

UNIVERSIDAD LA SALLE

ESCUELA DE POSGRADO



El derecho de libertad de contratar de los proveedores frente al derecho de no discriminación a los consumidores contemplado en el Código de Protección y Defensa del Consumidor Peruano.

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO
EMPRESARIAL**

AUTOR:

Carlos Javier Cervantes Luque

ASESOR/A:

María Cecilia Aramayo Vargas.

AREQUIPA – PERU

Marzo, 2025.

El derecho de libertad de contratar de los proveedores frente al derecho de no discriminación a los consumidores contemplado en el Código de Protección y Defensa del Consumidor Peruano.

INFORME DE ORIGINALIDAD

19%	18%	9%	7%
INDICE DE SIMILITUD	FUENTES DE INTERNET	PUBLICACIONES	TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1	hdl.handle.net Fuente de Internet	3%
2	Submitted to Pontificia Universidad Catolica del Peru Trabajo del estudiante	2%
3	tesis.pucp.edu.pe Fuente de Internet	1%
4	repositorio.ulasalle.edu.pe Fuente de Internet	1%
5	repositorio.uns.edu.pe Fuente de Internet	1%
6	repositorio.ucss.edu.pe Fuente de Internet	1%
7	repositorio.usmp.edu.pe Fuente de Internet	1%
8	www.coursehero.com Fuente de Internet	<1%
9	repositorio.ucv.edu.pe Fuente de Internet	<1%
10	es.scribd.com Fuente de Internet	<1%
11	www.ipa.pe Fuente de Internet	<1%

12	Submitted to Universidad de Lima Trabajo del estudiante	<1 %
13	prezi.com Fuente de Internet	<1 %
14	portalrevistas.ucb.br Fuente de Internet	<1 %
15	oldri.ues.edu.sv Fuente de Internet	<1 %
16	repositorioacademico.upc.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
17	Barranzuela, Ronald Ivan Leon. "El Modelo de Negocio de las Aerolineas "Low Cost", ¿Una Amenaza a los Derechos de los Consumidores?", Pontificia Universidad Catolica del Peru - CENTRUM Catolica (Peru), 2020 Publicación	<1 %
18	bdigital.uexternado.edu.co Fuente de Internet	<1 %
19	issuu.com Fuente de Internet	<1 %
20	lpderecho.pe Fuente de Internet	<1 %
21	peru.com Fuente de Internet	<1 %
22	filadd.com Fuente de Internet	<1 %
23	upc.aws.openrepository.com Fuente de Internet	<1 %
24	Salome Resurreccion, Liliana Maria. "La "discriminacion multiple" como concepto juridico para el analisis de situaciones de	<1 %

discriminacion.", Pontificia Universidad
Catolica del Peru - CENTRUM Catolica (Peru),
2021
Publicación

25	www.researchgate.net Fuente de Internet	<1 %
26	www.slideshare.net Fuente de Internet	<1 %
27	tesis.ucsm.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
28	vlex.com.pe Fuente de Internet	<1 %
29	www.acrata.org Fuente de Internet	<1 %
30	www.reclamador.es Fuente de Internet	<1 %
31	repositorio.upla.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
32	www.osiptel.gob.pe Fuente de Internet	<1 %
33	dspace.unitru.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
34	revistas.uexternado.edu.co Fuente de Internet	<1 %
35	"Inter-American Yearbook on Human Rights / Anuario Interamericano de Derechos Humanos, Volume 37 (2021) (VOLUME IV)", Brill, 2023 Publicación	<1 %
36	tesis.usat.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
37	www.sextocontinente.org Fuente de Internet	<1 %

38	Submitted to Universidad Católica San Pablo Trabajo del estudiante	<1 %
39	www.derecho.usmp.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
40	www.tdx.cat Fuente de Internet	<1 %
41	"Inter-American Yearbook on Human Rights / Anuario Interamericano de Derechos Humanos, Volume 26 (2010)", Brill, 2014 Publicación	<1 %
42	Huaman Rojas, Carlos Enrique. "La Regulacion Juridica del Fondo de las Asociaciones de Fondos Contra Accidentes de Transito y la Afectacion a los Derechos del Consumidor.", Pontificia Universidad Catolica del Peru - CENTRUM Catolica (Peru), 2020 Publicación	<1 %
43	Submitted to Universidad Cesar Vallejo Trabajo del estudiante	<1 %
44	Submitted to Universidad de San Martín de Porres Trabajo del estudiante	<1 %
45	"Inter-American Yearbook on Human Rights / Anuario Interamericano de Derechos Humanos, Volume 38 (2022) (VOLUME I)", Brill, 2025 Publicación	<1 %
46	Submitted to Universidad Andina del Cusco Trabajo del estudiante	<1 %
47	examplum.com Fuente de Internet	<1 %
48	google.redalyc.org Fuente de Internet	<1 %

49	repositorio.usil.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
50	www.ashurst.com Fuente de Internet	<1 %
51	www.cordovaconsultores.com Fuente de Internet	<1 %
52	Rutherford Parentti, Romy Grace. "La Proscripción del Abuso del Derecho Como Límite al Ejercicio del Derecho de Acción en el Marco de la Normativa Procesal Civil", Pontificia Universidad Catolica de Chile (Chile), 2023 Publicación	<1 %
53	go.gale.com Fuente de Internet	<1 %
54	revistas.pucp.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
55	ri.ufg.edu.sv Fuente de Internet	<1 %
56	Submitted to usmp Trabajo del estudiante	<1 %
57	www.d1tribunaladministrativodelmagdalena.com Fuente de Internet	<1 %
58	www.uv.es Fuente de Internet	<1 %
59	cefadigital.edu.ar Fuente de Internet	<1 %
60	de.slideshare.net Fuente de Internet	<1 %
61	dieferady.wordpress.com Fuente de Internet	<1 %
62	myslide.es	

	Fuente de Internet	<1 %
63	repositorio.esan.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
64	repositorio.ug.edu.ec Fuente de Internet	<1 %
65	www.empresa.movistar.com Fuente de Internet	<1 %
66	www.medynet.com Fuente de Internet	<1 %
67	www.redem.buap.mx Fuente de Internet	<1 %
68	"Inter-American Yearbook on Human Rights / Anuario Interamericano de Derechos Humanos, Volume 12 (1996)", Brill, 1998 Publicación	<1 %
69	Ferger, Julia.. "Papers presented at the International Seminar on "e-Public Procurement: latest news in Europe" on 11 & 12 April 2005 at the Palace of Miramar, Donostia-San Sebastian.", Archive of European Integration, 2011. Publicación	<1 %
70	Submitted to Universidad Continental Trabajo del estudiante	<1 %
71	Villarreal Lopez, Carla. "El reconocimiento de la capacidad juridica de las personas con discapacidad mental e intelectual y su incompatibilidad con los efectos juridicos de la interdiccion y la curatela : Lineamientos para la reforma delCodigo Civil para la implementacion de un sistema de apoyos en el Peru.", Pontificia Universidad Catolica del Peru - CENTRUM Catolica (Peru), 2021 Publicación	<1 %

72	es.slideshare.net Fuente de Internet	<1 %
73	faolex.fao.org Fuente de Internet	<1 %
74	international.vlex.com Fuente de Internet	<1 %
75	revcom.us Fuente de Internet	<1 %
76	vsip.info Fuente de Internet	<1 %
77	www.ositran.gob.pe Fuente de Internet	<1 %
78	www.slideserve.com Fuente de Internet	<1 %
79	"Inter-American Yearbook on Human Rights / Anuario Interamericano de Derechos Humanos, Volume 1 (1985)", Brill, 1987 Publicación	<1 %
80	Submitted to Universidad Alas Peruanas Trabajo del estudiante	<1 %
81	bibliotecavirtualoducal.uc.cl Fuente de Internet	<1 %
82	docplayer.es Fuente de Internet	<1 %
83	elsoldeoccidente.com Fuente de Internet	<1 %
84	fpb.prasetiyamulya.ac.id Fuente de Internet	<1 %
85	fr.slideshare.net Fuente de Internet	<1 %
86	moam.info Fuente de Internet	<1 %

87	repositorio.autonoma.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
88	repositorio.ucsm.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
89	repositorio.unican.es Fuente de Internet	<1 %
90	revistas.unsaac.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
91	sistemas.indecopi.gob.pe Fuente de Internet	<1 %
92	strandconsult.dk Fuente de Internet	<1 %
93	transportesynegocios.wordpress.com Fuente de Internet	<1 %
94	www.ameasociados.mx Fuente de Internet	<1 %
95	www.consumidoresint.cl Fuente de Internet	<1 %
96	www.e-economistes.com Fuente de Internet	<1 %
97	www.justica.gov.br Fuente de Internet	<1 %
98	www.justiciaviva.org.pe Fuente de Internet	<1 %
99	www.oit.org.pe Fuente de Internet	<1 %
100	www.proceso.com.mx Fuente de Internet	<1 %
101	www.yalosabes.pe Fuente de Internet	<1 %

102	"Inter-American Yearbook on Human Rights / Anuario Interamericano de Derechos Humanos, Volume 32 (2016)", Brill, 2018 Publicación	<1 %
103	"Inter-American Yearbook on Human Rights / Anuario Interamericano de Derechos Humanos, Volume 37 (2021) (VOLUME II)", Brill, 2023 Publicación	<1 %
104	Caceda, Joel Christopher Diaz. "Nuevas Consideraciones Sobre Discriminación y Trato Diferenciado en Servicios de Salud a Partir del Caso Céliz.", Pontificia Universidad Católica del Perú (Peru) Publicación	<1 %
105	Marta Santos Silva, Andrea Nicolussi, Christiane Wendehorst, Pablo Salvador Coderch, Marc Clément, Fryderyk Zoll. "Routledge Handbook of Private Law and Sustainability", Routledge, 2024 Publicación	<1 %
106	Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho. "Revista completa", Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho, 2020 Publicación	<1 %
107	gestion.pe Fuente de Internet	<1 %

Excluir citas

Activo

Excluir coincidencias

Apagado

Excluir bibliografía

Activo

Resumen:

El objetivo de la presente investigación es el determinar si los proveedores, ya sean personas naturales o jurídicas, que ofertan sus bienes y servicios en el mercado pueden ejercer su derecho a la libertad de contratar sin que la negativa a hacerlo implique un acto de discriminación al consumidor. Para lo cual se ha realizado una investigación descriptiva dogmática estudiando las normas, doctrinas y principios jurídicos, específicamente los referidos a la libertad de contratar, autonomía de la voluntad, derecho al consumidor y a la no discriminación de los consumidores contemplados, desarrollados y aceptados por el Estado Peruano. Siendo la fuente primaria los libros relacionados al tema de investigación y artículos científicos publicados. Donde la finalidad de la presente tesis es comprobar o negar la hipótesis planteada, la cual sostiene lo siguiente: dado que las personas que ofertan sus bienes y servicios en el mercado pueden ejercer su derecho a la libertad de contratar si deciden no contratar con algunas es probable que ello no implique un acto de discriminación al consumidor.

