

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO

TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO DE LICENCIATURA EN DERECHO

**CONTRATOS “AIRBNB” COMO FORMA DE HOSPEDAJE EN COSTA
RICA: UNA APROXIMACIÓN AL RÉGIMEN JURÍDICO DE PROTECCIÓN AL
CONSUMIDOR APLICABLE A ESTA FORMA DE CONTRATACIÓN**

ANA PAULA DÍAZ RODRÍGUEZ

B12254

CIUDAD UNIVERSITARIA RODRIGO FACIO

DICIEMBRE, 2021



17 noviembre 2021
FD-2081-2021

Dra. Marcela Moreno Buján
Decana
Facultad de Derecho

Estimada señora:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), de la estudiante: Ana Paula Díaz Rodríguez, carné B12254, denominado: "Contratos "Airbnb" como forma de hospedaje en Costa Rica: "Una aproximación al régimen jurídico de protección al consumidor aplicable a esta forma de contratación" fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que indica: **"EL O LA ESTUDIANTE DEBERÁ ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DÍAS HÁBILES DE ANTICIPACIÓN A LA FECHA DE PRESENTACIÓN PÚBLICA"**.

Tribunal Examinador

Informante	Lic. Esp. Frank Álvarez Hernández
Presidente	MSc. William Bolaños Gamboa
Secretario	Dr. Abraham Balzer Molina
Miembro	Lic. Esp. Yang Chen Tien Wei
Miembro	MSc. Ilse Díaz Díaz

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **08 de diciembre 2021**, a las 7:00 p.m. de manera virtual.

Atentamente,


Ricardo Salas Porras
Director, Área Investigación

LCV
Cc: arch.



*Ciudad Universitaria Rodrigo Facio,
Lunes 8 de Noviembre de 2021.*

***Prof. D. Ricardo Salas Porras
Director del Área de Investigación
Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica
S. O.***

Estimado Director:

Hago de su conocimiento que he leído el texto del trabajo final de graduación, modalidad tesis, titulado “Contratos ‘Airbnb’ como forma de hospedaje en Costa Rica: una aproximación al régimen jurídico de protección al consumidor aplicable a esta forma de contratación”, de la postulante Srta. Dñ. Ana Paula Díaz Rodríguez, carné universitario B12254.

La señorita Díaz sí desarrolla, por una parte, los contenidos propuestos para la determinación de los elementos constitutivos y de ejercicio de los contratos Airbnb y de los efectos negociales regulares y patológicos identificados para las personas consumidoras. En segundo término, sí desarrolla los elementos normativos de protección (preventivos e indemnizatorios) que son otorgados a las personas consumidoras, en especial desde el punto de vista del ámbito de las contrataciones electrónica y adhesiva. Esto último evidencia un aporte a la cultura jurídica nacional y, específicamente, a las personas consumidoras de este tipo de contratación que, en su mayoría, es constitutiva de relaciones adhesivas.

Concluyo que el trabajo de la señorita Díaz sí reúne los requisitos para su defensa en sesión solemne y pública de réplica.

Atentamente,



***Prof. Frank Álvarez Hernández
Director de Tesis
Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica***

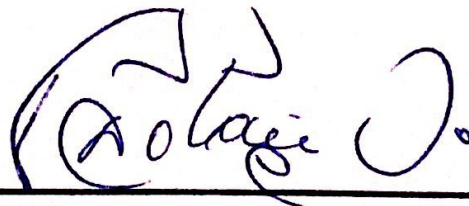
Señores,
Área de Investigación
Facultada de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimados señores:

Por este medio hago constar, en mi condición de Lector, que he leído y aprobado el trabajo final de graduación para optar el grado de Licenciatura en Derecho que propone la señorita Ana Paula Díaz Rodríguez, portadora del carné universitario B12254, titulado ***"Contratos "Airbnb" como forma de hospedaje en Costa Rica: una aproximación al Régimen Jurídico de protección al consumidor aplicable a esta forma de contratación"***.

Este trabajo cumple con los requisitos formales exigidos por el Área de Investigación, todo de conformidad con el reglamento de trabajos finales de graduación de la Universidad de Costa Rica.

Atentamente,



Msc. William Bolaños Gamboa
Lector de Tesis

San José, 14 de noviembre de 2021

Señores,
Área de Investigación
Facultada de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimados señores:

Por este medio hago constar, en mi condición de Lector, que he leído y aprobado el trabajo final de graduación para optar el grado de Licenciatura en Derecho que propone la señorita Ana Paula Díaz Rodríguez, portadora del carné universitario B12254, titulado ***“Contratos “Airbnb” como forma de hospedaje en Costa Rica: una aproximación al Régimen Jurídico de protección al consumidor aplicable a esta forma de contratación”***.

Este trabajo cumple con los requisitos formales exigidos por el Área de Investigación, todo de conformidad con el reglamento de trabajos finales de graduación de la Universidad de Costa Rica.

Atentamente,

ILSE MARY
DIAZ DIAZ
(FIRMA)

Firmado digitalmente por
ILSE MARY DIAZ
DIAZ (FIRMA)
Fecha: 2021.11.14
18:30:55 -06'00'

Msc. Ilse Mary Díaz Díaz
Lectora de Tesis

San José, 3 de noviembre de 2021

Doctor
Ricardo Salas Porras,
Director del Área de Investigación
Facultad de Derecho,
Universidad Costa Rica

Quien suscribe, en mi condición de filóloga, he leído y corregido el proyecto final de graduación, cuyo título es: **“Contratos “Airbnb” como forma de hospedaje en Costa Rica: una aproximación al Régimen Jurídico de Protección al Consumidor aplicable a esta forma de contratación”**, elaborado por la estudiante Ana Paula Díaz Rodríguez, quien opta por la licenciatura en Derecho de la Universidad de Costa Rica.

