defensa del consumidor, aquí se deja amplitud de interpretación para saber quien podría ser ese tercero.

Cabe resaltar que este tercero es diferente al considerado en el arbitraje dado que este medio de resolución de conflictos también ha sido previsto en el principio 10.6.

Artículo.11.2.1 – Pluralidad de acreedores

Cuando varios acreedores pueden exigir de un deudor el cumplimiento de una misma obligación:

(a) los créditos son separados si cada acreedor solo puede exigir su parte;

(b) los créditos son solidarios si cada acreedor puede exigir la totalidad de la prestación;

los créditos son mancomunados si todos los acreedores deben exigir la prestación de forma conjunta. (UNIDROIT, 2016)

Tomando como referencia este principio podemos hacer dos grandes acotaciones.

La primera, referida a la posibilidad de agrupación de los consumidores reconocida en el Código del Consumidor el cuál señala la posibilidad de defensa colectiva del consumidor; sin embargo, no menciona más al respecto sobre el origen de dichos consumidores agrupados. Claro esta se sobreentiende que todos son peruanos, porque el Código del Consumidor está diseñado para el ámbito nacional, pese a sus intentos de normar las relaciones del consumidor internacionales pero cuyo contrato tenga efectos en Perú.

Y la segunda, referida a la posibilidad de agrupación de diferentes consumidores de distintos países afectados por supuesto por la

misma empresa. Podemos desglosar entonces la defensa del consumidor a nivel supranacional, donde entidades internacionales puedan recoger los reclamos y a su vez materializar las compensaciones a nombre de los consumidores sin la necesidad de engorrosos gastos y teniendo un mejor derecho del consumidor resguardado.

Artículo 11.2.4 - Reparto entre los acreedores solidarios

(1) Los acreedores solidarios tienen entre ellos derecho a partes iguales, a menos que las circunstancias indiquen lo contrario.

(2) El acreedor que recibe más que su parte debe transferir el excedente a los demás acreedores, en la medida de sus respectivas partes.

(UNIDROIT, 2016)

En caso de poder materializar la compensación que irían a recibir los consumidores, este principio trae a mención que los consumidores reciban un monto dinerario equitativo.

Dado el caso de la posibilidad de que pudiera existir un representante de los consumidores durante un proceso, y asumiendo que las razones de nacionalidad no interfieran en la agrupación de los mismos, un consumidor afectado que resida en el lugar de funcionamiento de la empresa podría bien recibir la compensación a nombre de los otros consumidores que no se encuentren en dicho país, bajo la premisa de distribuir equitativamente la compensación salvo pacto entre los consumidores.

4.2.2. LOS PRINCIPIOS UNIDROIT APLICADOS AL CONSUMO A NIVEL INTERNACIONAL

En el acápite anterior se sostuvo que no todos los principios UNIDROIT pueden ser aplicados al consumidor, debido a que por la naturaleza de los mismos son aplicados a contratos comerciales internacionales. Sin embargo, los mencionados artículos son los que podrían tener efectos sobre la materia de consumo.

Es necesario recordar que el consumidor ahora es un agente global dentro de la contratación e-commerce, con lo que la aplicación de estos mismos es factible, dado que actualmente el consumo ha roto las barreras nacionales, por lo que la protección que brinda cada Estado en materia nacional resulta insuficiente.

Como ya se mencionó también en un capítulo anterior, la esfera del consumo y el comercio están ínfimamente relacionados y con la aparición de nuevas formas de contratación este nexo se hizo presente en una nueva contratación e-commerce. Distintos principios UNIDROIT, que son estándares, pueden incluir al consumidor bajo uno de los contratantes. Porque es necesario recordar que en todo contrato existe asimetría informativa, lo que deviene en afectaciones al Derecho del Consumidor tales como la presencia de cláusulas abusivas, la falta de idoneidad o el engaño realizado al consumidor para que realice la compra de determinado producto o servicio, siendo el primero de estos el ejemplo más habitual de asimetría informativa.

Sin embargo, la presente tesis no busca forzar la inclusión literal de estos principios a la legislación peruana o a algún acuerdo internacional. Recordemos que una de las características mencionadas de los principios UNIDROIT es la de flexibilidad en la interpretación, con esto queremos decir que los artículos que se han distinguido por la posibilidad de ser parte

del ámbito del consumo serán solo la base para una legislación más acorde al consumidor global.

Siguiendo esta línea de ideas no podemos olvidar que el Derecho del Consumidor está reconocido bajo el amparo del Código de Protección y Defensa del Consumidor y amparándonos en que los principios UNIDROIT revisten el carácter de complementariedad, se plantea la modificación de determinados artículos de este mismo código a fin de lograr la protección adecuada de un Derecho del Consumidor que ya traspasó el ámbito nacional llegando a la supranacionalidad.

Claro está, existen ciertas diferencias entre las normas de cada país, pero no podemos olvidar que también existen determinados puntos en común en torno a la materia del consumidor. Y son estos mismos puntos los que nos llevan a decir que el consumidor es reconocido como persona por el Estado, que en su función de promotor de la justicia debe y quiere proteger los derechos de estos consumidores. Entonces si el consumidor es reconocido por diferentes legislaciones y siendo que los Códigos de Consumo de distintos países mantienen puntos en común respecto a la asimetría en la que se encuentra al consumidor dentro de estas relaciones de consumo, sin olvidar por supuesto que es la contratación electrónica (e-commerce) internacional la que ha convertido al consumidor clásico en un consumidor global, ¿Por qué no podría plantearse la actividad conjunta de los Estados frente a un problema en el cual la competencia nacional ha quedado insuficiente?

Recordemos que la idea de incluir o tener como base a los principios UNIDROIT para una creación normativa e incluirlos en el ámbito internacional, no es una idea descabellada. La amplitud de interpretación que gozan estos principios y la forma en la que se encuentran redactados, permitieron a diferentes países incorporarlos a sus normativas. Solo por

plantear algunos ejemplos, un código civil y un código comercial fueron creados tomando como inspiración a los principios UNIDROIT.

A su vez, se destaca que dentro de la comercialización internacional los principios UNIDROIT son ampliamente usados tanto para la redacción de las cláusulas de dichos contratos como también para la resolución de conflictos, destacando que la aplicación de estos principios es potestativa. Entonces, podríamos deducir que dada esta utilización constante de los principios por parte de los agentes contratantes, esta sería una normativa adecuada en materia de contratos. Siendo que el contrato de consumo reviste ahora un carácter de internacionalidad, sus agentes participantes también podrían hacer uso de estos mismos principios. No obstante, sería ilógico pensar que el comerciante quiera por voluntad propia someterse a estos principios, pues recordemos que estos contratos de consumo en el e-commerce internacional son redactados unilateralmente por el comerciante, antes de que devenga el perfeccionamiento del contrato. Siendo así que será necesaria de un agente presente también en el ámbito del consumo, el Estado. Pues es este agente, el único que podría estipular las pautas bajo las cuales se realice el comercio, sin limitarlo por supuesto, simplemente velando por la situación del consumidor, como persona, frente a la asimetría latente en las relaciones de consumo dentro de esta esfera internacional.