Abstract:

The objective of this investigation is to determine whether legal entities that offer their goods and services in the market can exercise their right to freedom of contract without the refusal to contract implying an act of discrimination against the consumer. For which a dogmatic descriptive research has been carried out studying the norms, doctrines and legal principles, specifically those referring to the freedom to contract, autonomy of will, consumer rights and non-discrimination of consumers contemplated, developed and accepted by the Peruvian State. The primary source being books related to the research topic and published scientific articles. The purpose of this thesis is to verify or deny the proposed hypothesis, which maintains the following: given that legal entities that offer their goods and services in the market can exercise their right to freedom of contract if they decide not to contract with some It is likely that this does not imply an act of discrimination against the consumer

Índice:

INTRODUCCIÓN.	3
CAPÍTULO 1: DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA.	6
CAPÍTULO 2: MARCO TEÓRICO.	11
2.1. Antecedentes de la investigación.	11
2.2. Marco Conceptual:	13
2.2.1. Concepción de la autonomía de la voluntad.	13
2.2.2. Concepto y alcances de la libertad de contratar y libertad de contratación.	14
2.2.3. Análisis histórico del contrato y su regulación en la legislación peruana.	14
2.2.4. Límites a la libertad contractual.	17
2.2.5. Derecho de protección y defensa del consumidor: consumidores, proveedores, relaciones de consumo y el consumidor expuesto.	17
a. Desarrollo histórico de la concepción de consumidores y proveedores y su regulación en la legislación peruana.	17
b. Relación de consumo propiamente dicha y consumidor expuesto.	19
c. Principio pro consumidor.	20
2.2.6. Derecho a la igualdad y discriminación al consumidor.	21
a. Derecho a la igualdad.	21
b. Discriminación al consumidor.	22
CAPÍTULO 3: MARCO METODOLÓGICO.	25
3.1. Metodología.	25
CAPÍTULO 4: DISCUSIÓN – ANÁLISIS DE LOS DERECHOS EN CONFLICTO.	27
CONCLUSIONES.	33
REFERENCIAS.	36

INTRODUCCIÓN:

La presente tesis pretende responder la siguiente pregunta de investigación ¿es posible que los proveedores, ya sean personas naturales o jurídicas, que ofertan sus bienes y servicios en el mercado pueden ejercer su derecho de a la libertad contractual sin que ello implique un acto de discriminación al consumidor al decidir no contratar con algunas personas? Siendo la hipótesis: dado que las personas que ofertan sus bienes y servicios en el mercado pueden ejercer su derecho a la libertad de contratar, si deciden no contratar con algunas, es probable que ello no implique un acto de discriminación al consumidor.

En ese sentido, el marco teórico está orientado a desarrollar la dogmática jurídica sobre la autonomía de la voluntad privada, la libertad de contratar, el contrato, el derecho de protección y defensa del consumidor, el derecho a la igualdad y la no discriminación a los consumidores en el Perú.

A su vez, la pregunta de investigación surge de la problemática dogmática jurídica por el cambio en las concepciones y alcances de principios del derecho. Como es el caso del principio de libertad de contratar, el cual entra en conflicto con las nuevas aplicaciones del derecho a la no discriminación contemplado en la legislación de protección y defensa del consumidor.

Es así que se busca realizar un recuento histórico de las nociones y doctrinas que inspiraron estos derechos en conflicto. En primer lugar, sobre el derecho civil, que luego de la Revolución Francesa, estaba enfocado en regular a las personas que conformaban el Estado, lo que a su vez implicaba una regulación de los contratos. Pero sin dejar de reconocer la libertad de las personas para determinar el contenido de estos y la libertad para decidir con quién celebrarlos. Teniendo como base la convencionalidad de las partes. Posterior a ello, la Revolución Industrial propició que las personas empiecen a realizar transacciones económicas de mayor volumen, lo que trajo como consecuencia que las personas de diversas clases sociales se relacionen en base a contratos con una legislación que buscaba el proteger a las personas de las acciones del Estado y de otras. Para lo cual las convenciones de las personas debían partir de la libertad y de la igualdad ante la ley (Cabrera, 2010), lo cual ocasionó que la ley reconozca la libertad de contratar de todas las personas, en donde el Estado no podía intervenir ni limitarla. (Diez Picazo, 2011).

En ese sentido, esta producción en masa de bienes fue regulada por el derecho comercial y el derecho civil. Sin embargo, aunque estas áreas del derecho tenían como finalidad regular las relaciones comerciales, no tenían en consideración la repercusión social de estos. Es por ello, que a partir del siglo XX empieza a surgir la concepción de la responsabilidad social de la empresa. Donde estas deben ser consideradas, no solo como una persona jurídica que responda a los intereses de sus dueños, sino que deben también ir acorde a las políticas de gobierno, del bienestar social, impulsando a la sociedad en armonía con el resto de personas y de las empresas. Es así que de estas concepciones y nociones disruptivas dieron nacimiento al derecho empresarial, el cual debe salvaguardar las relaciones de las empresas con el Estado, sus colaboradores, consumidores y la sociedad en general (Echaiz, 2012).

De esta forma la dogmática del derecho civil nacida de las ideas que inspiraron la Revolución Francesa y que regularon las relaciones comerciales durante y después de la Revolución Industrial entran en conflicto con una la legislación contemporánea inspirada en principios nacidos de la concepción de la responsabilidad social de la empresa (Momborg, 2015).

Como resulta lógico, se puede inferir que estas doctrinas políticas, sociales y jurídicas no han sido ajenas a la legislación peruana. En tanto que, esta reconoce, desarrolla y regula el derecho a la libertad de contratar a través del Código Civil Peruano y la Constitución Política. Y por otro lado también ha reconocido, desarrollado y regulado a través de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, el derecho de los consumidores a no ser discriminados por los proveedores. Siendo un código inspirado por las concepciones del derecho empresarial y la responsabilidad social de las empresas nacidas en el siglo XX. Como veremos en el desarrollo de la presente tesis, ello quiere decir que el Estado peruano permite la libertad de contratar en una relación jurídica libre entre dos personas, bajo los presupuestos de igualdad liberales, pero también reconoce una nueva noción de relación comercial entre personas, llamada relación de consumo, la cual no parte del derecho civil, sino del derecho empresarial, el cual no inicia de un presupuesto de convencionalidad libre entre iguales, por el contrario entiende la asimetría entre ellas y protege al consumidor de actos como el de discriminación. Siendo esta relación de consumo más amplia y que incluso cuenta con una finalidad especial y distinta a la de una relación jurídica clásica. Lo cual nos lleva a sostener la certeza de la afirmación de Monateri, quien señaló que los contratos

nacidos de una relación de consumo y los que nacen fuera de esta, cuentan con caminos que se bifurcan. Sometidos a una lógica diferente y paralela (2004).

Esta problemática jurídica ha quedado evidenciada, generando un conflicto entre el derecho a la igualdad de los consumidores que se encuentren dentro o incluso expuestos a una relación de consumo, frente a la facultad y derecho de las empresas de decidir libremente y sin expresión de causa con quién contratar y con quién no. Siendo que este último derecho, reconocido a las personas podría verse limitado a las empresas, ya sean personas jurídicas o personas naturales, que oferten sus bienes o servicios en el mercado. Por lo que es válido cuestionarse la posibilidad de que estas puedan ejercer su derecho a la libertad de contratar sin que ello corresponda a un acto de discriminación al consumidor, acorde a lo regulado actualmente en la legislación peruana. Es en ese sentido que se valida la pregunta de investigación de la presente tesis. Siendo el objetivo principal de la investigación el determinar si las personas que ofertan sus bienes y servicios en el mercado pueden ejercer su derecho a la libertad de contratar sin que la negativa a contratar implique un acto de discriminación al consumidor. Donde los objetivos secundarios son el determinar los alcances de la autonomía de la voluntad y libertad de contratar de las personas consideradas proveedores, determinar los alcances del derecho a la igualdad de los consumidores o consumidores expuestos y establecer la posibilidad de ejercer la libertad de contratar de una persona sin que implique un acto de discriminación a un consumidor o consumidor expuesto.

Para ello la investigación analizará las instituciones jurídicas del derecho peruano, siendo una tesis dogmática. Donde la herramienta de investigación será la revisión documental de la información brindada por expertos en las materias revisadas, con la finalidad de profundizar el conocimiento (Ramos, 2007). Las fuentes documentarias revisadas serán la doctrina, historia o jurisprudencia de las instituciones del derecho a analizarse. Donde el objeto de estudio serán las normas, doctrinas y principios jurídicos referidos a la libertad de contratar, autonomía de la voluntad, derecho al consumidor y a la no discriminación de los consumidores. Con la finalidad de desarrollar nuevo conocimiento teórico respecto a la libertad de contratar y la discriminación a los consumidores. Enfocándose a detallar una tendencia que no se encuentra establecida en el campo del derecho empresarial de la libertad contractual y de la protección y defensa del consumidor partiendo de la bibliografía existente, siendo una investigación descriptiva.

Finalmente, se realizará la discusión en torno a la hipótesis con posturas que refutan y secundan la misma. Para llegar a conclusiones que respondan a los objetivos de la investigación.

CAPÍTULO 1: DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA.

En la Edad Media el poder civil se mantenía unido al poder religioso, lo cual trajo como consecuencia que el derecho civil no sufra cambios constantes que puedan regular las relaciones comerciales. Luego de ello, es que nace el derecho mercantil que sirve como instrumento para poder responder a las realidades comerciales, dando paso a la invención de los títulos valores, la cual fue una invención de los burgos, quienes tenían autorización para poder regular sus relaciones (Torres, 1983).

Posteriormente, con la Revolución Francesa, el derecho mercantil y derecho civil continuaban teniendo una diferenciación, donde el derecho mercantil estaba relacionada a los actos celebrados por los mercaderes y el derecho civil al resto de personas. Sin embargo, con la Revolución Industrial todas las personas se miraban involucradas en alguna medida en los actos de comercio. Dando paso a la mercantilización del derecho civil (Torres, 1983).

Estos cambios políticos y económicos generaron que cada vez más las personas se vean involucradas en celebrar transacciones en mayor volumen, con personas de diversas clases sociales, donde existían personas de mayor condición social que podrían afectar los derechos de los demás, sumadas a las acciones del Estado que también podrían afectarlas. Dando así un origen a legislación que buscaba proteger a las personas, teniendo como solución el consentimiento de las partes, donde el acuerdo de voluntades era lo esencial para determinar las obligaciones de las partes. Originando la teoría clásica de los contratos donde se parte de supuesto en que las personas, en igualdad de condiciones, usan su libertad para celebrar contratos con otras (Cabrera, 2010). Ocasionando que la legislación reconozca e implemente el principio de libertad contractual, principio nacido de la concepción liberal de que el Estado no debe intervenir en las relaciones de los privados ni limitarlas (Diez Picazo, 2011).

Es así que las empresas se desarrollaban como una máquina lucrativa que buscaba únicamente la generación de riqueza, que se regulaban por el derecho comercial, el cual únicamente tenía como objeto los actos de comercio y el derecho civil, el cual brindaba las libertades contractuales y

regulaba los contratos. No obstante, desde mediados del siglo XX esta concepción de empresa ha variado, teniéndola como un motor de impulso de la sociedad, que no responde únicamente a intereses particulares de los accionistas, sino que cuenta con responsabilidad social, en apoyo de las políticas de gobierno, conviviendo en armonía con las demás empresas sin abusar de su posición en el mercado. Este cambio de concepción de lo que significa una empresa, ha dado un vuelco del derecho comercial y civil al derecho empresarial, que reconoce a la empresa y la regula como un complejo fenómeno socio económico que debe considerar las relaciones con el Estado, con los trabajadores, acreedores, consumidores, la comunidad y sociedad en general (Echaiz, 2012). Es por ello que Momberg señala que las relaciones comerciales con su normativa clásica y las nuevas relaciones empresariales, con una legislación más amplia que abarca nuevos principios, han traído como consecuencia problemas en la normativa de los Estados (2015).

A nivel nacional, estos principios y derechos se han aceptado e incorporado en el Estado Peruano, el principio de libertad de contratar se encuentra reconocido por la Constitución Política del Perú de 1993 y el Código Civil Peruano de 1984. Y por otro lado, a través de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, ley promulgada el 01 de septiembre del 2010, se reconoce y recoge las tendencias nacidas del derecho empresarial. Siendo que esta última norma tiene por finalidad que los consumidores accedan a productos y servicios idóneos gozando de una efectiva protección. Donde la interpretación de esta ley la es la más favorable al consumidor.