Hago constar que he revisado la tesis que se indicó antes en todos los aspectos relacionados con el lenguaje: ortografía, cohesión, coherencia y redacción: cacofonía, repeticiones, queísmos, dequeísmos, anfibología entre otros elementos; de manera que se ofrezca cadencia al texto y fluidez léxica.

Cordialmente,



Licda. Grettel Hernández Valdes
Carné 0166

GRETTEL DE LA
TRINIDAD
HERNANDEZ VALDES

Firmado digitalmente por
GRETTEL DE LA TRINIDAD
HERNANDEZ VALDES
Fecha: 2021.11.03 17:06:01
-06'00'

Dedicatoria

A mi familia: papi, mami, Ale, Charlie,
Celes y Boo, por ser mi roca y mi
brújula, por no dejarme caer, por ser mi
luz, mi alegría y mi motivación.

Por recordarme todos los días que
puedo, por creer en mi aun cuando yo
no lo hago.

A tío, mi estrella favorita en el
firmamento.

Agradecimientos

A Dios y María Auxiliadora, por traerme hasta aquí y guiarme en cada uno de mis pasos.

A los profesores Frank Álvarez, William Bolaños e Ilse Díaz, por su guía y apoyo durante todo este camino.

A papi, por darme los mejores consejos, por siempre apoyarme en cada paso que doy, por siempre ampararme y velar por mi bienestar. A mami, por ser mi apoyo, por todos los consejos, por tenerme tanta paciencia, escucharme y chinearme tanto. A los dos, gracias por todo y su amor infinito.

A Ale, por impulsarme, aconsejarme, ser mi ejemplo y mi referencia, por siempre creer en que puedo dar un paso más. A Charlie, por ser mi inspiración para disfrutar de mi profesión, quiero seguir su ejemplo e intentar ser la mejor en lo que hago. A Celes, por toda la ayuda, los consejos, el apoyo, por ser mi guía espiritual e impulsarme aun cuando me hacían falta fuerzas. A Tilu, por ser un ejemplo de mujer fuerte, y por siempre traerme buenas vibras. A Boo, por ser mi compañera leal en las noches de trabajo.

A don Luis Campos y don Ricardo Salas, por toda su ayuda tan amable y tan dispuesta durante este proceso.

Tabla de contenido

Dedicatoria.....	i
Agradecimientos.....	ii
Tabla de contenido.....	iii
Lista de cuadros.....	vi
Lista de abreviaturas.....	vii
Resumen.....	viii
Ficha bibliográfica.....	xi
Introducción.....	1
Justificación.....	1
Objetivos.....	2
Objetivo general.....	2
Objetivos específicos.....	2
Hipótesis.....	2
Metodología.....	3
Estructura.....	4
Capítulo I. Economía colaborativa y Airbnb.....	5
1.1. Sección I: Economía Colaborativa.....	5
1.2. Sección II: Plataformas digitales: caso Airbnb.....	17
1.3. Sección III: Airbnb en Costa Rica.....	24
Capítulo II. Turismo en Costa Rica.....	36
2.1. Sección I. Generalidades sobre el turismo.....	36
2.2. Sección II: Historia del Turismo en Costa Rica.....	40
2.3. Sección III: Nociones sobre turismo formal en Costa Rica.....	41
2.4. Sección IV: Nociones sobre turismo residencial.....	46
2.5. Sección V: Turismo colaborativo.....	49
Capítulo III. Teoría General de la Contratación Privada.....	54
3.1. Sección I: Teoría General de la Contratación Privada.....	54
3.2. El contrato, acto jurídico.....	54
3.2.1. Acuerdo de partes.....	55
3.2.2. Objeto relativo a la producción de efectos jurídicos.....	56
3.2.3. Naturaleza patrimonial.....	56
3.3. Libertad contractual como Derecho Constitucional.....	56
3.4. Elementos del contrato.....	58
3.4.1. Elementos esenciales o subjetivos.....	59
3.4.1.1. Capacidad de contratar.....	59
3.4.1.2. Consentimiento o voluntad.....	61
3.4.1.3. El objeto lícito y posible.....	63
3.4.1.4. Causa justa.....	64

3.4.1.5. La forma	64
3.4.2. Elementos accidentales de los contratos específicos	65
3.4.3. Elementos naturales de los contratos especiales	66
3.4.4. Elementos objetivos del contrato	66
3.4.4.1. Posibilidad	66
3.4.4.2. Licitud	67
3.4.4.3. Determinabilidad	67
3.4.4.4. Valorabilidad	67
3.4.5. Invalidez de los contratos	68
3.4.6. Formación del contrato	70
3.4.6.1. Acuerdo de voluntades	70
3.4.6.2. La oferta del contrato	70
3.4.6.3. Características de la oferta o propuesta	70
3.4.6.4. La aceptación de la oferta	72
3.4.6.5. Conclusión del contrato: momento y lugar de la formación del contrato	73
3.4.7. Clasificación de los contratos	76
3.4.7.1. Regulaciones sobre las cláusulas abusivas	83
3.4.7.2. Tipos de cláusulas abusivas	84
Capítulo IV. La contratación electrónica: aspectos aplicables al contrato de Airbnb	86
4.1. Sección I: Generalidades del comercio electrónico	86
4.1.1. Definición de comercio electrónico	86
4.1.2. Clasificación del comercio electrónico	89
4.1.3. Principios del Comercio Electrónico	94
4.1.4. Normativa Internacional sobre comercio electrónico	99
4.1.4.1. Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Comercio Electrónico	99
4.1.4.2. Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Firmas Electrónicas	101
4.1.4.3. Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales	101
4.2. Sección II: Contratación electrónica	103
4.2.1. Noción del contrato electrónico	103
4.2.2. Naturaleza del Contrato Electrónico	104
4.2.3. Características de la contratación electrónica	105
4.2.4. Garantías	112
4.2.5. Medios de prueba	113
4.2.6. Validez de los contratos electrónicos	114
4.2.7. Requisitos del contrato electrónico	115
4.2.7.1. Elementos del contrato electrónico	116
4.2.8. Jurisdicción aplicable	121
4.2.9. Cláusulas abusivas	124
4.2.10. Formación del contrato electrónico	125
4.2.11. La contratación tradicional en comparación a la contratación electrónica	132