Si bien en Perú, no mantenemos una tratativa específica en materia de e-commerce y no es menester de la presente tesis la creación de una legislación en esta materia, se ha de reconocer que esta nueva modalidad de contratación está presente en el consumo y seguirá estando presente mientras la tecnología y la globalización sigan desarrollándose en el mercado. En otras palabras, es necesario saber normar y proteger el Derecho del Consumidor frente a un ámbito que comienza a desarrollarse desmesuradamente. El Código de Protección y Defensa del Consumidor por otro lado, previendo la posibilidad de nuevas formas de contratación

busco incluir toda forma de contratación en la que incurriera el consumidor; no obstante, las medidas que plantea el Código están referidas al ámbito nacional. El legislador solamente quiso no dejar de lado las contrataciones que en un futuro podrían darse, más las medidas correctivas de la asimetría de las relaciones de consumo permaneció solo en letra muerta. Con esto no se desmerece el trabajo que el Indecopi logra frente al consumo de esfera nacional, solo se recalca que, en materia de contratación internacional, refiriéndonos al e-commerce que es la que relaciona el consumo y el ámbito internacional, la norma brindada es insuficiente.

UNIDROIT es un vocablo francés del cual podemos dividir en dos: UNI y DROIT. UNI que significa unido y DROIT que traducido al español es derecho, con lo que claramente se define que esta institución vela por la unificación del Derecho, específicamente el Internacional Privado. Y ahora que ya establecimos que las relaciones de consumo revisten un carácter internacional y la necesidad de establecer al Derecho del Consumidor como un derecho supranacional, podemos decir claramente que los principios UNIDROIT podrían ahora también abordar materia del consumidor. Cabe destacar que dentro de este mismo cuerpo normativo de los principios UNIDROIT, se estableció que dichos principios no incurrirían en la esfera del consumidor, por considerarlos ámbito “nacional” y en vista de que la presente tesis plantea el reconocimiento de este derecho más allá de la esfera nacional y siendo que ahora existe la presencia del consumidor global, esta indicación de los principios UNIDROIT quedaría limitante frente a una esfera que también ya pertenece a un ámbito internacional y que cuyos contratos se encuentran circulando libremente en el mercado global sin supervisión alguna.

Y es justo en esta falencia, que los principios UNIDROIT serán tomados como referencia a fin de complementar la legislación y plantear de este modo la supranacionalidad del Derecho del Consumidor. Pero no solo los

principios UNIDROIT podrán servirnos de inspiración para la modificación y complementación del Código de Protección y Defensa del Consumidor, sino también para el reconocimiento de distintos principios de consumidor que deben ser reconocidos a nivel internacional, por ser estos comunes en diferentes legislaciones entre países. Esto se abordará en mayor detalle en las recomendaciones. Sin embargo, siendo que esto es un proceso continuo, será necesario, en pos de esta Supranacionalidad del Derecho del Consumidor, comenzar con el primer paso que sería la modificación del Código en cuestión.

Realizando una comparación con las recomendaciones OCDE que el Estado Peruano ha reconocido, se puede observar que estos también han procurado por el consumidor en materia de e-commerce. No obstante, existe una clara recomendación dentro de este documento que insta al Estado a la creación de una normativa que complemente dichas recomendaciones. En comparación con los principios UNIDROIT, dado que ambas instituciones revisten la calidad de buscar una unificación del derecho en determinadas materias donde es posible, las recomendaciones OCDE restan en generales, siendo esta mucho mayor que los principios UNIDROIT. Por lo que no podemos decir que las recomendaciones OCDE pueden ser la única base para realizar la complementación antes mencionada al Código de Protección y Defensa al Consumidor, ya que estas restan en ambiguas. Es así que después de un análisis de los diferentes principios UNIDROIT que pudieran revestir materia del consumidor, se llega a la conclusión de que esta será la base inspiradora para nuestra propuesta normativa.

Visto desde una perspectiva general, podemos decir que no existe una legislación adecuada en materia del consumidor perteneciente al comercio electrónico internacional. Si bien aquí se analizaron dos normas posibles a incorporar debido a que han intentado velar por el consumidor, estas han restado en recomendaciones para el desarrollo de una normativa de carácter nacional. Sin

embargo, como se viene sosteniendo una norma de carácter estatal ha perdido poder frente a la globalización y las nuevas relaciones de consumo devenidas, siendo lo más idóneo plantear una propuesta de carácter internacional.

4.3. PROPUESTAS ANTE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA)

La OEA u OAS por sus siglas en inglés, ha sido una de las organizaciones más preocupadas por la armonización del Derecho Internacional Privado y sus siete CIDIPs (Conferencias Interamericanas de Derecho Privado) son prueba de ello.

Pero lo que atañe a la presente tesis es la CIDIP VII, donde se reconoce la necesidad de una protección al consumidor en el ámbito internacional, reconociéndose las falencias de las normas de carácter nacional frente a un escenario internacional y estableciéndose la relación preponderante entre el consumidor y el comercio internacional. Además se destaca la promoción hacia la colaboración con instituciones con el mismo fin unificador de derecho internacional, como lo son UNIDROIT, UNCITRAL, el Banco Interamericano de Desarrollo, entre otros.

Es así que en esta séptima conferencia del año 2003, existieron dos importantes propuestas normativas que desafortunadamente no tuvieron la acogida de los Estados Miembro para ser ratificadas, quedando solo como evidencia de la necesidad de legislar este vacío normativo y como documentos sobre los cuales poder trabajar en un futuro.

A continuación se explicará a un mayor detalle dichas propuestas normativas y por qué no fueron ratificadas.

A. PROPUESTA BUENOS AIRES

Esta propuesta fue dada por los gobiernos de Brasil, Argentina y Paraguay en el año 2009 presentada en la CIDIP VII en torno a la protección del

consumidor pasivo en la contratación a distancia y del consumidor activo o turista, enfocando más su interés por el consumidor turista y reiterando determinados conceptos ya sabidos del consumidor y el principio de norma más favorable reconocido por una gran cantidad de países. Sin embargo, existe también la mención del consumidor a distancia mediante el comercio electrónico notándose que es un problema aún sin legislar. El principal problema de esta propuesta radica en la aplicación simultánea de leyes a favor, pudiendo generarse un conflicto de normas que la cláusula de armonización inmersa en dicha propuesta queda limitada frente a las diferentes legislaciones de los países. Se destaca que un punto importante es la posibilidad de que otros Estados no partes puedan adherirse a dicha propuesta, ampliando así el ámbito de protección del consumidor.

Por un lado esta propuesta no deja de ser interesante, pero por el otro se torna muy rígida al plantear reglas de Derecho Aplicable ante un consumidor que contrata internacionalmente, reiterándose la elección libre de las partes sobre el derecho aplicable y sin mencionar las soluciones frente a un escenario donde no se puede definir el domicilio comerciante menoscabando el derecho del consumidor a una debida protección.

B. GUÍA LEGISLATIVA PARA UNA LEY INTERAMERICANA RESPECTO A LA DISPONIBILIDAD DE MEDIOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y RESTITUCIÓN A FAVOR DE LOS CONSUMIDORES PRESENTADA POR LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Este documento presentado también en la CIDIP VII en el año 2010 busca proponer soluciones a las controversias en línea, tales como la posibilidad de establecer mecanismos por los cuales un consumidor domiciliado en un estado miembro pueda iniciar un reclamo contra una empresa domiciliada en otro estado miembro por medio de medios electrónicos. Si bien es un poco limitante al establecer que esto solo aplica a estados miembro, no deja de ser una idea relevante hacia la economía colaborativa. Otro punto importante, es

que propone la posible creación de una o más autoridades competentes y el reconocimiento de sentencias emitidas por otros países para la restitución a consumidores frente a prácticas comerciales fraudulentas o engañosas. (CONSEJO PERMANENTE DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, 2019)

Respecto a las críticas a esta propuesta tenemos que, no se menciona cual será la institución a cargo, sus funciones, ni tampoco la colaboración de las diferentes instituciones nacionales en torno a protección al consumidor; además que este es un texto modelo que insta a los gobiernos a crear leyes de carácter estatal, con lo que resta nuevamente el carácter internacional que ha adquirido el consumidor.