En ese sentido se puede ver que el principio de libertad de contratar es reconocido en la norma constitucional de 1993 y en la normativa civil promulgada de 1984 y recoge los principios de la libertad nacidos a partir de la Revolución Francesa. Los cuales datan del siglo XVIII. Por el contrario, el Código de Protección y Defensa del Consumidor que fue promulgado en 2010, recoge las doctrinas del siglo XX que dieron origen al derecho empresarial, en donde más allá de regular una relación comercial, estas buscan el bienestar social y la protección de los derechos de los consumidores. Lo que para Monateri significa que los contratos celebrados nacidos entre la relación de una empresa y el consumidor y los contratos que nacen fuera de esa relación y tienen caminos que se bifurcan, creando dos escenarios diversos donde las relaciones contractuales con los consumidores obedecen una lógica paralela a la de los contratos clásicos entre particulares (2004).

Este análisis doctrinal ha ocasionado un problema concreto en la normativa peruana. Reiterando que, por un lado, la Constitución Política del Perú en su artículo 62, reconoce la libertad de contratar por la cual las partes gozan de la libertad de celebrar o no un contrato y de escoger libremente con quién desearían contratar. Mismo principio que se encuentra regulado y reconocido en el Decreto Legislativo 295, Código Civil (Torres, 2012). Reconociendo la capacidad de las personas de autorregular sus relaciones contractuales, incluyendo su facultad de decidir con quien contratar o no sin brindar explicación o causa alguna. Mientras que el artículo 1 inciso 1 literal d) del Código de Protección y Defensa del Consumidor señalada que los consumidores tienen derecho a no ser discriminados por motivos de raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole. Prohibiéndose que exista discriminación de cualquier índole a los consumidores cuando estén dentro o expuestos a una relación de consumo, conforme al artículo 38. Donde además la Sala Especializada en Protección al Consumidor mediante la Resolución N° 2025-2019/SPC - INDECOPI ha definido que cualquier trato diferenciado que englobe cualquier conducta de los proveedores en el mercado que afecte el derecho a la igualdad de los consumidores es discriminatorio.

Ello evidencia una problemática dogmática jurídica. Por un lado, el Código de Protección y Defensa del Consumidor establece que cualquier trato diferenciado que afecte la igualdad de los consumidores propiamente dichos o los expuestos a serlo será considerado un acto de discriminación. Y por otro lado la Constitución y la legislación civil ha contemplado la facultad y el derecho a las personas de decidir libremente con quién contratar o no, sin expresar justificación alguna. No obstante, esta facultad podría verse limitada en una relación de consumo. Siendo necesario el delimitar dónde comienza una relación de consumo o la exposición a esta y si la existencia de esta limita la libertad de contratar de las personas. Por lo que es válido cuestionarse la posibilidad de que una personas natural o jurídica que oferta sus bienes o servicios en el mercado pueda ejercer su derecho a la libertad de contratar sin que ello corresponda a un acto de discriminación al consumidor.

Como se ha expuesto esta problemática surgió a raíz de la implementación de principios que inspiraron la creación de la legislación empresarial, entre ella el Código de Protección y Defensa del Consumidor peruano. Ya que esta visión de la empresa y del derecho empresarial nace en el siglo XX, con mucha posterioridad a las ideas que ilustraron y dieron nacimiento al principio de

libertad contractual, las cuales nacen de las ideas de la libertad de la Revolución Francesa. Asimismo, la doctrina y el contenido de la relación de consumo, consumidor y consumidor expuesto han ido variando, incluso el alcance de la discriminación al consumidor ha variado en su contenido a lo largo de los pronunciamientos del Indecopi. Dando indicios de que el desarrollo de estos derechos y principios se encuentran en desarrollo aún, y que no tienen un alcance determinado. Por lo cual, al ser parte del derecho empresarial, tienen una alta posibilidad de entrar en conflicto con principios del derecho nacidos de otra época, tales como los nacidos con la Revolución Francesa. Lo cual se evidencia con la sola lectura de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, el cual en su artículo IV del Título preliminar define a la relación de consumo a la cual donde un consumidor adquiere un servicio o producto de un proveedor a cambio de una contraprestación. No obstante, el propio texto de este artículo señala que esta definición no debe representar un perjuicio para los consumidores que directamente o indirectamente se encuentren expuestos a una relación de consumo o una etapa preliminar a esta, ya que estos consumidores también son protegidos por el Código de Protección y Defensa del Consumidor (2010). Por lo cual incluso una persona que se encuentre en una etapa preliminar a la relación del consumo cuenta con los derechos de un consumidor, lo que incluye el derecho a la no discriminación, contemplado en el artículo 38 de la Ley 29571. Siendo que el propio concepto y alcance de este derecho a no ser discriminado ha contado con una variación en su contenido. Ya que la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal del Indecopi, ha determinado desde la emisión de la Resolución N° 2025-2019/SPC-Indecopi en adelante que, pese a haber entendido anteriormente que el artículo 38 de la Ley 29571 contemplaba actos de trato diferenciado ilícito y discriminación como dos circunstancias distintas, ello ha sido un error, siendo que cualquier trato diferenciado es una afectación al derecho a la igualdad y constituye un acto discriminatorio contra el consumidor en mayor o menor medida. Concluyendo que salvo por causa objetiva, todo trato desigual es discriminatorio. Este nuevo desarrollo, evidencia claramente que la dogmática jurídica nacida del derecho empresarial continúa en desarrollo constante y que ello entra en conflicto con el derecho contractual y concretamente con el derecho de libertad de contratar, ya que este permite elegir libremente y sin justificación alguna con quien no contratar. Sin embargo, a pesar de que ello ha sido un derecho con raíces en dogmática jurídica de hace más de tres siglos, hoy podría configurar un acto de discriminación si el alcance y la protección al

consumidor expuesto frente actos de discriminación así lo establece. Siendo necesario el determinar cuál sería la solución a este problema.

Este problema es relevante para la dogmática jurídica ya que se puede observar que el pacto social del Estado Peruano está sufriendo variaciones y ello conlleva que la dogmática jurídica empiece a cambiar, así como las leyes peruanas. Pacto o contrato social que se da por la asociación común de las personas para poder proteger los bienes y libertad de uno mismo. Es decir, que uno se entrega a la colectividad para recibir de esta protección a través del Estado (Rousseau, 1999). El cual somete al pueblo a través de sus leyes. Leyes que están destinadas a regular al pueblo que lo conforma en abstracto y que pueden o no generar algunos privilegios a un particular, pero no otorgarlos directamente. Es decir, que el efecto de las leyes puede generar beneficios a un grupo determinado de la población, pero no por una causa final de esta sino como un efecto colateral. Es así que las leyes las emite el Estado para someter al pueblo a esta, teniendo como fundamento el poder emanado del pueblo. Siendo el legislador el encargo de emitir estas leyes. Asimismo, las leyes que se ocupan de regular las relaciones entre ciudadanos, las leyes civiles, como todas, irán modificándose y cambiando conforme a los usos y las costumbres del pueblo. Usos y costumbres que suplen y cambian las leyes en desuso para dar inicio a nuevas leyes que regulen de forma más adecuada al pueblo (Rousseau, 1999). Es así que el pueblo es quien promueve la adaptación de las leyes a sus necesidades tal y como sucede con la creación del principio de libertad de contratar que puede modificarse y adaptarse a las leyes que se crean a posterior en base a las costumbres y usos nuevos de las empresas y su relación con los consumidores. Leyes escritas que se derivan de la soberanía del Estado dado por la voluntad o acuerdo de las personas que se someten a este libremente y cuyo orden no pueden quebrantar dado que están orientadas a diferenciar lo bueno de lo malo y lo legítimo de lo ilegítimo, lo justo de lo injusto en sus relaciones, que deben ser interpretadas conforme a la finalidad por la cual estas fueron promulgadas (Hobbes, 2007). Y teniendo que buscar la moderación entre hechos o circunstancias opuestas, ya que este es el espíritu que deben de tener (Montesquieu, 2012). Es así que, en el problema concreto, la ley, su interpretación y aplicación debe buscar un punto de equilibrio entre la libertad individual y la no discriminación y protección al consumidor. Tomando en cuenta la finalidad de las leyes en cuestión, su origen histórico y también el contexto actual de la sociedad y el Estado que las promulga (Montesquieu, 2012). Es por ello que es esencial el determinar los orígenes y alcances del derecho de libertad de contratar y los del derecho empresarial que trajo consigo la legislación

en protección al consumidor la cual genera una regulación especial para las relaciones jurídicas entre los proveedores y consumidores ya que toma en cuenta los derechos de estos últimos y los protege de toda discriminación, lo cual podría limitar la libertad de los proveedores ya que el momento de protección de los consumidores y el alcance de sus derechos se han ido limitando gradualmente y con posterioridad al desarrollo de las concepciones clásicas de las relaciones jurídicas y los contratos.

Por lo tanto, la pregunta de la presente tesis es si es posible que los proveedores, ya sean personas naturales o jurídicas, que ofertan sus bienes y servicios en el mercado pueden ejercer su derecho de a la libertad contractual sin que ello implique un acto de discriminación al consumidor al decidir no contratar con algunas personas. Para lo cual se ha establecido como objetivo principal el determinar si las personas que ofertan sus bienes y servicios en el mercado pueden ejercer su derecho a la libertad de contratar sin que la negativa a contratar implique un acto de discriminación al consumidor. Resultando necesario los objetivos secundarios relacionados a determinar los alcances de la autonomía de la voluntad y libertad de contratar de las personas consideradas proveedores, determinar los alcances del derecho a la igualdad de los consumidores o consumidores expuestos y establecer la posibilidad de ejercer la libertad de contratar de una persona sin que implique un acto de discriminación a un consumidor o consumidor expuesto.

CAPÍTULO 2: MARCO TEÓRICO.

2.1. Antecedentes de la investigación:

Contamos con antecedentes relevantes para nuestra investigación, relacionadas a la libertad de contratar, a los contratos y al derecho de protección y defensa del consumidor. Un artículo científico relevante para la investigación del año 2011, titulado "Libertad contractual y su funcionalización: orientación metodológica y lenguaje utilizados por la comisión elaboradora del código civil brasileño", escrito por Gerson Luiz Carlos Branco. Esta investigación es relevante en tanto analiza que la libertad de contratar de las empresas, las cuales tiene como instrumento para sus objetivos a los contratos, debe estar relacionada y vinculada a la función social. Es decir, que la libertad de contratar de las empresas tiene que estar sí o sí relacionada a los fines sociales del estado en consonancia con los principios de buena fe y probidad (Branco, 2011). De esta investigación podemos concluir que el autor considera que la libertad de contratar debe necesariamente estar limitada al bienestar social.