Capítulo V. Derecho del consumidor aplicable a contratos celebrados con la plataforma Airbnb.....	137
5.1. Sección I: Generalidades sobre el derecho del consumidor.....	137
5.2. Naturaleza jurídica del derecho del consumidor	137
5.3. Concepto de consumidor	141
5.3.1. Concepto general	141
5.3.2. Consumidor internacional	146
5.3.3. Consumidor electrónico	148
5.3.4. Consumidor turista	150
5.4. Derechos del consumidor en la contratación electrónica.....	151
5.4.1. Fase pre-contractual	151
5.4.2. Fase post-contractual.....	156
5.5. Sección II: Regulación del derecho del consumidor en la legislación costarricense aplicable a los contratos de Airbnb	159
Conclusiones.....	187
Bibliografía.....	197

Lista de cuadros

Cuadro 1 Requisitos para el contrato turístico	43
Cuadro 2 Empresas que pueden optar por este contrato	46
Cuadro 3 Comercio electrónico y comercio tradicional	87

Tabla de abreviaturas

Instituto Costarricense de Turismo	ICT
Ley Marco para la Regularización del Hospedaje no Tradicional	Ley Marco

Resumen

Este trabajo se justifica en el análisis de la normativa de defensa del consumidor y la Ley Marco para la Regularización del Hospedaje no Tradicional, por medio de plataformas digitales en Costa Rica, se analiza si este marco legal es suficiente para la protección del consumidor turista que utiliza los servicios de la plataforma Airbnb dentro del territorio costarricense.

Se elige esta plataforma digital de hospedaje ya que es una de las más importantes, tanto a nivel nacional como internacional, y al ser Costa Rica un destino turístico por excelencia, se considera prudente estudiar la normativa aplicable a este tipo de contratación. Además, se hará un análisis de la Teoría General del contrato y los preceptos de esta aplicables a la contratación electrónica, fenómeno que tiene gran relevancia actualmente dentro del mercado internacional.

La hipótesis de este trabajo es “La Ley marco para la regularización del hospedaje no tradicional y su intermediación, por medio de plataformas digitales, no es conforme con la realidad de las plataformas digitales de hospedaje y su regulación en materia de defensa del consumidor”. El objetivo general de esta investigación es analizar el régimen jurídico de protección del consumidor, aplicable a la contratación de “Airbnb” en Costa Rica.

Por otro lado, la metodología que se utilizará en este trabajo es el método sistemático, con el fin de recopilar la información necesaria para el desarrollo de cada capítulo. Además, se recurrirá al método histórico, con el fin de analizar un estudio histórico del turismo en Costa Rica.

Para el desarrollo capitular, se utilizará el método sistemático y el deductivo, mediante el cual se definirá terminología pertinente; en ese sentido, se parte de un concepto general para llegar a uno más específico. Igualmente, se recurrirá al método inductivo y analítico; pues se pretende analizar una figura general aplicado a la legislación costarricense. Se utilizará finalmente, el método analítico con el fin de investigar la normativa aplicable a los contratos de Airbnb. Las conclusiones más importantes de esta investigación son:

Dentro de las conclusiones más importantes destaca que desde la promulgación de la Ley Marco para la Regularización del Hospedaje no Tradicional por medio de plataformas digitales, Costa Rica cuenta con la regulación de este tipo de plataformas, lo cual genera una igualdad de condiciones entre el sector turístico formal y el sector de turismo colaborativo.

En el 2017, se dio un gran avance en materia de los derechos de los consumidores, con la promulgación del Capítulo X del Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor n.º 7472, n.º 37899-MEIC, en la cual se incorpora la protección al consumidor electrónico.

El punto más importante incorporado fue el reconocimiento del principio de equivalencia, según el cual las manifestaciones de voluntad que se realicen mediante medios electrónicos tendrán la misma validez que las manifestaciones que se generen tradicionalmente. Además, se presenta la regulación del principio *contra proferentem*, el cual propone que las condiciones generales ambiguas de los contratos deben interpretarse en favor del consumidor.

Igualmente, se le otorga relevancia al derecho a la información que tienen los consumidores, porque se establece como un derecho fundamental e irrenunciable de los consumidores el acceso a la información veraz y oportuna con las especificaciones de los bienes o los servicios.

Ficha bibliográfica

Díaz Rodríguez, Ana Paula. *Contratos “Airbnb” como forma de hospedaje en Costa Rica: una aproximación al régimen jurídico de protección al consumidor aplicable a esta forma de contratación*. Tesis de licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2021. xi y 207.

Director: Lic. Esp. Frank Álvarez Hernández.

Palabras claves: plataforma digital, Airbnb, turismo colaborativo, derechos del consumidor, contrato electrónico.

Introducción

El interés por realizar la presente investigación nace de la popularidad de la plataforma de hospedaje Airbnb.

El fenómeno de la globalización ha generado un cambio en el comercio y la contratación mundial, lo cual ha generado el nacimiento de plataformas colaborativas como Airbnb y estas permiten a los consumidores alrededor del mundo contratar de manera ágil y expedita un lugar para hospedarse y hacer turismo en cualquier país de su elección.

Actualmente, “Airbnb” cuenta con una gran cantidad de consumidores en el mercado costarricense; son muchas las personas tanto usuarios como anfitriones, quienes se suman día a día al uso de esta plataforma, la cual constituye no solo una facilidad de hospedaje, sino una fuente de ingresos para muchos ciudadanos costarricenses, en lo que podría considerarse un sector informal del turismo.