En capítulos anteriores ya también se vió que el papel del Código de Protección y Defensa del Consumidor resta en insuficiente y falta de idoneidad respecto a la materialización de la norma en ámbito internacional, por lo que solo restaría desarrollar una normativa más acorde al nuevo papel que desempeña el consumidor en materia de contratación electrónica internacional pudiendo plantear una propuesta normativa en la CIDIP VIII que sea más acorde al carácter internacional de la protección al consumidor. Puesto que sigue siendo materia de estudio la protección del mismo y siendo que el e-commerce se ha propuesto como uno de los temas a debatir. Si bien esta CIDIP aún no tiene fecha, el Estado Peruano podría presentar una propuesta normativa concerniente a este tema trascendental y como ya se explicó líneas arriba es UNIDROIT la piedra angular sobre la cual se tomará de base para la creación de una soft law que busque plantear el reconocimiento de unos principios mínimos pero en materia de consumidor inmerso en las relaciones de comercio internacional.

CONCLUSIONES GENERALES

- Existe desprotección jurídica de los derechos del consumidor cuando las relaciones de consumo se realizan a nivel internacional y esta desprotección se manifiesta a pesar de la gran cantidad de operaciones de este tipo de consumo que se realiza a nivel global.
- Un consumidor reconocido a nivel internacional podría recurrir a cualquier entidad defensora de los derechos del consumidor dentro de la Organización de los Estados Americanos para denunciar cualquier acto lesivo a sus derechos sin el limitante de la desprotección o el conflicto de leyes cuando el consumo sea bajo la modalidad de e-commerce con proveedores de un país distinto al lugar donde se ejecuta la prestación principal del contrato de consumo.
- Una empresa que se vale de medios electrónicos para realizar sus actividades comerciales, podría ser identificada y sancionada por los diferentes estados en donde infrinja los derechos del consumidor, lográndose así la protección más amplia al consumidor.

CONCLUSIONES ESPECÍFICAS

- En respuesta a la hipótesis planteada se llega a la conclusión específica de que efectivamente existe desprotección de los derechos del consumidor en el ámbito internacional. Si bien el Código de Protección y Defensa del Consumidor ha procurado englobar todos los contratos de consumo, las medidas plasmadas en este cuerpo normativo no son las adecuadas y suficientes para la defensa del consumidor en el e-commerce internacional y no solo en materia de cláusulas abusivas sino también en demás afectaciones al Derecho del Consumidor, por lo que la aplicación de una norma (soft law) inspirada en los principios UNIDROIT deben permitir complementar dicho cuerpo normativo debido a que esta nueva forma de consumo se ha vuelto

preponderante donde el carácter internacional del que gozan estos principios podrían brindar una nueva visión hacia la protección internacional del consumidor.

- La regulación otorgada a nivel nacional resulta insuficiente e inadecuada frente a un escenario internacional donde los parámetros de la relación de consumo han superado el carácter nacional. Siendo a su vez una situación alarmante que diferentes convenios y regulaciones internacionales hayan evitado a toda costa inmiscuirse en este ámbito limitándose tan solo a promover el comercio. Nadie niega que, en materia nacional las diferentes legislaciones cumplen su función, pero seamos sinceros el comercio dentro escenario internacional seguirá en aumento rompiendo esas barreras nacionales y delimitatorias, donde no se puede dejar sin protección debida al consumidor que se encuentra inmerso en el mercado global.
- La sanción a las cláusulas abusivas dentro de los contratos de consumo en el caso particular del Perú son sancionadas por el Indecopi. A su vez, las medidas correctivas hacia dichas empresas que incurren en estas cláusulas abusivas, son impuestas por este mismo organismo; sin embargo, no existe una institución supranacional que cumpla una labor similar cuando los contratos de consumo son internacionales, además de ser esta una tarea excesiva para cualquier institución. Concluyéndose así, que las cláusulas abusivas y otras afectaciones al Derecho del Consumidor siguen siendo un problema latente dentro de las relaciones de comercio electrónico internacional. Es decir, nos encontramos delante de un problema que aún no encuentra una solución y frente al cual las normativas actuales no han sabido adecuarse.
- El derecho del consumidor debe ser reconocido como un derecho supranacional, puesto que este agente es contemplado por la gran mayoría de legislaciones donde se establece que el Estado debe velar por la protección de sus derechos dado que su calidad como persona es inherente. Siendo así que la falta de complementación del Código de Protección y Defensa del

Consumidor mantiene vulnerado el Derecho del Consumidor al no poder brindar una protección real y eficiente a todo consumidor pese a incurrir en relaciones de consumo internacional.

- Las instituciones a nivel internacional como UNCITRAL, UNIDROIT, OCDE, entre otros, procuran por la legislación de la comercialización electrónica, pero la gran mayoría están focalizadas en las relaciones B2B, dejando de lado a la esfera B2C. Por lo que, el establecimiento de una serie de principios inspirados en los principios UNIDROIT resulta ser el más adecuado para llevar al consumidor a una esfera de protección dentro de la contratación internacional. Una fórmula vinculada al soft law que establezca unos mínimos respecto a una protección supranacional del consumidor, podría hacer frente a este problema, y siendo que la contratación electrónica reviste un carácter internacional por la apertura a un mercado más amplio, es que determinados principios sirven de inspiración para la propuesta normativa que complementa el Código de Protección y Defensa del Consumidor que se brindará más adelante.

RECOMENDACIONES

El derecho del consumidor ha asumido una forma que sobrepasa cualquier norma emitida a nivel nacional, si bien las leyes internacionales han pretendido darle preferencia a la normativa nacional de cada país en esta materia, no se puede decir que esta haya sido la mejor opción, por lo que la tratativa actual que recibe el consumidor debe ser modificada.

En los distintos cuerpos normativos de casi todos los países se reconoce al consumidor como una persona natural por lo general y de manera excepcional a la persona jurídica, con lo que podemos deducir que el consumidor dentro del comercio es una persona que cumple un determinado rol, pero que dicha calidad de “persona” es inherente a él. Tomando en consideración lo estipulado en la Constitución Peruana (1993) el fin del Estado es la defensa y respeto de la dignidad de la **persona humana**. En este sentido el rol de consumidor no le hace perder esta calidad y amparados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos deberíamos plantear el reconocimiento a esta persona en los diferentes roles, más aun del consumidor porque mediante este rol es que satisface sus necesidades elementales.

Tomemos en cuenta que, con la llegada de la tecnología y la globalización, las normativas nacionales de cada país han quedado insuficientes frente a este nuevo mercado. Si bien han sabido acoger al consumidor que realiza este tipo de transacciones bajo el ámbito legal nacional, por los efectos que surge un contrato en cada país, las soluciones propuestas al menos por el Código del Consumidor Peruano son técnicamente imposibles de materializar en el ámbito internacional.