Asimismo, la investigación del año 2015 realizada por Stefano Pagliantini, titulada "Una mirada a la protección contractual del consumidor en Italia", publicada en la Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, nos habla de que en la legislación la protección contractual del consumidor debe realizarse siempre sin ignorar las normas de generales del derecho civil, puesto que estas se aplican de forma supletoria y en consecuencia no puede ignorarse de que los contratos surgidos en una relación de consumo también se rigen por la legislación civil (Pagliantini,2015). Visión contraria a la expuesta en el artículo de investigación científica de Rodrigo Momberg el año 2015 en su artículo titulado "Análisis de los modelos de vinculación del código civil y la legislación de protección al consumidor. Hacia un principio general de protección de la parte débil en el derecho privado ", en el cual expone que las relaciones de consumo no deberían ser o tener una regulación especial, sino que los principios de la legislación de protección y defensa del consumidor deben ser incluidos en la legislación civil, donde esta última deberá inclinarse por defender siempre a la parte más débil en una relación jurídica (Momberg, 2015). Evitando así el problema de enfrentar una legislación especial para los contratos de consumo y la legislación general que regula los contratos. Por último, el artículo " Desde la teoría clásica del contrato hasta los nuevos contratos" del año 2011 publicado en la Revista de Derecho de la Universidad del Norte (Colombia) escrito por Karen Isabel Cabrera Peña llega a la conclusión que las teorías clásicas del derecho de contratos no son suficientes para los nuevos contratos celebrados con los consumidores. Contratos que necesitan nuevas pautas legales que permitan que la negociación del contenido de estos quede libre para ser modificados a favor del consumidor, implementando mecanismos institucionales y jurídicos para la protección de estos (Cabrera, 2011). De este artículo se puede desprender una tendencia a permitir que los consumidores gocen de su derecho de libertad contractual en los contratos de adhesión. No obstante, de esta lista de artículos científicos e investigaciones se puede observar a que todas han estado orientadas a la regulación que debe existir una vez ya se configuró la relación de consumo y los alcances de la libertad contractual dentro de estas, dejando las bases para diferenciar la especialidad de los contratos de consumo de los contratos civiles generales, y como es que los derechos y el enfoque debe estar orientado a la protección de los consumidores. Olvidando de alguna forma que la libertad de contratar se da en un momento anterior a la celebración del contrato, donde no podría existir aun una relación de consumo. Siendo que la investigación se enfocará en este aspecto teniendo en consideración la base de las investigaciones anteriores que reconocen la situación especialísima

de estas relaciones contractuales y de la afectación de los principios básicos del derecho civil en las relaciones de consumo, a fin de determinar si la libertad de contratar también debe ser entendida de otra forma en el ámbito del derecho de protección al consumidor.

2.2. Marco conceptual:

2.2.1. Concepción de la autonomía de la voluntad:

La autonomía privada es el reconocimiento al ser humano de autogobernarse para poder crear, modificar, regular y extinguir relaciones jurídicas a fin de satisfacer sus necesidades y conforme a su libertad. Este es un principio que tiene un fundamento económico liberal, por ello el principio de autonomía privada llega a su máxima expresión con la libertad de contratar y la libertad contractual. El Estado no intervendrá a no ser que sea necesario sancionar a la parte que no cumplió con lo pactado (Torres, 2001).

Este principio permite el intercambio económico libremente concertado por las partes, quienes pueden determinar el contenido y alcance de sus contratos. Es así como el ser humano tiene la libertad de moverse para satisfacer sus necesidades siempre que no exceda los límites de la ley (Vidal, 2007).

El principio de la autonomía de la voluntad privada tiene un carácter dinámico que varía según los regímenes políticos, económicos, sociales y culturales de un Estado. Sin embargo, siempre ha existido límites del orden público y buenas costumbres. Asimismo, la ley sirve de complemento para la autonomía privada de las personas. Es así como la voluntad privada siempre será la regla y los límites de la ley la excepción (Torres, 2001).

Este principio ha alcanzado el rango constitucional ya que en nuestra Carta Magna se ha establecido que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de lo que no prohíbe siempre en los límites del orden público y buenas costumbres (Vidal, 2007).

Por último, Bullard señala que este principio deja que las personas decidan lo que es mejor para ellas, y como consecuencia de ello mejora la sociedad, además de ser un imperativo ético para los fieles defensores de la libertad individual. Es por lo que se debe respetar fielmente la posibilidad de elegir a las personas con limitadas excepciones (2006).

2.2.2. Concepto y alcances de la libertad de contratar y libertad de contratación.

Las decisiones libres y voluntarias son el fundamento de la libertad contractual (Torres, 2012). La libertad contractual nace de las ideas que inspiraron la Revolución Francesa como una abolición de los vínculos que ataban a una persona a un estrato social. Toda vez que en el antiguo régimen las relaciones entre las personas se determinaban por la clase social a la que pertenecían, siendo ello reemplazado por la noción moderna de la libertad donde las personas tenían plena autonomía para poder relacionarse con otro individuo sin importar su posición social (Sacco, 2011). Del principio de libertad contractual se desprende el principio de libertad de contratar y de contratación. Donde la libertad de contratar es la facultad de una persona para poder escoger con quién contratar en el momento que resulte más conveniente. Y la libertad de contratación es la potestad de las personas de acordar el contenido de sus contratos en plena libertad siempre que no sea contrario a la ley y a los límites determinados por el Estado, límites que tiene sustento en el bienestar social (Torres, 2012). Gutierrez también llama a la libertad de contratar, libertad de conclusión (2006).

En caso se decida contratar, tienen la libertad de poder elegir a la persona a la que le brindarán sus bienes o servicios. Sin que se le puede obligar a una persona el prestar estos bienes o servicios a otra, en contra de su voluntad. Salvo mandato legal o por estar en beneficio de la propia comunidad de la persona (Torres, 2012). Este derecho se encuentra contemplado y reconocido en la Constitución Política del Perú en su artículo 62. Asimismo, la libertad contractual permite a las personas el poder definir el contenido y alcances de sus contratos, esta facultad es conocida como la libertad de contratación.

2.2.3. Análisis histórico del contrato y su regulación en la legislación peruana.

En la antigua Grecia Platón no desarrolló una definición del contrato, no obstante, su discípulo Aristóteles desarrolló en su libro *Ética a Nicómaco* que a través de la moneda los distintos igualan sus condiciones y se hacen semejantes para satisfacer necesidades. Posteriormente en el Derecho Romano, Gayo realizó la clasificación de los contratos donde en el Derecho Romano Clásico los contratos sin forma no generaban obligación, en el Postclásico se celebraban contratos solemnes (con palabras sacramentales), contratos celebrados mediante registro en libros domésticos y los

contratos celebrados con la entrega de la cosa. Siendo la última clasificación los contratos innominados (Torres, 2012).

Posteriormente, los contratos fueron concebidos en los siglos XVII y XVIII por los naturalistas racionales como la expresión de la voluntad individual, donde es necesario el consentimiento. Es así que el consentimiento fundamenta las obligaciones de las partes, siendo estas libres y voluntarias. Esta concepción de los contratos es la base de una sociedad liberal y capitalista (Torres, 2012). En este contexto, los contratos nacen como parte de la concepción liberal de la autonomía de la voluntad privada donde el Estado no puede intervenir y tiene que dejar hacer a los ciudadanos (Diez Picazo, 2011). En ese sentido, frente a situaciones donde la persona no había declarado su voluntad bajo error o esta había sido viciada el contrato debía anularse. Por lo que la en el siglo XIX la sociedad capitalista entra en una crisis al existir anulaciones de contratos por factores psíquicos internos de las personas que viciaban la voluntad, lo que era desconocido para la otra parte, afectando así el desarrollo de la sociedad en base a relaciones contractuales. No obstante, el dogma de la voluntad fue abandonado por la teoría de la declaración de la voluntad, donde la confianza se basa en la manifestación de la persona, asumiendo el declarante la responsabilidad de una declaración viciada (Torres, 2012).

Es en este contexto que se desarrolló la regulación del contrato y las teorías del siglo XVIII al XIX para darle solución a los problemas que surgieron en base al dogma de la voluntad, el cual no fue reemplazado absolutamente por la teoría de la declaración de la voluntad, sino que el dogma de la voluntad fue matizado por esta teoría, aceptando casos de anulación de contratos por errores o vicios en la manifestación de la persona al momento de contratar (Torres, 2001).

Asimismo, en el siglo XX dada la producción industrializada y la producción en masa generaron los contratos de adhesión y los contratos con cláusulas generales de contratación, en las cuales las partes adquirentes y los ofertantes no negociaban cláusula por cláusula ni estipulaban todas las cláusulas de los contratos, sino que se adherían a las cláusulas preestablecidas por los ofertantes, sus términos y condiciones, existiendo la libertad de contratar mas no la libertad de contratación. Donde si bien el contrato sigue siendo la máxima expresión de la autonomía privada, esta no puede ser tomada como un absoluto ya que se ha visto matizada por los contratos de adhesión con cláusulas generales de contratación del siglo XX, sin que ello signifique que no deja de ser la concurrencia de dos voluntades teniendo como límite las restricciones establecidas por

ley (Torres, 2012). Siendo fundamento el principio la autonomía privada que permite a las partes autorregular sus intereses siempre que no vayan contra mandatos expresos en la norma, es decir, todo lo que no esta prohibido está permitido en los contratos.

Actualmente el Estado Peruano a través de La Ley N° 2343, Nuevo Código Civil Peruano, en su artículo 1351 regula y define al contrato como el acuerdo de dos o más partes para crear, modificar, extinguir o regular relaciones jurídicas de índole patrimonial (1984). Es decir, que para el Estado Peruano desde el siglo XX el contrato es una especie dentro del acto jurídico por lo que sus reglas se aplicarán a las del contrato a ser este último una subclasificación (Torres, 2012). Acto jurídico que fue teorizado y estudiado desde inicios del siglo XIX en Francia para explicar las relaciones jurídicas que pueden surgir de la voluntad privada y que se ha ido matizando con las teorías del negocio jurídico alemán, esta llegar al Estado Peruano en 1936 (Vidal, 2007). El acto jurídico desarrollado en Francia implicaba que siempre deben estar orientados a un fin lícito de lo contrario no podrían ser considerados como tal. Por otro lado, el negocio jurídico de Alemania realizaba una distinción, siendo un acto jurídico cualquier manifestación de voluntad destinada a realizar una relación jurídica independientemente de que el fin sea lícito o no, donde serán llamados negocios jurídicos los actos que tengan fines lícitos. Sin embargo, aunque estas dos corrientes tienen este matiz diferente en la legislación peruana ha recogido la doctrina francesa del acto jurídico y la doctrina alemana del negocio jurídico (Vidal, 2007). No debiendo confundirse al negocio jurídico con el contrato, siendo este último una subclasificación del negocio o acto jurídico.

Siendo que, en 1984 se apartó del libro de contratos del Código Civil pasar empezar a tener su propio libro, donde su teoría empezaría a englobar a los contratos, siendo estos último una especie de los actos jurídicos, pero de índole patrimonial (Vidal, 2007). Es así que, los contratos al igual que todo acto jurídico debe ser un hecho humano, a diferencia de un hecho natural, y este hecho humano tiene que ser voluntario en base a su autonomía privada. Debiendo ser una voluntad manifiesta, el querer interno manifestado voluntariamente, propiamente un actuar objetivo que autorregula las relaciones de los privados. Debiendo ser lícito, es decir que es acorde al ordenamiento jurídico. Y finalmente debe tener por fin inmediato producir efectos jurídicos, que pueden ser crear, modificar, regular o extinguir una relación jurídica (Torres, 2001). De igual forma, bajo la doctrina del acto jurídico, el objeto de estos es la relación jurídica, los que a su vez

son obligaciones de dar, hacer y no hacer bienes o servicios (Torres, 2001). Es decir, que el objeto de los contratos es la obligación de dar, hacer o no hacer bienes o servicios de índole patrimonial.

Por lo tanto, con el desarrollo histórico de los contratos se tiene que en la legislación peruana estos se encuentran desarrollados dentro de la doctrina del acto jurídico como una subclasificación de estos. Esta concepción va más allá del dogma de la voluntad de las personas, matizando este dogma con la declaración de la voluntad y dándose una finalidad lícita en todos los casos para su estructura, permitiendo de igual manera contratos unilaterales donde no es necesaria la concurrencia de dos voluntades necesariamente.