La presencia de estas plataformas ha revolucionado los mercados turísticos, lo que genera una necesidad por regular los derechos de los consumidores que utilizan estos servicios.

Ahora bien, el consumidor en este caso turista, al estar alejado de su domicilio regular e incluso encontrarse en una jurisdicción que le es ajena, se encuentra en una situación de vulnerabilidad aún más delicada que la de un consumidor de algún otro bien o servicio.

Al ser un servicio tan utilizado en Costa Rica, se considera necesario analizar la legislación aplicable a este tipo de contrato; además de la normativa existente para defender los derechos de los consumidores electrónicos.

Por otro lado, es importante realizar la distinción entre la contratación convencional y la electrónica, con el fin de reconocer los principios y los procedimientos para formalizar el contrato de Airbnb.

Por lo anterior, surge la necesidad de realizar un análisis sobre los contratos de adhesión y el tratamiento que se le otorga a estos temas dentro de la legislación costarricense.

Se debe analizar también la Ley Marco para la regularización del hospedaje no tradicional y su intermediación a través de plataformas digitales, la cual nació como respuesta al fenómeno de la era digital, la globalización y los cambios en los esquemas de hospedaje turístico que se han presentado en los últimos años.

Por todo lo anterior, en este trabajo se analizará la modalidad de contratación electrónica, aplicada a los contratos de Airbnb, desde la óptica de la defensa de los derechos del consumidor.

El **objetivo general** de la presente investigación es analizar el régimen jurídico de protección del consumidor aplicable a la contratación de “Airbnb” en Costa Rica.

Para poder desarrollar el objetivo general, se establecieron los siguientes **objetivos específicos**:

1. Describir el concepto de “plataforma colaborativa digital” para entender el funcionamiento de “Airbnb”.
2. Explicar la figura de turismo informal y turismo residencial, como actividad económica, dentro de la realidad costarricense.
3. Analizar la noción de “contratación electrónica” para visualizar aspectos aplicables a la figura de “Airbnb”.
4. Identificar el régimen jurídico costarricense de protección al consumidor concerniente a contratos de hospedaje, específicamente aplicables a la plataforma de hospedaje “Airbnb”.

La hipótesis para la investigación es la Ley Marco para la regularización del hospedaje no tradicional (Ley Marco) y su intermediación por medio de plataformas

digitales, la cual no es conforme con la realidad de las plataformas digitales de hospedaje y su regulación en materia de defensa del consumidor.

La investigación se realizará mediante distintos tipos de **metodología**, la cual se detallará a continuación.

Debido a que en la presente investigación se pretende analizar el estado actual del marco jurídico regulatorio respecto a los derechos y las obligaciones del consumidor aplicable a la plataforma “Airbnb” en Costa Rica, resulta necesario establecer una serie de tareas específicas, por medio de las cuales se recopilará la información pertinente para lograr este objetivo.

Como primera etapa, se procederá a recopilar y documentar la información necesaria para el desarrollo de cada capítulo, para lo cual se recurrirá al método sistemático. Seguidamente, se analizará la información y una vez todos los datos estén examinados, se procederá con el desarrollo capitular.

Igualmente, para el desarrollo de la ubicación histórica del desarrollo del turismo en Costa Rica y la historia de la plataforma de Airbnb en Costa Rica, se utilizará el método histórico; pues se analizará el pasado de estos temas para entender la situación actual.

Para el desarrollo del primer capítulo se hará uso del método sistemático, como proceso para recopilar toda la información y los datos pertinentes; asimismo, se empleará el método deductivo, mediante el cual se describirá el término “plataforma colaborativa digital”, con el fin de comprender así su funcionamiento, entonces se parte de un concepto general para llegar a conceptos más específicos.

Para el segundo y con el objetivo de analizar la figura del turismo informal, residencial y colaborativo, se recurrirá al método inductivo y el analítico; pues se pretende analizar las figuras anteriormente mencionadas y su regulación dentro de la legislación costarricense.

En el tercer y cuarto capítulo, con el fin de analizar la teoría de la contratación tradicional y la electrónica, se recurrirá al método inductivo y el analítico; pues se pretende analizar las figuras anteriormente mencionadas y su normativa dentro de la legislación costarricense. Finalmente, en el desarrollo del quinto capítulo, con el fin de analizar el régimen jurídico de protección al consumidor concerniente a los contratos de “Airbnb”, se utilizará el método analítico, por medio del examen de la normativa costarricense concerniente a los derechos de los consumidores, para así analizar su relación y su posible aplicabilidad a la plataforma ya mencionada anteriormente.

La **estructura** de este trabajo se compone de cinco capítulos, cada uno con diferentes secciones. En el capítulo I, se desarrollan los temas de la economía colaborativa y las plataformas digitales, y se divide en secciones: Sección I. Economía colaborativa; Sección II. Plataformas digitales: caso Airbnb; Sección III. Airbnb en Costa Rica.

El Capítulo II, se basa en el turismo en Costa Rica e igualmente se divide en secciones, las cuales son: Sección I. Generalidades sobre el turismo; Sección II. Historia del Turismo en Costa Rica; Sección III. Nociones sobre turismo formal en Costa Rica; Sección IV. Nociones sobre turismo residencial; Sección V. Turismo colaborativo. El Capítulo III, trata sobre la Teoría General de la Contratación Privada, con una única parte: Sección I. Teoría General de la Contratación Privada.

El Capítulo IV, se refiere a la contratación electrónica y los aspectos que aplican al contrato de Airbnb, al igual que los capítulos anteriores, sus secciones son: Sección I. Generalidades del comercio electrónico y Sección II. Contratación electrónica.