En torno a este orden de ideas se recomendará dos alternativas que apoyadas por el soft law propuesto podrían dar solución al problema de la legislación insuficiente en materia de consumo internacional:

- A. CREACIÓN DE ACUERDOS BILATERALES Y MULTILATERALES RECONOCIENDO AL DERECHO AL CONSUMIDOR COMO UN DERECHO SUPRANACIONAL

Se insta al Estado Peruano a promover y procurar por la creación de nuevos acuerdos en los cuales se contemple la supranacionalidad del Derecho del Consumidor por ser un problema latente y en vista de la necesidad de su reconocimiento fuera de una normativa nacional insuficiente.

La modificación de los actuales acuerdos celebrados por el Perú para recoger la defensa del consumidor en los términos que se señalan en esta investigación es un asunto que escapa al ámbito de este trabajo por cuanto obedece a aspectos que deberán ser tratados de manera estratégica y para cada caso particular por las vías diplomáticas o comerciales.

Sin embargo, se dejará mención de que la posibilidad de establecer y crear nuevos acuerdos comerciales donde también se prevea la protección al consumidor son factibles. La existencia de Tratados entre Estados no es algo nuevo en el contexto global, sin embargo, haciendo un minucioso estudio se da a conocer que las disposiciones contenidas en los mismos son enteramente promotoras del comercio y casi ninguno de los acuerdos hace mención alguna al consumidor. Son muy pocos los acuerdos donde si existe una mínima mención a este agente, pero es insuficiente; sin desmerecer el trabajo realizado por la Mesa Andina de Trabajo para la Promoción y Protección de los Derechos del Consumidor ni la Declaración Presidencial de los Derechos Fundamentales de los Consumidores instaurada por Mercosur. Se resalta que la Comunidad Andina solo está integrada por cinco países y Mercosur por diez, por lo que, si bien existe el ánimo de una protección del consumidor trasfronteriza, esta solo sería en el ámbito de estos países, restando al demás comercio internacional con otros países libre de legislación.

Como se ha citado en repetidas ocasiones, el consumidor es parte importante de este comercio, no obstante, los tratados han evitado abordar el tema por considerarlo tratativa nacional. En este contexto globalizado y de contratación electrónica, esta protección nacional ha quedado insuficiente, con lo que los

tratados deberían adoptar también los principios propuestos y reconocerlos dentro de los acuerdos ya existentes.

Perú cuenta con un amplio número de tratados en materia de comercio, por lo que, a manera de complementar los acuerdos ya establecidos, sería posible implementar nuevos tratados en materia única de consumidor, donde se le brinde una protección más acorde a la nueva tecnología empleada en la contratación; o implementar determinados artículos, basados en los principios propuestos, que reconozcan al derecho del consumidor como un derecho supranacional, que no puede restar solo en el ámbito nacional.

B. LA CREACIÓN DE UN ORGANISMO SUPRANACIONAL

Se recomienda en específico al Estado Peruano a proponer y promover acuerdos correspondientes con todos aquellos países que mantengan relaciones de comercio, a fin de materializar y establecer las funciones de un organismo a nivel supranacional que vele por los derechos del consumidor a nivel internacional.

Se entenderá como entidad supranacional, a aquel ente creado en torno a la cooperación de los Estados miembros con el fin de legislar los derechos del consumidor a nivel internacional, sin mediar por algún Estado en específico lo que le da un carácter autónomo.

Esta entidad podrá revisar las cláusulas dentro de un contrato B2C a fin de determinar la existencia de alguna cláusula abusiva que lesione al consumidor, erradicándola o planteándole la posible renegociación y cambio de dicha cláusula al vendedor en cuestión. A su vez, como representante de los consumidores en un número más amplio que las entidades estatales, podrá realizar la función de representación ante problemas internacionales entre consumidores y comerciantes. Podrá dictar también disposiciones relevantes para los países en materia de consumo en torno al avance de nuevas tecnologías y nuevas formas de contratación.

El carácter del derecho del consumidor, está íntimamente unido al reconocimiento del consumidor como persona, tomando al consumidor solo como un papel dentro del mercado, pero sin perder su calidad de persona reconocida por la Declaración Universal de Derechos Humanos.

En vista de la creciente tecnología, el consumidor se encuentra afectado frente a un creciente mercado globalizado, donde si bien existen normas relativas al consumidor, esta no es la adecuada para un ámbito internacional.

Uno de los principios propuestos reconoce la agrupación de las personas en torno a poder realizar un reclamo en conjunto sin importar la nacionalidad que estos tengan. Claro está, el Código del Consumidor peruano también reconoce esta capacidad de agrupación; sin embargo, no insiste en que esta agrupación de personas puede reclamar por sus derechos, sin el límite del territorio.

Una agrupación nacional de consumidores bajo los términos de esta propuesta, podría celebrar convenios con otra agrupación similar de un país distinto o constituir una forma legal de agremiación internacional diferente para la defensa del consumidor más allá de un ámbito local. Es así que podemos acogernos a este punto en específico, para plantear el reconocimiento y las pautas para dicha agrupación internacional de consumidores en pos de la defensa de sus derechos o un ente supranacional que los represente.

PROPUESTA NORMATIVA

Viendo el crecimiento enorme del consumo mediante el e-commerce, el fácil acceso de recursos para la adquisición de distintos productos y la dinámica distinta por la que se encuentra pasando el comercio internacional al realizar una mayor cantidad de consumos de carácter personal haciendo clara referencia al contrato B2C sobre el contrato B2B, se hace imperativa la protección del consumidor y en ese sentido se plantea la siguiente propuesta inspirada en los principios UNIDROIT.

PRINCIPIOS DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Será potestad de los diferentes Estados miembro u otro adherido, la promoción de la adopción de estos principios en el desarrollo de mecanismos supranacionales de protección de los derechos de los consumidores en las relaciones de consumo electrónico internacional.

Los principios de protección y defensa del consumidor en torno a su presencia en el comercio internacional a continuación presentados hacen hincapié en las relaciones internacionales dadas por el comercio electrónico, al ser este el principal medio por el cual el consumidor ha incurrido en el comercio internacional y siendo el escenario que presenta mayor necesidad de ser normado.

Los artículos presentes podrán ser acogidos por los Estados miembros o algún otro país que busque una protección mínima de su consumidor en relaciones internacionales, dentro de sus respectivos Códigos de Protección y Defensa del consumidor si lo hubiere o implementados en algún nuevo dispositivo en materia de defensa del consumidor internacional.

Esta norma establece unos parámetros mínimos respecto al consumidor internacional sin contravenir las normas de carácter nacional de cada Estado; todo lo contrario, busca servir de apoyo a los diferentes cuerpos normativos en torno a un nuevo ámbito donde es necesario el establecimiento de reglas mínimas pero eficientes.

1. PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO

La circunstancia de consumidor es uno de los roles que desarrolla la persona humana, por lo tanto asumiendo el reconocimiento de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la protección a la persona humana debe brindarse independientemente del rol que tenga, desempeñe o realice; ha de considerarse tan solo como un rol que desempeña la persona dentro del mercado por cuanto todos los derechos correspondientes como persona humana, le son reconocidos y ninguna cláusula podrá impedir u obstaculizar dichos derechos bajo ninguna circunstancia. Por extensión, en los casos que corresponda, los derechos reconocidos a las personas naturales podrán extenderse a las jurídicas.