2.2.4. Límites a la libertad contractual.

Actualmente existen límites a la libertad contractual contemplados expresamente por la legislación peruana o que son permitidos implícitamente por esta. Se pueden clasificar estas en cinco grupos. Los contratos de servicios públicos, donde es el Estado que impone los términos contractuales y además elimina la libertad de contratar de la empresa que concede el servicio, conservando este derecho únicamente el consumidor. Los contratos regulados, donde el contenido de estos es determinado por el ordenamiento jurídico, eliminándose la libertad de contratación para ambas partes. Los contratos masivos, donde una de las partes determina todos los términos contractuales, eliminando así la libertad de contratación para una de las partes. Los contratos forzados, donde no existe libertad de contratar ni de contratación para las partes, como el caso de un seguro obligatorio contra accidentes de tránsito. Y finalmente, los contratos telemáticos, donde el contenido del contrato viene predeterminado por el medio a través del cual se contrata, donde la adquiriente ve eliminada su libertad de contratación, al no existir negociación de los términos de este (Gutierrez, 2006).

2.2.5. Derecho de protección y defensa del consumidor: consumidores, proveedores, relaciones de consumo y el consumidor expuesto.

a. Desarrollo histórico de la concepción de consumidores y proveedores y su regulación en la legislación peruana.

La protección del consumidor a través de la legislación se dio primero en Estados Unidos, llegando a Europa y a América Latina, específicamente a Perú en 1991. Esta legislación entiende que en una relación de consumo existe una parte con mayor cantidad de información, lo que se

conoce como el principio de asimetría informativa. En ese sentido, una relación de consumo es donde se encuentra un proveedor y un consumidor, y este último no cuenta con toda la información del producto o servicio, por lo que el Estado debe tener un rol tuitivo con él, salvaguardando sus derechos.

No obstante, antes de que la legislación proteja al consumidor, aproximadamente de 1962 hacia atrás, los Estados regulaban la actividad comercial, pero centradas en el desarrollo de las grandes empresas y sus relaciones lucrativas, siendo la información privilegio de los accionistas (Echaiz, 2012). Echaiz explica que esta concepción fue cambiando y evolucionando a nivel legislativo, dejando de lado la visión netamente comercial a tener una visión empresarial. Donde se busca el desarrollo de las empresas sin importar su medida, pero en armonía con la sociedad. De esta forma se busca el optimizar a las empresas y su generación de riqueza para una mejor recaudación de impuestos por parte del Estado. Logrando así el desarrollo de otras ramas del derecho que se ocupan del bienestar de la empresa como de su contraparte, como el derecho laboral que es la relación entre la empresa y sus trabajadores, el derecho concursal, de la empresa con sus acreedores y el derecho de protección y defensa del consumidor, que es la relación de la empresa con los consumidores. En esta visión del derecho empresarial, el derecho de protección y defensa del consumidor no busca asfixiar a las empresas, sometiéndolos a obligaciones irracionales en favor de los consumidores, que desincentiven la actividad empresarial, sino que busca una regulación prudente que sea tuitiva con la parte con menos información, sin afectar a la empresa de forma irracional y desmedida. De esta manera se abandonó la visión del consumidor como parte débil y al proveedor como parte fuerte (2012).

En este contexto la Constitución Política del Perú recoge en su articulado la protección y defensa del consumidor, asumiendo un rol tuitivo mas no paternalista. Es decir, que el Estado Peruano reconoce la importancia de la protección del consumidor, señalando que la legislación interna esta orientada a regular la economía y el desarrollo de las empresas, pero salvaguardando los derechos de estos, sin que ello signifique que asumirá un rol intervencionista en el mercado en pro del consumidor. Asimismo, asegura la entrega de la información privilegiada de los proveedores a los consumidores sobre los bienes y servicios ofertados, con la finalidad de contrarrestar la natural asimetría informativa. Velando también por la salud y seguridad de los consumidores en los bienes y servicios relacionados a estos bienes jurídicos. Todo ello en el marco

de una economía social de mercado (Echaiz, 2012).

En ese sentido, en el año 2010 se hicieron concretas estas concepciones del derecho de protección al consumidor a través de la Ley N° 29571 Código de Protección y Defensa del Consumidor del Perú que define como consumidores en el inciso 1 del artículo IV del Título Preliminar a las personas naturales que adquieren productos o servicios en beneficio propio o de su bienestar familiar o social, siendo los destinatarios finales, teniendo una actuación ajena al ámbito profesional o comercial. Asimismo, se considera como consumidores a las microempresas que adquieren bienes o servicios que no pertenecen al giro de su negocio (2010). No considerándose consumidores a las personas que adquieren un producto o servicio para proveer una actividad económica como proveedor.

Por otro lado, la otra parte es el proveedor, quien es asociado a una empresa; sin embargo, ello no es estrictamente así, sino que en la doctrina es cualquier personas natural o jurídica de derecho público o privado que oferta sus bienes o servicios en el mercado (Durand, s/n). En ese sentido, la Ley N° 29571 Código de Protección y Defensa del Consumidor del Perú también define al proveedor como una persona natural o jurídica que de manera habitual fabrica, elabora, envasa, prepara bienes o presta servicios a los consumidores (2010).

b. Relación de consumo propiamente dicha y consumidor expuesto.

Las personas buscan satisfacer sus necesidades o deseos en bienestar propio y de su familia, por ello nuestros esfuerzos están orientados también a estos fines, ya sea a través del trabajo propio o del intercambio de bienes o servicios con otras personas a cambio de una contraprestación. Este es uno de los fundamentos de la conformación de las sociedades, donde un grupo de personas se organiza para el libre intercambio. Es en este escenario que confluyen los proveedores y los consumidores. Donde el consumidor buscará adquirir bienes y servicios dándole el valor a estos conforme a sus necesidades individuales o familiares, estimando un precio por cada uno. Por otra parte, los proveedores ofertan sus bienes y servicios a los consumidores en base a mejores precios y mejor calidad, siendo que el encuentro entre ambos a través de transacciones se da en una relación de consumo. Siendo el consumo un mecanismo fundamental para el bienestar social e individual (Thorne, 2010). Es por ello que en el Perú se tutela los derechos de los consumidores, a través de la Ley N° 29571 Código de Protección y Defensa del Consumidor del Perú regula las relaciones establecidas entre consumidores y proveedores fijando sus derechos y obligaciones

(Durand, 2016).

Esta relación entre consumidor y proveedor es la denominación de consumo, la cual no se debe confundir con la relación de un contrato de consumo. Para que exista una relación de consumo deben existir tres componentes: consumidor, proveedor y producto o servicio materia de consumo. Una vez presentes estos tres componentes puede existir una relación de consumo. Asimismo, también es posible encontrar la figura del consumidor expuesto que no se somete únicamente a la relación contractual entre proveedor y consumidor sino a toda relación de mercado donde hay una expectativa comercial entre el proveedor y el consumidor (Durand, 2007).

En el Código de Protección y Defensa del Consumidor se encuentra regulada la categoría de consumidor expuesto, la cual fue considerada en la doctrina como un eslabón perdido, siendo difícil delimitarla, al no ser propiamente un consumidor. En ese sentido, los doctrinarios se concentraron en ensanchar la definición y alcances de la relación de consumo. No obstante, la solución está en comprender que la categoría de consumidor se da independientemente de la existencia de una relación de consumo (Espinoza, 2010). Para Espinoza el consumidor expuesto no debe ser entendido en base a la potencial existencia de una relación de consumo, sino que este debe considerarse como un consumidor equiparado, es decir, como una persona que interactúa en el mercado como el eslabón más débil (2010).

c. Principio pro consumidor.

Las relaciones de consumo traen consigo una relación asimétrica entre el proveedor y el consumidor, donde el consumidor sufre de vulnerabilidades tanto técnicas, al no poseer conocimientos técnicos de los adquiere, así como las vulnerabilidades fácticas, propias de las ventajas económicas del proveedor y de las vulnerabilidades jurídicas al no contar con los conocimientos jurídicos necesarios. Es por ello que la legislación peruana ha contemplado de forma expresa, tanto en la Constitución Política que la protección al consumidor debe ser interpretada en el sentido más favorable para el consumidor (Gutierrez, 2006). El mismo que se encuentra contemplado en el artículo V del Título preliminar del Código de Protección y Defensa del Consumidor - Ley N° 29571 – el cual establece el rol tuitivo del Estado Peruano a favor de los consumidores, donde cualquier duda en el caso del alcance de una norma debe ser interpretada de la forma más favorable para el consumidor (2010).

2.2.6. Derecho a la igualdad y discriminación al consumidor.

a. Derecho a la igualdad.

El derecho a la igualdad contiene dos concepciones, una como un principio constitucional que se debe preservar, siendo fundamental para un ordenamiento democrático. Y una concepción como un derecho constitucional subjetivo el cual otorga la facultad de toda persona a ser tratado con igualdad ante la ley y no ser discriminado. En consecuencia, la violación o vulneración a este derecho solo puede darse cuando se ha vulnerado otro derecho, y no una por sí misma (Eguiguren, 1997).

Para Eguiguren la concepción de igualdad ante la ley nace de las ideologías liberales, no obstante, este derecho ha ido evolucionando. En una sociedad fundada en el liberalismo, la igualdad ante la ley es un mandato legal cuya finalidad es terminar con los privilegios de algunos ciudadanos y busca someter a todos a un mismo ordenamiento jurídico, es decir, que todos sean sometidos a una ley impersonal. Ello fue evolucionando hasta el desarrollo de la igualdad en la aplicación de la ley por los poderes del Estado y entidades públicas estatales, sin distinción alguna (1997). Sin embargo, este el principio de igualdad posteriormente ha implicado no solo la igualdad ante la ley sino la igualdad material, lo que implicaría que la ley tienda a generar cada vez más condiciones de igualdad para las personas miembros de un Estado. Asimismo, Landa señala que el derecho a la igualdad también implica, además del derecho a la igualdad ante la ley y aplicación de la ley, el derecho a no ser discriminado por ningún motivo, ya sea por origen, raza, sexo, religión, idioma, condición económica, opinión o cualquier otra índole (2021). Sin embargo, no todos los tratos desiguales o distintos deben ser considerados como una vulneración al derecho a la igualdad, sino que pueden tener una justificación objetiva y razonable, tanto en la ley como en la aplicación de la misma (Landa, 2021). Es ese sentido, se desprende la igualdad en su vinculación positiva, donde por razones objetivas se puede tener un trato diferenciado por parte del Estado para revertir las situaciones de desigualdad de las personas. Siendo la vinculación negativa el tratar de igual manera a quienes se encuentren en la misma situación jurídica y fáctica, y diferente a quienes se encuentren en situaciones distintas (Landa, 2021).

A fin de no resultar arbitrario el determinar cuándo se produce un trato diferenciado y cuando un acto de discriminación el Tribunal Constitucional en Perú ha establecido una serie de pasos. El

primero es determinar la intervención en la prohibición de discriminación, lo que quiere decir que se debe determinar cuál es el trato distinto o diferente de una norma frente a dos personas. El segundo paso es el determinar la intensidad de la intervención en la igualdad. Lo cual consiste en determinar si la diferencia realizada está prohibida constitucionalmente o lesiona un derecho fundamental, en cuyo caso será establecida como intervención grave, como grado intermedio se da cuando la prohibición de discriminación lesiona un derecho establecido a través de una norma con rango legal o de la propia Constitución o de un interés legítimo; y de grado leve cuando la diferenciación no afecta ninguno de los anteriores. El tercer paso es la determinación del fin y objetivo del tratamiento diferenciado, que es el establecer el estado de las cosas que se quieren lograr con el acto diferenciado. El cuarto paso es el análisis de idoneidad, donde se debe evaluar si la medida diferenciadora está usando los medios adecuados para lograr su objetivo propuesto. El quinto paso es el análisis de necesidad, donde se debe establecer si la medida diferenciadora es la única alternativa y no existe otras igual de idóneas para la finalidad u objetivo buscado. El último paso es el análisis de proporcionalidad en sentido estricto, que consiste en hacer un test de proporcionalidad de del principio vulnerado en contra posición del principio que se pretende alcanzar, en abstracto y no considerando su valoración en un caso concreto. Es decir, que si la intervención de la prohibición de la discriminación tiene el grado adecuado para la realización de otro principio o derecho que se opone en el caso (Landa, 2021). Doctrina y desarrollo acogido por el Tribunal Constitucional Peruano ha podido establecer cuando se puede dar un trato desigual o diferenciado ante la ley o en la aplicación de la ley sin que ello implique una vulneración al derecho a la igualdad.

b. Discriminación al consumidor.