El Capítulo V, alude a los derechos del consumidor aplicable a contratos celebrados con la plataforma Airbnb, y se divide en dos secciones: Sección I. Generalidades sobre el derecho del consumidor; Sección II. Regulación del derecho del consumidor en la legislación costarricense aplicable a los contratos de Airbnb.

Capítulo I. Economía colaborativa y Airbnb

Las plataformas colaborativas son una herramienta utilizada dentro del modelo conocido como economía colaborativa, la cual ha contribuido a generar empleo y crecimiento económico, principalmente para un sector joven de la población. Este modelo, además, contribuye día tras día a la competitividad, ofrece más variedad, mejores precios, innovación y mejor servicio.

Airbnb, se cataloga como una plataforma colaborativa; por lo tanto, es relevante ahondar en este tema, para obtener una mejor comprensión sobre el objeto de estudio de la presente investigación.

1.1. Sección I, Economía colaborativa

La economía colaborativa¹, “como su nombre lo indica es un modelo de negocio centrado en la colaboración y la ayuda mutua, en donde los servicios son considerados bienes de intercambio”.²

Este fenómeno se cree que nace alrededor de 2007, con la publicación de varios artículos, entre ellos “*Collaborative Consumption*”, del autor Ray Algar, esto se popularizó gracias a los libros “*What’s Mine is Yours: The Rise of Collaborative Consumption*” de Rachel Bostman y Roo Rogers o “*The Zero Marginal Cost Society: the Internet of Things, the Collaborative Commons and the Eclipse of Capitalism*” de Jeremy Rifkin, lo cierto es que, en puridad, el fenómeno es mucho más antiguo.

En el Informe sobre Economía Colaborativa: Grupo de Políticas Públicas y Regulación, elaborado por la Asociación española de ingenieros en telecomunicación, se afirma que en la antigüedad el ser humano realizaba trueques

¹ La economía colaborativa también se conoce como modelo *Peer to Peer* (P2P).

² Medrano, María Luisa y Aza, Marcos. «Economía Colaborativa, oportunidades Disruptivas». *Revista de Estudios de Juventud* 118, (2017): 15, consultado el 2 de febrero, 2020, http://www.injuve.es/sites/default/files/2018/29/publicaciones/revista_completa_injuve_118.pdf

de servicios o productos, lo cual se ha mantenido en comunidades con crisis económicas³.

Además, a partir de los años 60 con las filosofías comunitarias y ecologistas, se popularizaron relaciones económicas basadas en compartir e intercambiar bienes que se necesitaban. Esto se llevaba a cabo en comunidades pequeñas y generalmente marginadas.

En los años 70 y por la crisis petrolera, se experimentan las primeras prácticas de economía colaborativa, principalmente en el continente americano. En 1975, aparece el “*Useful Service Exchange*”, creado por un joven estadounidense, lo que “consistía en un mercado de bienes y servicios entre particulares, donde se sustituía la moneda de curso legal por una unidad de pago basada en el tiempo”⁴. Esta práctica se repitió en Canadá, este fenómeno se le conoce como “*Community Exchange*”.

Este sistema se extiende entonces a otros lugares de América del Norte, luego por el resto del mundo, se le considera como el primer ejemplo de economía colaborativa que se conocerá como “LETS” (*Local Exchange Trading System* o Sistema Local de Intercambio Comercial). Estos sistemas se caracterizan por el uso de una moneda paralela (*Green Dollar*), y además utilizan tecnologías de la información, con el interés de extenderse universalmente. Con esta iniciativa se desarrolla un “software”⁵ que permite implementar sistemas “LETS” en cualquier parte del mundo y se crea una empresa llamada, Landsman Ltd., con el objetivo de extenderse en otros lugares.

En los años 80, se crean los bancos de tiempo, los cuales nacieron en Gran Bretaña, dada la crisis económica de esta época. Los bancos de tiempo es una idea “de ofrecer un servicio a cambio de unidades de tiempo, es decir, únicamente se

³ Colegio oficial de ingenieros en telecomunicación. «Informe sobre Economía Colaborativa: Grupo de Políticas Públicas y Regulación», Madrid. 2016, <https://www.coit.es/categoria-de-recurso/publicaciones-del-grupo-de-politicas-publicas-y-regulacion-0> (último acceso: 2 de febrero de 2020).

⁴ *Ibid.*

⁵ Conjunto de programas, instrucciones y reglas informáticas que permiten ejecutar distintas tareas en una computadora.

contabiliza el tiempo invertido en el servicio prestado para acumular esa ganancia en la cuenta de la persona que lo presta y que podrá canjear después para recibir otra prestación”⁶.

Es decir, en los bancos de tiempo, una persona que participa en ellos ofrece sus conocimientos o sus habilidades para ayudar a alguien que los necesite o se beneficie de estos, y a la vez, esa persona también se beneficia de la colaboración de otro participante.

Fuera de pequeñas comunidades empiezan a aparecer iniciativas para utilizar conocimiento común, para crear bienes de uso general, como lo es el sistema Linux⁷, garantizando a los usuarios la libertad de usar, estudiar, compartir, y modificar el “software”⁸.

En los años 90, aparecen nuevas iniciativas, tales como Ebay⁹ y Craigslist¹⁰, emplean una base tecnológica para “poner en contacto a diferentes consumidores para que ofrezcan sus servicios o sus bienes a disposición de otras personas mediante un mecanismo de compra-venta”.¹¹

En el 2004 aparece la plataforma *Couchsurfing*¹² como una empresa sin ánimo de lucro, se convierte en una compañía comercial. *Couchsurfing* ofrece sus servicios en redes sociales, alojamiento en casa de terceros, junto con la organización de actividades.

⁶ Martínez Alonso, Sonia. «Blog INESEM». *¿Sabemos qué es y cómo funciona un Banco de Tiempo?* 2016. consultado el 5 de febrero de 2020, <https://revistadigital.inesem.es/educacion-sociedad/sabemos-que-es-y-como-funciona-un-banco-de-tiempo/> (último acceso: 5 de febrero de 2020).