2. PRINCIPIO DE AGRUPACIÓN

- a. El consumidor en su calidad de persona, tiene la libertad de agruparse con otros consumidores en torno a la defensa de algún derecho o para el ejercicio de cualquier derecho sustantivo que pudiera requerir ejercitar cuando sea afectado por el proveedor. Esta agrupación se realiza sin diferencia nacionalidades, teniendo como lazo la afectación de un derecho y el mismo agente que realiza dicha lesión.
- b. El derecho de agruparse, incluye el derecho de asociarse así como el de designar un mismo representante legal o apoderado para el ejercicio de cualquier derecho que le corresponda.
- c. Es menester de los Estados miembro brindar el reconocimiento de las agrupaciones internacionales y sus representantes legales, a fin de que estas puedan realizar una correcta representación de sus consumidores en cualquier territorio de los países miembro.

3. PRINCIPIO DE EQUIPARAMIENTO

En caso de conflicto en la interpretación de una cláusula, esta se realizará a favor del consumidor. Se incluyen también el conflicto generado en caso de traducción del contrato, decidiéndose por la cláusula más favorable sin importar el idioma en el que esta se encuentre redactada. Si hubiera

discrepancia en cuanto a la traducción o la traducción permitiera dos interpretaciones contrarias, será preferible la que favorezca más al consumidor.

4. PRINCIPIO DE INTERNACIONALIDAD

- a. La protección del consumidor sobrepasa los límites territoriales por lo que habrá la necesidad de desarrollar normatividad supranacional o implementar en la legislativa de cada país, el reconocimiento de determinadas normas, directivas y resoluciones emitidas por legislaciones internacionales referidas a la materia de protección al consumidor, a las que las empresas deberán someterse debido a sus transacciones con el consumidor. La presente norma modelo busca aproximar los diferentes cuerpos normativos existentes entre los Estados miembro a fin de resguardar el derecho del consumidor en un ámbito internacional, sin menoscabar la protección que cada Estado pudiera brindarle particularmente.
- b. Toda decisión emitida por cualquiera de los organismos de defensa del consumidor de cada Estado miembro deberá ser reconocida a nivel internacional, a fin de resguardar el derecho de los consumidores de la OEA y demás países que sin ser miembros se acojan a la presente norma.

5. PRINCIPIO DE MÁXIMA PROTECCIÓN

- a. El consumidor podrá recurrir ante cualquier entidad nacional o internacional validada y reconocida por cualquier Estado en materia de consulta o revisión ante la posible existencia de alguna cláusula abusiva dentro de su contrato al tratarse de una cláusula lesiva contra los derechos del consumidor.
- b. En caso que el consumidor recurra a una entidad nacional para la revisión de un contrato electrónico de comercio internacional, esta deberá realizar las diligencias correspondientes y contactarse con la entidad homóloga del país de residencia del proveedor en cuestión.

- c. Es menester de la Organización de los Estados Americanos (OEA) crear una entidad supranacional encargada de registrar las quejas y reclamos de cualquier consumidor de los Estados miembro o cualquier país que reconozca esta propuesta normativa.

6. PRINCIPIO DE LEGÍTIMA DEFENSA

El consumidor podrá recurrir tanto a entidades nacionales como internacionales en busca de representación ante un conflicto relacionado al consumo con una empresa internacional, sin importar si la modalidad del contrato fue físico o electrónico e independientemente del lugar donde el contrato surta efectos. Entendiéndose por empresa internacional aquella cuyo **establecimiento**¹ se encuentre en un domicilio diferente al del consumidor o aquel que es diferente al del lugar en que fue celebrado el contrato de consumo y no disponga una sucursal en territorio nacional o cuyo domicilio no pueda ser definido dentro del territorio nacional. En caso tuviera domicilio o representante en el país, el reclamo, queja o denuncia en su caso, será notificado en dicho domicilio y el representante se considerará válidamente emplazado.

7. PRINCIPIO DE IGUALDAD

- a. Todo consumidor deberá de ser reconocido y considerado como igual ante diferentes legislaciones, sin importar raza, sexo, religión, nacionalidad o cualquier diferenciación posible de cualquier índole. Ante agrupaciones de consumidores, todos reciben el mismo trato, derechos y obligaciones.

¹ Artículo 1 de la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*: La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus **establecimientos** en Estados diferentes:

- a) cuando esos Estados sean Estados Contratantes; o
- b) cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante.

- b. Por tratarse de un derecho derivado del reconocimiento como persona, los Estados no deberán hacer diferencia entre los reclamos presentados por sus ciudadanos y aquellos presentados por consumidores extranjeros. Se deberá brindar a su vez las facilidades a estos últimos para hacer de su conocimiento el trámite respectivo en torno a denuncia, reclamo y queja.

8. PRINCIPIO DE REPARACIÓN

- a. Las instituciones nacionales e internacionales deberán velar que los comerciantes cumplan con la reparación, restitución o resarcimiento económico impuesto por alguno de los Estados u organismos de los Estados a favor del consumidor.
- b. Las cláusulas abusivas u otras afectaciones al derecho del consumidor detectadas en los contratos de adhesión por alguna de las instituciones de defensa del consumidor de cualquiera de los Estados miembro u otro país que reconozca la presente norma, deberán hacer de conocimiento de dichas afectaciones a las instituciones análogas de los otros Estados miembro a fin de eliminar dicha cláusula abusiva del contrato de adhesión al que pudiera acceder cualquier consumidor, implementar las medidas adecuadas para la protección del consumidor y proponer la sanción respectiva a la empresa infractora. Si en alguno de los Estados miembro, una cláusula fue declarada por abusiva dicha declaración se considerará vigente en los demás países miembros de este acuerdo.

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA, V. (2003). *La Constitución Económica en el Perú y el Derecho Comparado*. Lima: Universidad Nacional de San Marcos.
- AGAR, H. (2012). *Research of B2C and B2B international markets in the context of benchmarking of European Union and Spain Performances*. Almería: Universidad de Almería.
- ARAGÓN, P. (2007). *ASPECTOS NOTARIALES, FISCALES Y REGISTRALES DE LOS CONTRATOS TÍPICOS MERCANTILES*. Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala.
- ARGENTINA.GOB.AR. (22 de diciembre de 2018). Obtenido de <https://www.argentina.gob.ar/produccion/consumidor/funciones>
- ARISTIZABAL, C. (2014). Falta de Protección del Consumidor Internacional como situación que desfavorece el desarrollo Económico Global. *EAFIT Journal of International Law*, 106.
- CNUDMI. (1999). *Ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico con la Guía para su incorporación al derecho interno*. Nueva York: Naciones Unidas.
- CÓDIGO CIVIL. (24 de Julio de 1984). *Decreto Legislativo 295*. Lima.
- CÓDIGO DE COMERCIO. (15 de Febrero de 1902). Obtenido de http://spij.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp Fecha de consulta: 15 de Diciembre de 2018
- CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. (11 de Setiembre de 1990). *Ley 8078*. Brasilia: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm Fecha de consulta: 10 de Diciembre de 2018.
- CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. (01 de Setiembre de 2010). *Ley N° 29571* . Lima.
- COMPAL. (02 de Enero de 2019). Obtenido de <https://unctadcompal.org/acerca-del-compal/>

- CONSEJO PERMANENTE DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. (21 de 04 de 2019). Obtenido de ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS: http://www.oas.org/dil/esp/CP-CAJP-2652-08_add1_esp.pdf
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE GRECIA. (09 de Julio de 1975). Atenas. Recuperado el 16 de Febrero de 2018, de <http://roble.pntic.mec.es/jmonte2/ue25/grecia/grecia.pdf>
- CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. (31 de Octubre de 1978). Madrid. Recuperado el 4 de Marzo de 2018, de <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. (4 de Julio de 1991). Bogotá. Recuperado el 26 de Marzo de 2018, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%200Colombia.pdf>
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. (29 de Diciembre de 1993). Lima.
- CRUZ PADILLA, K. (2012). *ANÁLISIS DEL CONTRATO DE VIAJE Y TURISMO, INCIDENCIAS E INSUFICIENCIA*. Guatemala: Universidad San Carlos de Guatemala.
- ELDIARIO*. (10 de Diciembre de 2018). Obtenido de <https://www.eldiario.es/>
- ESTATUTO DEL CONSUMIDOR. (12 de Octubre de 2011). *Ley 1480 DE 2011*. Bogotá. Recuperado el 2 de Junio de 2018, de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1480_2011.html
- FARFETCH*. (5 de diciembre de 2018). Obtenido de <https://www.farfetch.com/pe/terms-and-conditions>
- FERNANDEZ, C. (2009). Los contratos masivos en el tráfico comercial electrónico. *LUMEN*, 62.