Conforme a la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor del Perú los consumidores tienen derecho a un trato justo y equitativo y a no ser discriminados por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión o cualquier otra índole. Siendo que este derecho se encuentra contemplado en el artículo 1, inciso 2, literal d) el mismo que se complementa con el artículo 38° que prohíbe a los proveedores discriminar a las personas por raza, sexo idioma, religión u otros, prohíbe la exclusión sin que tengan causas de seguridad o tranquilidad y prohíbe el trato diferente

sin que medien razones objetivas y justificadas, ya sean estos consumidores que se encuentren dentro o expuestos a una relación de consumo.

En ese sentido, el Indecopi ha ido desarrollando y profundizando el alcance de estos artículos. Desarrollo que ha variado en una ocasión el criterio en la interpretación de los actos de discriminación de los proveedores. Existiendo una variación sustancial en la interpretación de este derecho. Antes de la Resolución N° 2025-2019/SPC-INDECOPI, el ente público no solo matizaba sino que diferenciaba sustancialmente a los actos de discriminación de los tratos diferenciados ilícitos. La diferencia sustancial que encontraba el Indecopi, antes del 2019, era que un acto de discriminación producía un efecto negativo en la persona afectando su dignidad humana y su naturaleza ontológica, basados en estereotipos, creencias o prejuicios del proveedor (2019). Por otro lado, la Sala Especializada en Protección al Consumidor de Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, a través de la Resolución N° 2397-2018/SPC-INDECOPI, señalaba que los tratos diferenciados ilícitos eran entendidos como una selección arbitraria de los consumidores, sin afectar su dignidad, y sin contar con justificaciones objetivas o razonables. Donde debía realizarse un riguroso análisis del caso a fin de poder determinar la naturaleza del trato desigual. Es decir, que no es solo un matiz, sino una diferencia sustancial entre ambos conceptos. Asimismo, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual en la Resolución N° 0101-2018/SPC-INDECOPI determina que un trato diferenciado no puede darse cuando este trato cuenta con una causa de objetividad y razonable en su aplicación (2018). No obstante, estas diferencias sustanciales aplicadas por el Indecopi, fueron advertidas el 24 de julio del 2019, a través de la mencionada Resolución N° 2025-2019/SPC-INDECOPI, donde la Sala Especializada en Protección al Consumidor determinó que en el artículo 38° del Código de Protección y Defensa del Consumidor no existía una categorización entre tratos diferenciados ilícitos y actos de discriminación. Ya que para la nueva visión y entendimiento del artículo, cualquier acto que afecte el derecho a la igualdad del consumidor debe ser entendido como un acto de discriminación. Ello sin dejar de matizar las diferencias que pueden existir entre cada acto discriminatorio, pero no a un nivel sustancial, sino a nivel cuantitativo en el daño producido (2019).

Es decir, que la Sala Especializada en Protección al Consumidor explícitamente cambió su criterio sobre los tratos desiguales. Pasó de entender diferencias sustanciales entre un trato

diferenciado ilícito y un acto de discriminación, a entender que la naturaleza de cualquier acto desigual es siempre una afectación al derecho a la igualdad de los consumidores, siendo un mismo acto de una sola naturaleza, pero que puede tener matices en la intensidad del mismo. De igual manera la Sala entiende que el consumidor solo debe acreditar el trato desigual para iniciar con un procedimiento en contra de un proveedor. El cual debe probar que este trato desigual cuenta con una causa objetiva y razonable, de lo contrario o de ser una excusa, se debe entender que este trato desigual es un acto de discriminación sancionable (2019).

Estos criterios, a pesar de no haber tenido un desarrollo a mayor profundidad en los seis años posteriores, se ha mantenido. Tal y como se observa la Sala Especializada en Protección al Consumidor en la Resolución Final N° 087-2021/CPC-INDECOPI-PUN de la Comisión de la Oficina Regional del Indecopi de Puno, la cual reconoció el cambio de criterio de la Sala y continuó con el desarrollo establecido, observando que el artículo 38° no distingue dos actos de diferente naturaleza sino únicamente los actos de discriminación (2021). Criterio que fue ratificado a través de Resolución N° 077-2022/SPC-INDECOPI del 17 de enero del 2022, reconociendo que efectivamente, acorde al criterio instaurado por la Sala, el artículo 38° del Código de Protección y Defensa del Consumidor no distingue dos naturalezas diferentes de un trato diferenciado ilícito y un acto de discriminación, siendo la primera también un acto de discriminación (2022). En esa línea de desarrollo, la Sala a través de la Resolución N° 2278-2023/SPC-INDECOPI del 22 del agosto del 2023, sintetiza el desarrollo de la discriminación, estableciendo que todo acto desigual que no se encuentre justificado es un acto de discriminación al consumidor, incluso si este se da al restringir arbitrariamente el servicio o producto o al interrumpir su uso, una vez iniciada la relación de consumo. Sin embargo, en esta ocasión la Sala señala que la norma no hace matices en los actos de discriminación, entendiéndose que cualquier acto de dicha naturaleza representa la misma gravedad para el consumidor (2023). Finalmente, reiteró estos criterios en la Resolución N° 0159-2024/SPC-INDECOPI del 24 de enero del 2024. En ese sentido, del desarrollo doctrinal y jurisprudencial de la discriminación al consumidor, se puede establecer que cualquier trato desigual sin justificación objetiva o causa razonable, es un acto de discriminación. Independientemente de la gravedad de este, siempre se estará afectando al derecho a la igualdad de los consumidores si se les brinda un trato desigual como consumidores o consumidores expuestos, incluso al momento de ser seleccionados como clientela de un proveedor.

CAPÍTULO 3: MARCO METODOLÓGICO.

3.1. Metodología

La presente investigación tiene por objeto de estudio a las instituciones del derecho y será clasificada en el campo de investigaciones dogmáticas. Es decir que, la principal herramienta para esta investigación es la revisión documental, la selección de información dada por expertos en la materia investigada con el objeto de ampliar y profundizar el conocimiento en la materia. Con la investigación dogmática se estudiará al derecho y sus instituciones de forma independiente a la realidad social (Ramos, 2007). Asimismo, dentro de las investigaciones dogmáticas se encuentran las interáreas y las exegeticas. Las exegeticas tienen como objeto de estudio únicamente a la ley y analizar la voluntad del legislador contenida en esta. Sin embargo, las interáreas tienen como fuente documentaria la doctrina, historia o jurisprudencia establecida, incluso valiéndose del análisis documental de disciplinas afines que complementen el análisis jurídico a realizar (Fernández, 2015).

Así queda establecido que el objeto de estudio serán las normas, doctrinas y principios jurídicos, específicamente los referidos a la libertad de contratar, autonomía de la voluntad, derecho al consumidor y a la no discriminación de los consumidores.

De igual forma al encontrarnos dentro de una investigación dogmática, el tipo de investigación a realizarse será básica y no aplicada. La investigación aplicada se enfoca a resolver un problema específico en la realidad y como ya se estableció la investigación dogmática no tiene ese fin sino tiene por finalidad desarrollar nuevo conocimiento teórico (Fernández, 2015), en el caso concreto desarrollar un nuevo conocimiento respecto a la libertad de contratar.

Finalmente, la presente investigación está enfocada a detallar una tendencia no establecida en el campo de la libertad de contratar, teniendo en cuenta la bibliografía ya existente, por ello se encontraría dentro de la investigación descriptiva (Fernández, 2015).

Al tratarse de una investigación dogmática la principal técnica de recolección de datos será la revisión documental de los dogmas jurídicos. Es decir, la revisión de material bibliográfico o digital sobre instituciones, principios generales o doctrinas del derecho contenidos ya sea en libros, artículos científicos, trabajos de investigación, leyes o jurisprudencia. Ello con el objetivo de

desarrollar un nuevo conocimiento sobre la libertad de contratar frente a la regulación de protección y defensa del consumidor (Ramos, 2007).

Con la información obtenida se empezarán a desarrollar los conceptos de forma deductiva. Esa forma permitirá ir de conceptos amplios a conceptos cada vez más específicos (Ramos, 2007). En la investigación concreta se irá desde un concepto general como la autonomía de la voluntad hasta la especificidad de la libertad de contratar en las aristas cercanas a la legislación de protección y defensa del consumidor. De esta manera la información podrá responder de forma puntual la hipótesis planteada y desarrollar los objetivos de manera adecuada.

El diseño de la investigación es la metodología que se va a utilizar en la misma, es decir, que son los pasos que se llevarán para desarrollar la investigación con lo cual cualquier persona que siga dichos pasos pueda replicar la investigación y llegar al mismo resultado. El diseño de investigación está orientado generalmente a investigaciones empíricas mas no en las dogmáticas como en presente caso (Fernández, 2015). Sin embargo, se puede establecer como técnica de la investigación la revisión bibliográfica y digital de doctrina nacional y extranjera, tesis, artículos de investigación, leyes nacionales respecto al acto jurídico, el contrato, el principio de autonomía privada y la nulidad.

Para revisión de estas normas, instituciones y principios jurídicos se recurrirá a fuentes primarias, secundarias y terciarias. Las fuentes primarias serán las que brinden la mayor parte de información para la investigación. Las fuentes secundarias serán los complementos de las primarias y ayudarán a aclarar conceptos o definiciones. Y finalmente las fuentes terciarias serán las utilizadas para localizar de mejor forma a las fuentes primarias.

Al ser una investigación dogmática esta se basa en la recolección de documentos, por eso es llamada documental (Ramos, 2007). Estos a su vez se pueden encontrar en material bibliográfico, que es el formato físico de las fuentes, y en material digital.

- Las fuentes primarias estarán compuestas por libros que desarrollen la doctrina jurídica nacional o internacional y artículos de revistas indexadas que desarrollan la libertad de contratar, el principio de autonomía privada, el derecho de los consumidores y los deberes y obligaciones de los proveedores en las relaciones de consumo.
- Como fuentes secundarias se utilizarán leyes, jurisprudencia nacional y diccionarios jurídicos.

- Y como fuente terciaria serán usadas las referencias de las diversas tesis consultadas a fin de poder ubicar el material doctrinario para las fuentes primarias.

Estas fuentes se obtendrán de:

- Fuentes bibliográficas: De la biblioteca privada del investigador respecto a los libros de doctrina nacional.
- Fuentes digitales: Respecto a las revistas indexadas y las tesis publicadas, estas serán obtenidas por el medio digital, a través de las páginas web de bases de datos bibliográficos de artículos y revistas científicas. Dentro de las principales se consultará las páginas web de Scoups y Scielo. Asimismo, para la consulta de tesis se utilizará las páginas web de los repositorios peruanos de tesis creadas por el Estado, como Alicia y Renati. En cuanto a las leyes y jurisprudencia nacional, estas serán obtenidas del portal web del Diario Oficial El Peruano.

CAPÍTULO 4: DISCUSIÓN – ANÁLISIS DE LOS DERECHOS EN CONFLICTO.