⁷ Sistema operativo de tipo Unix, multiplataforma, multiusuario y multitarea; conocido por ser uno de los ejemplos más prominentes de software libre, donde todo su código puede ser utilizado, modificado, y redistribuido libremente por cualquiera, bajo los términos de la licencia GPL (Licencia Pública General de GNU).

⁸ Sonia Martínez, *ídem*.

⁹ Ebay es un sitio de internet cuyo propósito principal es la venta de productos a través de internet, en donde se aplica el método de la subasta para su realización, es uno de los primeros sitios en incursionar en este tipo de mercado; sin embargo, no se deja de lado las ventas convencionales con un precio ya establecido.

¹⁰ Es una página web que proporciona anuncios clasificados y cuenta con secciones dedicadas totalmente al empleo. Está orientada a personas que viven alrededor del mundo, se permite la publicación de bienes para vender. Cuenta con diferentes categorías, lo cual genera la búsqueda personalizada.

¹¹ Colegio oficial de ingenieros en telecomunicación, *ídem*.

¹² *Couchsurfing* es una plataforma que conecta viajeros con una red de personas dispuestas a compartir su hogar a cambio de nuevas experiencias, lo cual crea una verdadera experiencia social.

En el 2008 nace “Airbnb” y ofrece alojamiento a terceros en casas particulares, se cobra una comisión por el intermediario y una tarifa para el dueño del alojamiento, es uno de los modelos más exitosos del fenómeno de economía colaborativa actualmente.

En Europa aparece “BlaBlaCar”¹³ y en el 2009, nace “Uber”¹⁴ como una de las plataformas más relevantes de la economía colaborativa.

Además de los ejemplos mencionados anteriormente, surgen plataformas orientadas al “*crowdfunding*”¹⁵, como “*Kickstarter*”¹⁶, siendo este el inicio de un mecanismo financiero asociado a la economía colaborativa. Por otro lado, en el campo del conocimiento compartido, en el 2001, nace “Wikipedia” y se convierte en el sinónimo global de conocimiento.

Los antecedentes que ya fueron mencionados abrieron la puerta a nuevas iniciativas empresariales dentro del fenómeno de la economía colaborativa, esto plantea un reto en la actualidad sobre la regulación de este fenómeno alrededor del mundo.

La Comisión Europea afirma que este modelo económico facilita las actividades recurriendo a plataformas colaborativas, las cuales crean un mercado tanto de mercancías como de servicios ofrecidos por terceros particulares. El objeto principal de la colaboración en este modelo económico es facilitar el acceso a

¹³ *Blablacar* es un servicio francés de vehículo compartido que hace posible que las personas que quieren desplazarse al mismo lugar, al mismo tiempo, puedan organizarse para viajar juntos. Permite compartir los gastos puntuales del viaje (combustible y peajes) y también evitar la emisión extra de gases de efecto invernadero, al permitir una mayor eficiencia energética en el uso de cada vehículo

¹⁴ Uber es una empresa de tecnología que utiliza su aplicación, para los usuarios que necesitan transporte lo consiguen fácilmente, para ello encuentran socios conductores que ofrecen este servicio. Uber ofrece una opción más para moverse por la ciudad, con más estilo, seguridad y comodidad que nunca, tiene presencia en más de 310 ciudades alrededor del mundo.

¹⁵ *Crowdfunding* es el término inglés para referirse a financiación colectiva; es decir, a un grupo de personas que apoyan económicamente un proyecto. Este sistema trata de ayudar a los proyectos desde su comunidad, ofrecerle herramientas para llegar a ella y los sueños se puedan hacer realidad.

¹⁶ *Kickstarter* es una plataforma de financiamiento para proyectos creativos de todo tipo, desde películas, juegos y música hasta arte, diseño y tecnología. El creador de cada proyecto fija una meta y un plazo de financiamiento. Si a la gente le gusta el proyecto, puede contribuir con dinero para hacerlo realidad. Si el proyecto alcanza su meta de financiamiento, se realizará el cargo a las tarjetas de crédito de los patrocinadores cuando finalice el plazo. El financiamiento en *Kickstarter* es todo o nada si el proyecto no alcanza su meta de financiamiento en el plazo determinado, no se realiza ningún cargo. Si un proyecto se financia con éxito, *Kickstarter* deducirá una comisión del 5 % de los fondos recaudados.

bienes y servicios para satisfacer las necesidades de los usuarios sin tener que ser propietarios.

La economía colaborativa se basa en prestar, alquilar, comprar o vender productos de acuerdo con las necesidades de los usuarios y, en segundo plano, deja los beneficios económicos que nacen de estas transacciones¹⁷; es decir, este modelo se fundamenta en el valor de uso de los bienes o los servicios, más que en su precio o valor de cambio, lo cual incrementa la mutua cooperación y el bienestar de la población.

A la par de lo anterior, la economía colaborativa trata de minimizar el consumo excesivo e impone la idea del uso de bienes para intercambiar o alquilar con el fin de sustituir el principio de la compra de bienes innecesarios, mediante el uso de las plataformas digitales colaborativas. De acuerdo con lo anterior el modelo de economía colaborativa:

Lejos de basarse en la acumulación de la posesión (cuanto más y de más cosas, mejor), se soporta e incita la especialización y/o minimización de los bienes propios, poniendo los mismos a disposición de otros usuarios, vía un intercambio, sea este o no monetario, lo cual abre las puertas a uno de los principales fenómenos de la transformación de la economía clásica en economía digital.¹⁸

Este modelo se fundamenta en cuatro pilares, los cuales son:

- Transacciones que reducen los costos de “poseer”: el acceso a bienes, productos y servicios se realiza en un proceso en el que se puede mitigar los costos asociados a la propiedad. Los usuarios se interesan en alquilar y compartir bienes, en este modelo “lo mío es tuyo”.
- Mayor interacción social: se ha fortalecido un intercambio horizontal entre pares, empoderando a los consumidores y, al mismo tiempo, se robustece el concepto de comunidad.