- GONZALEZ, L., & LAGUNA, P. (2002). Comercio electrónico y empresas: Panorama actual y perspectivas futuras. En J. BÁDENAS, *Comercio electrónico y protección de los consumidores*. Madrid: La ley.
- GUMMESSON, E., & POLESSE, F. (19 de Noviembre de 2009). B2B is Not an Island. *Journal of Business & Industrial Marketing*, 337-350. Recuperado el 21 de Junio de 2018, de <https://ssrn.com/abstract=1504078>
- GUTIERREZ, W. (2005). *La Constitución Comentada*. Lima: Gaceta Juridica.
- ICPEN. (28 de Diciembre de 2018). Obtenido de <https://www.icpen.org/what-we-do>
- INSTITUTO NACIONAL DE CALIDAD. (2019). *Acuerdo Sectorial Peruano ASP-IWAP 27:2018*. Lima: INACAL.
- JUGEMENT UFC-QUE CHOISIR CONTRE TWITTER INC., N° RG 14/07300 (Tribunal de la Gran Instancia de Paris 07 de Agosto de 2018). Recuperado el 07 de Abril de 2019, de <http://entreprises.claisse-associes.com/wp-content/uploads/2018/08/TGI-Paris-7-ao%C3%BBt-2018-UFC-Twitter.pdf>
- LE MONDE. (10 de diciemre de 2018). Obtenido de https://www.lemonde.fr/pixels/article/2018/08/10/twitter-condamne-en-france-pour-des-clauses-abusives-dans-ses-conditions-d-utilisation_5341202_4408996.html
- LEE, H., CHOI, H., & KOO, Y. (2018). Lowering Customer's Switching Cost using B2B Services for Telecommunication Companies. *Telematics and Informatics*, 2055. Obtenido de <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0736585318303460?via%3Dihub>
- LEY DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA Y DEFENSA EFECTIVA DEL CONSUMIDOR. (19 de Diciembre de 1994). *Ley 7472*. San José. Recuperado el 17 de Agosto de 2018, de https://aresep.go.cr/images/documentos/Ley_7472.pdf
- LEY DE RELACIONES DE CONSUMO. (11 de Agosto de 2000). *Ley 17.250*. Montevideo. Recuperado el 29 de Julio de 2018, de <https://www.bcu.gub.uy/Leyes%20y%20Decretos/Ley%2017250.pdf>

- LEY GENERAL DE LOS DERECHOS DE LAS USUARIAS Y LOS USUARIOS Y DE LAS CONSUMIDORAS Y LOS CONSUMIDORES. (04 de Diciembre de 2013). *Ley N° 453*. La Paz. Recuperado el 10 de Setiembre de 2018, de <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/bo/bo044es.pdf>
- LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS. (16 de Noviembre de 2007). *Real Decreto Legislativo 1/2007*. Madrid. Recuperado el 5 de Octubre de 2018, de <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2007/11/16/1/con>
- LEY ORGÁNICA DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR. (10 de Julio de 2000). *Ley N° 2000-21*. San Francisco de Quito. Recuperado el 8 de Setiembre de 2018, de https://www.fes-ecuador.org/fileadmin/user_upload/pdf/indice_libros-ley-0510.pdf
- LONDOÑO OSSA, G. A. (2014). *Contratación Internacional*. Medellín: Editorial Esumer.
- MALCA, O. (2002). *Comercio electrónico*. Lima: Universidad del Pacifico.
- MENDOZA, D. (1995). Aspectos Generales de la Libre Competencia y los monopolios en el decreto legislativo 701. *Derecho y Sociedad*, 128.
- NIETO, P. (2016). El comercio electrónico y la contratación electrónica: Bases del mercado virtual. *Foro Jurídico*, 64.
- NINAMANCCO, F. (2010). ¿Mezclando agua y aceite? Consideraciones Críticas respecto a la configuración y los efectos de las cláusulas abusivas en el nuevo Código de Consumo. *Revista Jurídica del Perú*, 31.
- OCDE. (15 de Noviembre de 2018). *OCDE*. Obtenido de <https://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/>
- OEA. (26 de Diciembre de 2018). Obtenido de <https://www.sites.oas.org/rcss/es/paginas/about/default.aspx>
- OECD. (2016). *Consumer Protection in E-Commerce - OECD recommendations*. Paris: OECD.

- PALOMARES, J. (2011). Normas de Comercio Electrónico en Materia de Seguridad y Privacidad y su Reflejo en Colombia. Bogotá.
- PODER EJECUTIVO. (1991). DECRETO LEGISLATIVO N° 668. Lima.
- PODER EJECUTIVO. (2008). DECRETO LEGISLATIVO N° 1044. Lima.
- RACET, M., & SOLER, A. (2012). Algunas consideraciones sobre el contrato internacional de consumo y la protección al consumidor. *Revista de Derecho Privado*, 299.
- RESICO, M. (2011). *Introducción a la Economía Social de Mercado*. Buenos Aires: Konrad Adenauer Stiftung.
- ROA, F. (2012). Protección a los consumidores en negocios business to consumers (b2c) en Colombia. *Investigium Ire Vol. 5*, 76-84.
- RPP. (28 de diciembre de 2018). Obtenido de <https://rpp.pe/politica/congreso/congreso-aprobo-proyecto-de-ley-que-reforma-articulo-58-de-la-constitucion-noticia-1145425>
- SAMSUNG. (20 de 12 de 2018). Obtenido de <https://www.samsung.com/ar/info/privacy/>
- SANTANDER, A. y. (2002). Compra-venta por Internet y situación del consumidor en el Perú. *Foro Juridico*.
- STIGLITZ, G., & STIGLITZ, R. (2012). *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y Protección al Consumidor*. Buenos Aires: La Ley.
- UNCITRAL. (25 de 11 de 2018). Obtenido de <https://uncitral.un.org/es/about>
- UNIDROIT. (2010). *UNIDROIT PRINCIPLES of International Commerce Contracts*. Paris: UNIDROIT.
- UNIDROIT. (2016). *UNIDROIT PRINCIPLES of International Commerce Contracts*. Paris: UNIDROIT.
- UNIDROIT. (20 de Octubre de 2018). Obtenido de <https://www.unidroit.org/about-unidroit/overview>

VIGURIA, C. (2012). *El consumidor financiero: Necesidades de su implemetación en el sistema nacional de Protección al Consumidor*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.