De la revisión de la dogmática jurídica se puede establecer el conflicto existente entre la libertad de contratar y el derecho de los consumidores a no ser discriminados, en tanto que las personas jurídicas o naturales que oferten sus bienes o servicios en el mercado en ejercicio de este derecho podrían terminar por cometer un acto de discriminación a los consumidores o consumidores expuestos al seleccionar arbitrariamente su clientela sin justificación objetiva. Por lo que se deberá analizar si la protección a los consumidores impediría que las personas que ofertan en el mercado ejerzan esta libertad sin incurrir en una infracción normativa.

Por un lado, Bullard entiende a los contratos como la definición legal de las transacciones económicas, las cuales tienen por finalidad el intercambio de prestaciones para satisfacer las necesidades de las personas. Tanto la contratación masiva como paritaria cumplen con este fin. El intercambio de bienes y servicios es en última instancia la única finalidad de los contratos y el motivo por el cual las personas los celebran. Estas relaciones económicas de intercambio solo pueden darse por la autonomía de la voluntad, la cual es a capacidad de los individuos para autorregular la esfera dentro de la cual desenvuelven sus intereses. Teniendo como límite la norma imperativa expresa, la cual tiene como fundamento para establecer limitaciones a esta autonomía el interés social, el interés público o el interés moral (2006). Salvo las excepciones establecidas por ley, Bullard considera que las personas tienen la plena libertad de poder determinar el

contenido de sus contratos. Esta libertad permite que las personas puedan ponerse de acuerdo respecto a los precios de los bienes y servicios, asignándoles un valor a cada bien o servicio de acuerdo a cada necesidad. Transfiriendo un recurso menos valioso por uno más valioso. Creándose la eficiencia del mercado (2006). Siendo la búsqueda de la eficiencia en el mercado debe ser un objetivo que solo se puede alcanzar con la plena libertad contractual, donde el Estado no debería intervenir ya que de hacerlo no permitiría la posibilidad de alcanzarse la eficiencia en el mercado (Bullard, 2006). Es decir, que, para Bullard, los contratos deben celebrarse y determinarse con la plena libertad de las personas, ello no quiere decir que necesariamente eso traiga consigo la eficiencia en el mercado, pero sí abre la posibilidad a que esta se dé. De no existir esta plena libertad, por intervención del Estado, esta eficiencia nunca se logrará. Por lo tanto, puede llegar a inferirse que la autonomía de la voluntad privada, que trae consigo la libertad de contratar y de contratación, es el fundamento para llevar a cabo las transacciones económicas, las cuales a su vez deben buscar la eficiencia en el mercado que solo será posible cuando esta libertad no tenga intervención o restricción por parte del Estado, en consecuencia, una persona natural o jurídica que ofrece sus bienes y/o servicios en el mercado debe tener la facultad de poder autodeterminar con quien sí y con quién no celebrar sus contratos, dado que estas decisiones buscarán lo más óptimo para ellos. Caso contrario el limitar la libertad de contratar de los proveedores podría generar una distorsión en el mercado que no permita alcanzar su eficiencia, teniendo únicamente como excepción los casos donde por mandato expreso de la ley se obligue al proveedor el prestar el bien o servicio a los consumidores.

Por otro lado, Torres a través de un enfoque humanista explica que, si bien los contratos se pueden entender como la máxima expresión de la autonomía de la voluntad privada, esta se encuentra limitada por la protección de un bienestar social y por la protección de derechos humanos (2012). Encontrando y exponiendo el límite de los contratos por la protección al ser humano y no por la eficiencia del mercado. Esta autonomía debe estar acorde a la justicia y a las buenas costumbres. Exponiendo que este es el enfoque por el cual el Estado censura esta libertad a través de la legislación que determina y limita esta autonomía (Torres, 2012). Esta postura manifiesta una visión del derecho a la libertad, y en consecuencia de la libertad de contratar, menos absoluta, donde el ejercicio de esta no debe ser únicamente entendido como un medio para lograr la eficiencia, sino que debe estar orientado y ejercitado en armonía con la sociedad y en protección de los derechos humanos.

Asimismo, Durand analiza que, al existir hoy un cambio en las formas de producción industrial de bienes, los contratos han pasado a celebrarse de forma masiva a través de los contratos de adhesión. Contratos donde una de las partes acepta las cláusulas propuestas por la parte fuerte de la relación contractual, lo cual hace necesaria una regulación especial de estos contratos donde la libertad de contratación se ve limitada por una de las partes (2016). Reconociendo de esta forma que las nuevas formas de contratación han restringido la libertad de contractual, específicamente la libertad de contratación de los consumidores en las relaciones de consumo. Lo que ha traído como consecuencia que el Estado regule la autonomía de la voluntad privada de los a fin de salvaguardar los intereses de las personas y en especial de las que son consideradas consumidores, quienes pueden ser en algún momento todo ciudadano de un Estado Nación, a fin de evitar situaciones abusivas. Donde los consumidores son el centro de protección del Estado Peruano promoviendo los derechos de estos, previniendo las afectaciones a sus derechos y sancionando a quienes los afecten. Protegiendo incluso a los consumidores expuestos a una relación de consumo y a las etapas preliminares de estas relaciones (Durand, 2016). Es decir, que debido a que la nueva forma de contratación ha originado una nueva forma de relación, llamada relación de consumo, donde se ha restringido la libertad de contratación de los consumidores, el Estado ha pasado a proteger y regular esta autonomía privada con la finalidad de evitar abusos a los consumidores. En consecuencia, este razonamiento llevaría a concluir que el Estado regula de una forma diferente la libertad de contratar en una relación de consumo, o incluso en una situación donde las partes se expongan a una propiamente dicha.

Acorde a este enfoque, y en un análisis más concreto sobre nuestro problema de investigación, Gutiérrez establece que la libertad de contratar o libertad de conclusión contemplada en el artículo 62 de la Constitución Política del Perú debe interpretarse y determinarse en base a otros principios constitucionales, tal como el principio proconsumidor. Donde estos principios no deben eliminarse entre sí, sino que deben interpretarse en armonía (2006). Gutierrez identifica claramente dos supuestos donde la libertad de contratar ha sido limitada expresamente por mandato legal. Una es los contratos de servicios públicos, donde el Estado es quien obliga a contratar a las empresas concesionarias con los consumidores, en los que el proveedor cuenta con el monopolio del mercado. Y en los contratos forzosos, donde el Estado obliga a contratar a las personas ciertos tipos de bienes o servicios (2006). En estas dos clases de contratos Gutierrez expone como es que el Estado a restringido la libertad de contratar de las personas a través de la ley, sin embargo,

pueden inferirse de su planteamiento que el Estado también puede limitar la libertad de contratar de manera implícita en aplicación del principio pro consumidor.

Ahora, si bien Bullard, reconoce que la autonomía de la voluntad privada también tiene restricciones en la ley, no hace mención a una limitación de esta libertad en torno al principio pro consumidor, ya que él mismo propone que la libertad contractual, en su libertad de contratación, debería tener como límite únicamente los consensos de las partes (Bullard, 2006). Es decir, llevada esta propuesta a la libertad de contratar, esta debería tener como único límite la voluntad de la persona en querer o no contratar con otra. Aunque reconoce que en la realidad esta libertad está limitada por ley en casos específicos al igual que Gutierrez. Sin embargo, para Gutierrez, la libertad de contratar no debe ser limitada o restringida únicamente por un mandato legal como en el caso de los contratos forzados o de servicios públicos, sino que también debe aplicarse en armonía con principio pro consumidor. Y este principio manda que ante la duda en la interpretación o alcance de una norma se debe realizar la más favorable al consumidor o a quien se encuentre en una relación de consumo (2006). Lo cual nos llevaría a inferir que la propuesta de Gutierrez se inclinaría por hacer primar lo más conveniente para un consumidor frente al ejercicio de la libertad de contratar de un proveedor. Es decir, que si una persona natural o jurídica decide no contratar con otra, y existe duda respecto a si se encuentran o no dentro de una relación de consumo, deberá entenderse como establecida esta y cuando una persona se encuentre dentro de una relación de consumo o si es un consumidor o consumidor expuesto no debe ser discriminada. Por lo que, el ejercicio de la libertad de contratar de un proveedor ya sea persona natural o jurídica, podría ser considerado como un acto de discriminación hacia el consumidor al ser esta decisión de contratar o no con alguien un acto meramente subjetivo y no objetivo; por lo que a criterio de Gutierrez y Durand frente a esta duda debe interpretarse a favor del consumidor, lo que implicaría que estaría siendo discriminado por el proveedor que decidió no contratar con él. En consecuencia, al no poder haber actos de discriminación en las relaciones de consumo o frente a consumidores que están expuesta a una, el proveedor no puede no contratar con un consumidor o consumidor expuesto. No existiendo o suprimiéndose la libertad de contratar en las relaciones de consumo o en etapas previas donde exista una exposición a una.

Por último, Díez – Picazo reconoce que la libertad contractual tuvo su nacimiento en una sociedad liberal donde la autonomía de la voluntad privada permitía que los ciudadanos regulen

sus relaciones sin intervención estatal. No obstante, la autonomía de la voluntad privada, fue encontrando límites tanto en la justicia, como el orden público, las buenas costumbres y la lesiones en las prestaciones, donde el Estado puede entrar a poner límites a la autonomía de la libertad. Esta libertad contractual vario, además de los cambios políticos de una sociedad o Estados liberales a concepciones proteccionistas, por las nuevas formas de producción y por el crecimiento de empresas que ofrecen bienes y servicios. Esto ha producido la creación de contratos de adhesión, donde la libertad privada en cuanto su libertad de contratación también ha sido suprimida, aunque siempre bajo la supervisión y aprobación de los términos por parte de un ente público (2004). Asimismo, estas nuevas formas de producción han ocasionado los contratos forzosos donde la libertad de contratar también ha sido suprimida, obligando a las personas a contratar un servicio o bien. Ello evidencia que la libertad contractual ha encontrado límites en la ley al haberse concebido a la libertad cada menos absoluta, dando paso a una mayor regulación por parte del Estado para proteger la dignidad humana y reconociendo también que los consumidores cuentan con una mayor protección del Estado, lo cual limita la libertad contractual de las personas, dejándolas relegadas para circunstancias ordinarias de las contrataciones civiles (2004). Diez – Picazo pese a reconocer los límites contemporáneos de la libertad contractual también reconoce que en el campo contractual cuenta con la tendencia de procurar la conservación del contrato y de la relación contractual (2004). Es decir, que, para el autor, la libertad de contratar ha pasado a ser relativizada suprimiéndola por ley en casos de contratos forzosos, teniendo como uno de los fundamentos de ello la protección a los consumidores.

Por lo tanto, la libertad de contratar no se ve restringida o limitada únicamente en los supuestos mandados por ley, sino también por el principio pro consumidor (Gutierrez, 2006) y la protección de los consumidores frente a actos de discriminación. Ya que, el Estado busca proteger a los consumidores incluso si ello trae consigo la supresión de la libertad de contratar, utilizando mandatos legales e implementado nuevos principios o derechos que limiten la autonomía de la voluntad privada. Ello evidencia que la concepción de la libertad de contratar, casi absoluta, de una sociedad liberal del siglo XIX ha ido modificándose y encontrando cada vez más limitaciones, que no solo se encuentran en la ley sino en la aplicación de principios que tiene mayor alcance y abstracción (Diez – Picazo, 2004). En ese sentido, se puede determinar que, a diferencia de una relación contractual clásica, la relación de consumo y un consumidor expuesto tiene un mayor alcance, no siendo necesario que se celebre un contrato para que un consumidor expuesto goce de

las protecciones de un consumidor, como la no discriminación (Durand, 2012). Por lo tanto, si la libertad de contratar es la facultad de las personas de decidir contratar o no con otras, sin justificación o causa alguna (Torres, 2012), los proveedores no pueden ejercerla, negándose a contratar con un consumidor o un consumidor expuesto, al ser interpretado como un acto de discriminación a la luz del criterio optado por la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual a partir del año 2019 hasta la fecha de publicación de la presente tesis. Restringiéndose la aplicación libertad de contratar únicamente a las relaciones jurídicas civiles que no forman parte de las relaciones de consumo. Toda vez que el contrato social ha virado a proteger y tutelar más a los consumidores en deterioro de la libertad contractual, con la finalidad de evitar actos de discriminación contra consumidores o consumidores expuestos.