¹⁷ Irigaray García de la Serrana, Jorge. «Blog EAE Business School». *¿Qué es la economía colaborativa y cuáles son sus beneficios?* 9 de abril de 2020, , <https://retos-directivos.eae.es/que-es-la-economia-colaborativa-y-cuales-son-sus-beneficios/> (último acceso: 10 de mayo de 2020).

¹⁸ Medrano y Aza, *op.cit.*

- Democratización: gracias a la economía colaborativa se han creado nuevas formas de emprender; los gobiernos, empresas y la ciudadanía han empezado a buscar más opciones para el desarrollo socioeconómico.
- Plataformas digitales que conectan oferta y demanda: este es el pilar más importante para la presente investigación. Los modelos de economía colaborativa están alojados en plataformas digitales que permiten conectar dinámicamente y en tiempo real la oferta y la demanda.¹⁹

Ahora bien, es fundamental diferenciar entre economía colaborativa y la economía bajo demanda, esta última se puede definir como cualquier actividad que suponga una relación comercial entre usuarios y un profesional que presta el servicio; hay una contraprestación económica y, por lo tanto, existe ánimo de lucro. En esta categoría se pueden ubicar, por ejemplo, los servicios de reparto de alimentos a domicilio²⁰. Se puede decir entonces, que la economía bajo demanda son “aquellos modelos de consumo y provisión de servicios que se basan en la intermediación entre la oferta y la demanda generada habitualmente de profesional a consumidor”²¹.

De acuerdo con las definiciones anteriores, se puede afirmar que las diferencias entre ambos modelos serían los servicios, en la economía bajo demanda se prestan de acuerdo con las preferencias del consumidor; mientras, en la economía colaborativa, las preferencias del consumidor nacen de quien ofrece el bien o servicio, y resultan más consensuadas. Además, en la economía bajo

¹⁹ Gutiérrez, María y Máñez, Guillermo. «Informe especial. Matchmaking: el surgimiento de la economía colaborativa». Madrid, 2016, 4. , https://ideas.llorenteycuenca.com/wp-content/uploads/sites/5/2016/03/160315_DI_informe_economia_colaborativa_ESP1.pdf (último acceso: el 12 de febrero de 2020)

²⁰ CaixaBankla. «Blog de CaixaBank». *¿En qué se diferencian la economía colaborativa, bajo demanda y de acceso?* 11 de setiembre de 2017. <https://blog.caixabank.es/blogcaixabank/en-que-se-diferencian-la-economia-colaborativa-bajo-demanda-y-de-acceso/> (último acceso: 12 de febrero de 2020).

²¹ Quintero Quintero, Juan David. «Plataformas digitales de economía colaborativa y su impacto en el mercado tradicional de servicios: caso Uber Colombia». Universidad Cooperativa de Colombia. Tesis de grado en Comercio Internacional. 2019, 5. https://repository.ucc.edu.co/bitstream/20.500.12494/14019/1/2019_impacto_plataformas_digitales.pdf (último acceso: 15 de febrero de 2020),

demanda, un profesional presta los bienes o servicios; en cambio, en la economía colaborativa, un particular es quien los brinda.

Igualmente, es importante diferenciar entre servicios profesionales y servicios *peer to peer*²²; en el caso de los primeros se pueden definir como aquellos prestados a cambio de una remuneración; mientras que los servicios entre particulares tienen por objeto compensar los gastos realizados por el prestador de servicios.²³

De acuerdo con lo anterior, es indispensable comprender a qué se refiere el término “profesional” mencionado previamente. Se puede definir profesional como “aquella persona que trabaja en un área laboral específica y especializada, cuyo conocimiento ha adquirido por medio de la instrucción universitaria”.²⁴

De lo anterior, entonces se deriva el término de servicios profesionales, el cual se puede definir como “la relación que se genera entre dos personas, una que presta servicios a favor de otra pero que, en lugar de ser laboral, es mercantil, al no estar presente el elemento de la subordinación jurídica, es decir, la facultad del patrono de ejercer, frente al profesional, facultades de mando, o dirección”²⁵. Se tiene además que, “el concepto de servicios profesionales al tener por objeto una o varias actividades concretas, excluye la posibilidad de la subordinación jurídica. Además, en los contratos de servicios profesionales no se posibilita el pago de ningún emolumento que no sean honorarios”²⁶.

De acuerdo con las definiciones anteriores, se puede afirmar que cuando se menciona que las personas profesionales prestan los bienes o los servicios en la

²² *Peer to peer* (P2P): una red entre pares o iguales, que permite intercambiar información o recursos a través de la tecnología

²³ García Montoro, Lourdes. «Agenda Europea para la economía colaborativa». *Revista CESCO de Derecho de Consumo* 18 (2016): 109, , <https://revista.uclm.es/index.php/cesco> (último acceso: 20 de febrero de 2020).

²⁴ Significados.com. *Qué es Profesional*. 2020. <https://www.significados.com/profesional/> (último acceso: 23 de febrero de 2020).

²⁵ Centro de Información Jurídica en Línea. «Contrato laboral y por servicios profesionales». *Universidad de Costa Rica*, s.f. 2. <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/portal/descargar.php?q=Mzky> (último acceso: consultado el 23 de febrero de 2020).

²⁶ Contraloría General de la República. «Oficio n.º 06613» 12 de junio de 2017. https://cgrfiles.cgr.go.cr/publico/docs_cgr/2017/SIGYD_D_2017007560.pdf (consultado el 25 de febrero de 2020).

economía bajo demanda, se refiere al hecho de que los servicios los ofrecen personas calificadas que tienen conocimiento sobre el servicio que otorgan, tienen conocimientos técnicos y, estos servicios los ofrecen en la mayoría personas que han estudiado y se han preparado sobre los servicios que brindan.