ANEXOS

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
PROGRAMA PROFESIONAL DE DERECHO



**LOS PRINCIPIOS UNIDROIT APLICADOS A
LAS RELACIONES DE CONSUMO A FIN DE ELIMINAR LAS CLÁUSULAS
ABUSIVAS**

**Proyecto de Investigación presentado por la
Bachiller:**

**VILLAFUERTE YABAR, PAOLA MARÍA
JOSÉ**

AREQUIPA – PERÚ

2017

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El Estado como ente promotor de la economía y justicia es el encargado de velar por todas aquellas relaciones de consumo a fin de aminorar la asimetría contractual y lograr que un contrato sea satisfactorio para ambas partes dentro de la relación contractual: el proveedor y el consumidor.

Es así que el Estado ha implementado normativas dentro de las relaciones de consumo a fin de eliminar aquellas cláusulas abusivas dentro de los contratos, sin embargo, pese a este intento por legislar los contratos de consumo de manera eficiente y satisfactoria, podríamos deducir que la normativa actual no está funcionando, ya que las cláusulas abusivas dentro de los contratos de consumo sigue siendo un problema latente gracias a la apertura al comercio internacional.

Al tener cláusulas abusivas presentes en los contratos de consumo es casi imposible lograr una relación de consumo satisfactoria, puesto que el consumidor aún no se encuentra protegido completamente por el Estado, y por ende ve aminorado sus derechos frente a la posición favorecedora en la que se encuentra el proveedor, quien estipula en los contratos cláusulas enteramente favorecedoras a su posición, cláusulas abusivas; cláusulas, que cabe resaltar, se encuentran actualmente prohibidas dentro del Código del Consumidor, más sin embargo aún se hallan presentes en la realidad contractual; encontrándose aquí una peligrosa brecha en la que se encuentra el Estado en su insistente misión por regular dichas relaciones de consumo y la actual legislación, aún insuficiente para encarar dicho problema y salir airoso.

Siendo así que la aplicación de determinados principios UNIDROIT dentro de los contratos de consumo internacional como una norma base o inspiradora, podría ser de completa necesidad para evitar la propagación de las cláusulas abusivas dentro de los contratos, complementando de esta forma la legislación concerniente establecida por el Estado en su labor de protección al consumidor y garantizando una adecuada regulación en las relaciones de consumo sobre todo aquellas en las

que la legislación no es completamente eficaz, es decir en las relaciones de consumo a nivel internacional.

2. JUSTIFICACIÓN

El Código de Protección y Defensa al Consumidor fue creado con el fin de legislar las relaciones de consumo de forma que los consumidores se encuentren plenamente protegidos reduciendo la asimetría informativa, corrigiendo, previniendo o eliminando las conductas y prácticas que afecten los legítimos intereses de dichos consumidores, tal como se establece en el Art. II del Título Preliminar de la ley 29571. (CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR, 2010)

Lo que el Estado busca, en torno a su rol tuitivo, es eliminar las cláusulas abusivas contenidas en los contratos de consumo; sin embargo no existe ningún ente regulador nacional e internacional que de oficio revise las cláusulas abusivas de empresas extranjeras cuyas plataformas virtuales permitan al consumidor perfeccionar un contrato a nivel internacional mediante el comercio electrónico.

Por lo que no podemos decir que se trata de un ligero problema, sino todo lo contrario, este es un problema sumamente espinoso y latente, ya que alude a gran cantidad de consumidores afectados, puesto que estas cláusulas al estar presentes en un contrato de consumo no solo afectan a aquel sujeto que realizó la denuncia ante Indecopi, sino a todos aquellos consumidores que contrataron con dicho proveedor.

Vemos claramente, que pese a la existencia del Código de Protección y Defensa del Consumidor y a todos aquellos organismos reguladores encargados de velar por la Protección del consumidor y con la consecuente eliminación de cláusulas abusivas, aún son insuficientes para controlar dicho problema, siendo necesaria la aplicación de nuevos principios o normas que complementen las brechas de la actual legislación, a fin de lograr una relación de consumo satisfactoria de ambos lados contractuales y a su vez establecer parámetros dentro de los cuales se pueda lograr la consecución adecuada del contrato.

Si bien los principios UNIDROIT son aplicables a relaciones mercantiles internacionales, nada impide que puedan aplicarse como modelo para complementar una legislación nacional o internacional, tal como se explica en el mismo preámbulo de los principios UNIDROIT: “Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme. Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional. Estos Principios pueden servir como modelo para los legisladores nacionales e internacionales” (UNIDROIT, 2016)

Sin embargo, cabe resaltar que los principios UNIDROIT han excluido de su ámbito a las operaciones de consumo, pese a que estas son también operaciones dadas mediante el comercio y que es un fin de los principios UNIDROIT abarcar el mayor número de operaciones mercantiles. Además de la relación existente entre los contratos de consumo y los contratos mercantiles, al tener ambos la base de comercio y es incluso, en legislación comparada, el contrato de consumo una modalidad de un contrato mercantil. Por lo que se deduce que muchos de estos principios podrían encajar con las relaciones de consumo que ahora revisten un carácter internacional, pudiendo ser estas empleadas como modelo o base esencial sobre la cual perfeccionar la legislación nacional de Protección al Consumidor, eliminando definitivamente las cláusulas abusivas en la contratación y asegurando la correcta Protección a los derechos de los consumidores en los contratos de consumo internacional.

3. **CONCEPTOS BÁSICOS EXTRAÍDOS DEL PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

1. RELACIÓN DE CONSUMO

Es la relación por la cual un consumidor adquiere un producto o contrata un servicio con un proveedor a cambio de una contraprestación económica. (CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR, 2010)

2. RELACIÓN DE CONSUMO INTERNACIONAL

Será internacional, el contrato de consumo cuando haya en éste al menos un elemento de extranjería, cualquiera que sea su naturaleza —personal, real o local— se trata, por consiguiente, de una situación privada internacional que debe contener uno o más elementos ajenos a la vida del país, elementos que deberán ser susceptibles de acarrear la aplicación de ordenamientos jurídicos de distintos países. (RACET & SOLER, 2012; RACET & SOLER, 2012)

3. CONTRATO MERCANTIL

1. Son acuerdos de voluntad de una misma cosa, desde luego con el fin de obtener lucro. (ARAGÓN, 2007)

2. "El contrato mercantil es un negocio jurídico bilateral que tiene por objeto un acto de comercio; el negocio jurídico es el acto de autonomía privada, de contenido preceptivo, con reconocimiento y tutela por parte del Orden jurídico (CRUZ PADILLA, 2012)

4. CONTRATO DE CONSUMO

El contrato de consumo se define como el contrato celebrado entre dos partes, uno el proveedor y otro el consumidor, para la compra-venta de un producto o servicio, a cambio de una contraprestación (ARANA, 2011)

5. PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

1. La protección al consumidor es un medio que las leyes nacionales e internacionales otorgan a quienes compran una mercadería (personas físicas o jurídicas) o utilizan un servicio, para que puedan reclamar si sienten que han sido engañados o perjudicados por los vendedores o prestadores del servicio, atento a que los consumidores, que son los destinatarios finales

de lo que han adquirido, para sí, su familia o amigos, se han convertido en titulares de un derecho recientemente reconocido, siendo considerado por ello, como de tercera generación. (DE-CONCEPTOS, 2017)

2. Protección al consumidor es el conjunto de normas que regulan las relaciones de consumo que nacen en la cadena de comercialización de bienes y servicios entre productores, proveedores y expendedores. (SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, 2011)

6. PRINCIPIOS UNIDROIT

1. Estos Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales. (UNIDROIT, 2016)
2. Conjunto de normas internacionales (de ahí su carácter de supranacionalidad), que regulan relaciones comerciales de carácter contractual en aras de promover la armonización y unificación del derecho privado internacional. (LONDOÑO OSSA, 2014)

4. INTERROGANTES Y OBJETIVOS

1. INTERROGANTE GENERAL: ¿Es insuficiente la regulación otorgada por parte del Estado en las relaciones de consumo, referidas a las cláusulas abusivas?