En síntesis, de esta discusión, se tiene que la libertad de contratar es una decisión deliberada de una persona de contratar o no con otra. Sin mediar justificación o explicación alguna. Esta libertad se da antes de la formación de una relación contractual. Lo cual llevaría a inferir que, entre un proveedor y un consumidor, le permite a un proveedor escoger con quienes contratar libremente. Sin embargo, si bien la libertad de contratar se ejerce antes de conformación de la relación contractual, existe una exposición a una relación de consumo, donde los derechos de los consumidores protegen a los consumidores expuestos, incluido el derecho a la igualdad y a la no discriminación. Entendiéndose como discriminación incluso a la selección arbitraria de la clientela, luego de un desarrollo jurisprudencial por parte del Indecopi. Por lo que, una persona que ofrece sus bienes o servicios en el mercado entra en una relación de consumo, donde no puede elegir libremente y sin razón aparente con que consumidor expuesto contratar o no, al ser este un acto de discriminación. Lo que significa que si bien antes de existir un consumidor, existe la libertad de contratar del proveedor y antes de esta, existe un consumidor expuesto que no puede ser discriminado; en consecuencia cualquier negativa a contratar con un consumidor expuesto sin razón o justificación es un acto de discriminación, siendo ello prohibido por ley. Protegiéndose al consumidor de cualquier acto de discriminación, suprimiendo o eliminando la libertad de contratar de los proveedores.

CONCLUSIONES.

1. De la investigación realizada se puede determinar que el derecho a la igualdad de los consumidores o de los consumidores expuestos tiene como límite que no se le discrimine incluso momentos antes de que se configure una relación jurídica propiamente dicha. Es decir, que la protección contra actos de discriminación se da desde la formación de la relación de consumo. Relación que se configura siempre que exista una expectativa comercial entre el proveedor y el consumidor sobre la oferta y adquisición de un producto o servicio. Por lo tanto, al existir estos elementos una persona será considerada consumidor o consumidor expuesto, quien deberá ser tratado con igualdad por el proveedor, siendo que todo trato desigual será tomado como un acto de discriminación siempre que no tenga como justificación objetiva razonable la seguridad, tranquilidad de clientes u otras similares, conforme al criterio optado por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, Sala Especializada en Protección al Consumidor desde el 2019 hasta la fecha.
2. Se ha determinado que la autonomía de la voluntad y libertad de contratar de las personas consideradas proveedores tiene como alcance que estos pueden establecer el contenido de las cláusulas de sus contratos, celebrando incluso contratos de adhesión, donde los consumidores o los consumidores expuestos no pueden proponer o modificar los términos contractuales. Sin embargo, si bien cuentan con la libertad de contratación propia de la autonomía de la libertad privada, no cuentan con la liberalidad de decidir contratar con uno u otro consumidor sin expresar causa o justificación alguna, ya que este sería concebido como un acto de discriminación. Es decir, que la legislación peruana ha suprimido la libertad de contratar de los proveedores, toda vez que desde que estos ofertan sus bienes o servicios en el mercado no pueden o no cuentan con la facultad de elegir no contratar con uno en base a apreciaciones subjetivas de las personas sino que debe basarse en causas objetivas razonables y justificadas.
3. En relación con el objetivo principal de la presente investigación, se ha determinado que las personas naturales o jurídicas que ofertan sus bienes y servicios en el mercado no pueden ejercer su derecho de libertad de contratar de forma negativa sin que ello no implique un acto de discriminación al consumidor. Como consecuencia del desarrollo histórico de la libertad contractual hasta la actualidad. La cual nació de las ideas que inspiraron la revolución francesa,

facultando a todos a vincularse contractual y económicamente con otros sin importar su posición social, determinando libremente con quienes relacionarse contractualmente. Lo cual fue reconocido como el principio de libertad de contratar. No obstante, este principio jurídico, ha pasado a tener limitaciones y restricciones frente a los derechos de los consumidores. Los cuales ordenan que, conforme al principio pro consumidor, siempre deben primar los derechos de los consumidores frente a duda o vacío legal. Por lo que, ante a la duda en determinar si es discriminatorio o no el ejercicio de libertad de contratar de un persona que se niega a hacerlo con un consumidor o consumidor expuesto, siempre se deberá entender que sí lo es.

4. Las conclusiones de los objetivos de esta investigación han establecido que no es cierta la hipótesis propuesta, sobre la posibilidad de que los proveedores, ya sean personas naturales o jurídicas, que ofertan sus bienes y servicios en el mercado puedan ejercer su derecho de a la libertad contractual sin que ello implique un acto de discriminación al consumidor al decidir no contratar con algunas personas. Ya que el contrato social ha variado a través de los años, a través de consensos que se van adaptando a la realidad nacional. Por lo cual en la Constitución Política del Perú se continúa reconociendo principio de libertad de contratar, inspirado en el liberalismo, pero a su vez también reconoce nuevos derechos y principios en protección de los consumidores. Derechos que a su vez se han ido ampliando y profundizando en los últimos años, como la no discriminación al consumidor, toda vez que desde el año 2019 en adelante el Indecopi a través de pronunciamientos homogéneos ha determinado que toda decisión subjetiva de no contratar con un consumidor expuesto vendría a ser un acto de discriminación. Pudiendo los proveedores negarse a contratar con algunos consumidores expuesto, pero por razones objetivas, lo cual va en contra de la esencia del principio de libertad de contratar. E incluso ante la duda de estar frente a un acto de discriminación o no el principio pro consumidor orientaría a determinar que sí lo es.
5. La falsedad de la hipótesis propuesta también tiene como fundamento el desarrollo histórico y dogmático del derecho empresarial, el cual que cuenta con un enfoque no solamente sobre las empresas sino a todo aquel que se relaciona con ellas, como los consumidores. Promoviendo que las empresas respeten los derechos de los consumidores, quienes cuentan con protección del Estado Peruano. Protección que, como se ha analizado, se contrapone a la libertad de contratar de

las empresas, eliminandose esta libertad para todos los proveedores, en defensa y protección de los consumidores o los consumidores expuestos frente a los potenciales actos de discriminación.

REFERENCIAS:

Bullard, A. (2006). *Derecho y Economía el análisis económico de las instituciones legales*. Lima, Perú: Palestra Editores S.A.C.

Cabrera Peña, K. (2011). El derecho de consumo. Desde la teoría clásica del contrato hasta los nuevos contratos. *Revista de Derecho Universidad del Norte Colombia*.

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5688040.pdf>

Carlos Branco. L. (2011). Libertad contractual y su funcionalización: orientación metodológica y lenguaje utilizados por la comisión elaboradora del código civil brasileño. *Vniversitas Pontificia Universidad Javeriana*.

<https://www.redalyc.org/pdf/825/82522608012.pdf>

Comisión de Protección y Defensa del Consumidor de la Oficina Regional del Indecopi de Puno. (20 de julio del 2021) Resolución Final N° 087-2021/CPC-INDECOPI-PUN. [Rodolfo Gilmar Chávez Salas].

Diez – Picazo, L. (2004). *Contrato y Libertad Contractual*. Lima, Perú: Revista de Derecho Themis.

https://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/themis/themis_049.pdf

Durand, J. (2007). *Tratado del Derecho del Consumidor en el Perú*. Lima, Perú: Editorial Universidad San Martín de Porres.

Durand, J. (2016). *El Código de Protección y Defensa del Consumidor, Retos y Desafíos para la Promoción de una Cultura de Consumo Responsable en el Perú*.

http://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/ulima/4590/Durand_Julio.pdf?sequence=3&isAllowed=y

Durand, J. (S/N). *Determinación del Derecho del Consumidor como Disciplina Jurídica Autónoma*. Lima, Perú: Derecho & Sociedad.

Echaiz-Moreno, D. (2012). El derecho del consumidor a la seguridad. *Ius Et Praxis*, 43(043), 105-124.

<https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2012.n043.329>

Eguiguren, F. (1997). *Principio de igualdad y derecho a la no discriminación*. Lima, Perú: Ius Et Veritas. Recuperado de:

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15730/16166>

Espinoza, J. (2010). *Primeras reflexiones a propósito del Código de Protección y Defensa del Consumidor*. Lima, Peru: Ius Et Veritas. Recuperado de:

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12116>

Fernández, M. y Valle, J. (2015). *Guía de investigación en derecho*. Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Gutierrez, W. (2006). *La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica S.A.

Hobbes, T. (2015). *La materia, forma y poder, de una República Eclesiástica y Civil. Leviatán*. Bogotá, Colombia. Editorial Skala.

Landa, C. (2021). *El derecho fundamental a la igualdad y no discriminación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú*. Lima, Perú: Pontificai Universidad Católica del Perú. Recuperado de:

https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002021000200071

Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor del Perú. *Diario Oficial El Peruano*. 16 de julio del 2010, Lima, Perú.

Ley N° 23403, Nuevo Código Civil. *Diario Oficial El Peruano*. 24 de julio de 1984, Lima, Perú.

Momberg, R. (2015). Análisis de los modelos de vinculación del código civil y la legislación de protección al consumidor. hacia un principio general de protección de la parte débil en el derecho privado. *Pontificia Universidad Católica de Chile*.

https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372016000200017&script=sci_abstract

Monateri, P. (2004). *Reformulando la Noción de Contrato: Hacia una visión antagónica del contrato*. Lima, Perú: Revista de Derecho Themis. Recuperado de:

https://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/themis/themis_049.pdf

Pagliantini, S. (2015). Una mirada a la protección contractual del consumidor en Italia. *Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia*.

<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/4129/4740>

Ramos Nuñez, C. (2007). *Como hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*. Lima, Perú: Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.

Rousseau, J. (1999). *El contrato social*. Barcelona, España: Edicomunicación S.A.

Thorne, J. (2010). *Las relaciones de consumo y los principios esenciales en protección y defensa del consumidor. Reflexiones en torno al proyecto del código de consumo*. Lima, Perú: Derecho & Sociedad. Recuperado de:

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13328/13955>

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, Sala Especializada en Protección al Consumidor. (14 de septiembre del 2021) Resolución N° 2397-2018/SPC-INDECOPI.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, Sala Especializada en Protección al Consumidor. (15 de enero del 2018) Resolución N° 0101-2018/SPC-INDECOPI.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, Sala Especializada en Protección al Consumidor. (24 de julio del 2019) Resolución N° 2025-2019/SPC-INDECOPI.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, Sala Especializada en Protección al Consumidor. (17 de enero del 2022). Resolución N° 077-2022/SPC-INDECOPI.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, Sala Especializada en Protección al Consumidor. (22 del agosto del 2023) Resolución N° 2278-2023/SPC-INDECOPI.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, Sala Especializada en Protección al Consumidor. (24 de enero del 2024) Resolución N° 0159-2024/SPC-INDECOPI.

Torres, A. (2001). *Acto jurídico*. Bogotá, Colombia: Editorial Nomos S.A.

Torres, A. (2012). *Teoría General del Contrato*. Lima, Perú: Pacífico Editores.

Torres y Torres Lara, C. (1983). El nuevo derecho de la empresa y la unificación del derecho civil y mercantil. *Ius Et Praxis*, 2(002), 51-58.

<https://doi.org/10.26439/iusetpraxis1983.n002.3272>

Vidal, J. (2007) *Acto jurídico*. Lima, Perú: Editorial El Búho E.I.R.L.