OBJETIVO GENERAL: Determinar que la regulación otorgada por el Estado en las relaciones de consumo, específicamente las cláusulas abusivas es insuficiente

2. INTERROGANTE ESPECIFICA: ¿Son las cláusulas abusivas un problema latente dentro de las relaciones de consumo internacionales?

OBJETIVO ESPECIFICO: Determinar que las cláusulas abusivas dentro de las relaciones de consumo internacionales aún se encuentran como un problema latente

3. INTERROGANTE ESPECIFICA: ¿Mientras no se complemente el Código de Protección y Defensa al consumidor, los derechos de los consumidores se verán vulnerados?

OBJETIVO ESPECIFICO: Determinar que los derechos de los consumidores se seguirán viendo vulnerados mientras no se complemente adecuadamente el Código de Protección y Defensa al consumidor

4. INTERROGANTE ESPECIFICA: ¿Son los principios UNIDROIT el modelo inspirador que sirva como complemento a la legislación para una completa eliminación de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo?

OBJETIVO ESPECIFICO: Determinar que los principios UNIDROIT son el complemento a la legislación que permite la completa eliminación de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo

5. ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS

1. ANTECEDENTES A NIVEL LOCAL:

No se encontraron antecedentes a nivel local

2. ANTECEDENTES A NIVEL NACIONAL

No se encontraron antecedentes a nivel nacional

3. ANTECEDENTES A NIVEL INTERNACIONAL

Oviedo, Jorge (2002) La unificación del derecho privado: UNIDROIT y los principios para los contratos comerciales internacionales. Artículo Académico publicado en Institute of International Commercial Law. Bogota.

http://www.cisglaw.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban3.html#*

Consultada: 04 de Julio del 2016

6. HIPÓTESIS

DADO QUE la actual regulación normativa con la que dispone el Estado Peruano es insuficiente ante la presencia de Cláusulas Abusivas en las relaciones de consumo a nivel internacional

ES PROBABLE que sea necesaria una norma que sirva de complemento al Código de Protección y Defensa del Consumidor en las relaciones de consumo a nivel internacional tales como los principios UNIDROIT, algunos de los cuáles pueden servirnos para inspirar tales disposiciones.

7. ESQUEMA DEL CONTENIDO DEL INFORME

CAPITULO I: EL CONSUMIDOR DENTRO UNA ECONOMÍA GLOBAL

1.1. ECONOMÍA PERUANA Y MUNDIAL

1.2. EL ROL DEL ESTADO

1.3. SITUACION DEL CONSUMIDOR EN EL COMERCIO ACTUAL

CAPITULO II: ANÁLISIS DE LOS CONTRATOS TRADICIONALES Y LAS RELACIONES ENTRE LOS MISMOS

2.1. CONTRATO CIVIL

2.2. CONTRATO COMERCIAL

2.3. CONTRATO DE CONSUMO

CAPITULO III: RELACIONES DE CONSUMO Y AFECTACIONES AL DERECHO
DEL CONSUMIDOR

3.1. RELACIONES DE CONSUMO A NIVEL NACIONAL

3.2. RELACIONES DE CONSUMO A NIVEL INTERNACIONAL

3.3. EL CONTRATO DE ADHESIÓN

3.4. CLÁUSULAS ABUSIVAS

3.5. OTRAS FORMAS DE ASIMETRÍA

CAPITULO IV: LEGISLACIÓN INTERNACIONAL SOBRE LAS RELACIONES DE
CONSUMO INTERNACIONAL Y LOS PRINCIPIOS UNIDROIT

4.1. LEGISLACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA DE CONSUMIDOR

4.2. LOS PRINCIPIOS UNIDROIT

4.3. ANALISIS COMPARATIVO DE LOS PRINCIPIOS UNIDROIT CON EL
CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA AL CONSUMIDOR

4.4. POSIBLE APLICACION DE LOS PRINCIPIOS UNIDROIT A LOS CONTRATOS
DE CONSUMO A NIVEL INTERNACIONAL

8. MARCO OPERATIVO

1. FUENTES DE CONSULTA PRIMARIAS Y SECUNDARIAS

1. FUENTE DE CONSULTA PRIMARIA: Artículos Académicos,
Legislación Nacional e Internacional

2. FUENTE DE CONSULTA SECUNDARIA; Resoluciones emitidas por INDECOPI respecto a cláusulas abusivas

2. ESTRATEGIA METODOLÓGICA

1. Técnicas:

De observación documental

1. Mediante la observación de las resoluciones emitidas por INDECOPI frente a las cláusulas abusivas en los últimos años, se corroborara la latencia del problema con la ineficacia de la actual legislación respecto a la Protección al Consumidor
2. Se pasará a revisar los Principios UNIDROIT conjuntamente con el Código de Protección y Defensa del Consumidor u otras normativas en materia de consumidor a nivel internacional, a modo de crear una base sobre la cual complementar la actual legislación respecto a las cláusulas abusivas que conllevan un detrimento a los derechos del consumidor

2. Instrumentos:

1. Ficha bibliográfica
2. Ficha de observación estructurada

9. CRONOGRAMA

AREAS/ MESES	JUNIO				JULIO				AGOSTO				SETIEMB RE				OCTUBR E				NOVIEMB RE			
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
1. Desarrollo del proyecto de investigació n	X	X	X	X																				
2. Aprobación del proyecto de investigació n					X	X																		
3. Recopilació n de datos							X	X	X	X	X	X												
4. Estructuraci ón de resultados													X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	
5. Sustentació n de tesis																								X

10. BIBLIOGRAFÍA

ARAGÓN CHÁVEZ, P. R. (2007). *ASPECTOS NOTARIALES, FISCALES Y REGISTRALES*. Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala.

ARANA, M. d. (2011). Contrato de Consumo: Cláusula Abusiva. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual N.º 10*, p. 61.

CODIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. (2011). LEY 29571. Lima.

CRUZ PADILLA, K. M. (2012). *ANALISIS DEL CONTRATO DE VIAJE Y TURISMO, INCIDENCIAS E INSUFICIENCIA*. Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala.

DE-CONCEPTOS. (2017). *DeConceptos.com*. Consultado el 29 de Junio de 2017, de <http://deconceptos.com/ciencias-juridicas/Protección-al-consumidor>

LONDOÑO OSSA, G. A. (2014). *Contratación Internacional*. Medellín. Editorial Esumer.

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. (2011). *Superintendencia de industria y comercio*. Consultado el 29 de Junio de 2017, de <http://www.sic.gov.co/que-es-la-Protección-al-consumidor>

UNIDROIT. (2004). *PRINCIPIOS UNIDROIT*. Roma.

ANEXOS

1. Ficha bibliográfica:

Ficha Bibliográfica	
Autor	
Título	
Editorial	Lugar y año
Biblioteca	

2. Ficha de Observación Estructurada

Ficha de Observación Estructurada	
Resolución	
Fundamento de la resolución	
Sentido de la resolución	
Año y lugar de emisión de la resolución	