En ese sentido, resulta necesario mencionar que, para ambos modelos, la plataforma digital cumple la función de intermediario o prestador de servicios, esto se analizará más a fondo en el siguiente apartado de esta investigación.

El concepto de economía colaborativa puede homologarse con el concepto de consumo colaborativo, de acuerdo con la opinión de Guillermo Maynéz y María Gutiérrez (2016), existen tres sistemas de economía colaborativas y son los siguientes:

1. Sistema basado en la producción: el cual el usuario paga “por el beneficio de usar un producto sin necesidad de comprarlo y poseerlo, es decir, quien necesita un bien puede hacer uso de éste dando en contraprestación un monto económico, sin que cambie el propietario de la propiedad.”²⁷
2. Sistema fundamentado en los mercados de distribución: significa que los bienes ya sean nuevos o usados se consideran innecesarios, se distribuyen a personas que sí los necesiten. Esto puede realizarse de manera gratuita, intercambio o venta.
3. Sistema basado en estilos de vida colaborativos: hace referencia a que personas que tengan intereses comunes pueden compartir o intercambiar bienes no materiales tangibles o menos tangibles (tiempo, espacio, habilidades, entre otros).

Respecto al modelo de economía colaborativa, se puede afirmar que este modelo tiene tres partícipes y son los siguientes:

²⁷ Gutiérrez y Máynez, *op. cit.*, 4.

- Prestadores de servicios: quien presta un servicio a alguien que lo necesita.
- Usuarios: son quienes utilizan el servicio prestado.
- Intermediarios: quien actúa relacionando al prestador de servicios con los usuarios.

Estos componentes de la relación de servicio o consumo, realizan las transacciones mediante las plataformas colaborativas o en línea, las cuales por lo general no implican un cambio de propiedad y pueden realizarse con o sin ánimo de lucro.

Es importante mencionar que, existen varios tipos de relaciones entre los usuarios, lo cual desemboca en diferentes tipos de economía colaborativa:

- Consumo colaborativo: se utilizan las plataformas colaborativas para poner en contacto a los usuarios para intercambiar bienes o servicios, estos pueden suministrarse de forma gratuita.
- Conocimiento abierto: modalidad que utiliza plataformas informáticas para promover la difusión del conocimiento sin barreras legales o administrativas.
- Producción colaborativa: redes en donde mediante la interacción digital se promueven los proyectos o servicios de cualquier tipo.
- Finanzas colaborativas: los usuarios satisfacen sus necesidades a través de fuentes de financiamiento alternativas a la bancaria, tales como: microcréditos, *crowdfunding*, préstamos o donaciones.

De acuerdo con esta categorización, se puede afirmar que la plataforma “Airbnb” se clasifica como consumo colaborativo, en la cual los usuarios utilizan la plataforma digital para hacer uso de un servicio, en este caso específico el alquiler de una habitación o casa, que se adapte a sus necesidades específicas y a su presupuesto.

Finalmente, es oportuno destacar que Airbnb ofrece el servicio de alojamiento de pago y se “ponen en contacto personas que quieren hacer uso de una vivienda o una habitación con personas que ofrecen su casa a cambio de un beneficio económico”.²⁸

El anfitrión es el encargado de publicar la oferta, y el demandante elige entre las ofertas y realiza el desembolso correspondiente. En algunas ocasiones la propia plataforma cobra una pequeña comisión por la transacción, que es asumida o por el propietario o por el demandante.²⁹

Dada la naturaleza de esta investigación, es importante destacar que dentro de las ventajas que presenta el consumo colaborativo se puede enunciar las siguientes³⁰:

- Ahorro: los servicios y bienes ofrecidos tienen precios más económicos.
- Gestión de recursos: este modelo económico, como ya se ha mencionado, parte del principio de compartir recursos.
- Desarrollo sostenible: la economía colaborativa estimula que los bienes se utilicen más de una vez y tratan de crear conciencia sobre el consumo moderado.
- Mayor oferta: los productos y los servicios con un segundo uso o compartidos amplían la oferta de los mercados tradicionales.
- Beneficio medioambiental: la reutilización y los servicios compartidos son una forma de contribuir con el ambiente.

²⁸ Economía colaborativa. «Economía colaborativa en España». s.f. <https://economiecolaborativaenespana.wordpress.com/2018/05/18/economia-colaborativa-en-espana/> (último acceso: 28 de febrero de 2020).

²⁹ Pérez, María del Mar; Rodríguez, Rocío; Svensso, Göran. «Modelos de negocio en la economía colaborativa: síntesis y sugerencias». *Revista Esic Market Economics and Business Journal* 2 n.º 266 (2017). https://www.esic.edu/documentos/revistas/esicmk/180112_120102_E.pdf (último acceso: el 28 de febrero de 2020).

³⁰ Pérez, María del Mar; Rodríguez, Rocío; Svensso, Göran, *op. cit.*

La autora Sonia Diez (2015) menciona que, aunque la economía colaborativa presente innumerables ventajas, tiene una contraparte negativa, lo cual se ve reflejado en los siguientes aspectos:

- Falta de regulación y competencia desleal: en muchas legislaciones a nivel mundial no existe una regulación concreta, esto produce que la desigualdad de condiciones entre los sectores tradicionales y las plataformas de economía colaborativa resulten notables.
- Monopolios: puede generar monopolios en los que los beneficios que antes era para muchos ahora solo permanezcan en manos de unos pocos, lo cual puede traducirse en normativas abusivas.
- Exclusividad de datos:

Deberán ponerse en práctica mecanismos antimonopolio que permitan una menor centralización de los recursos y un mayor poder de negociación de las instituciones públicas, y leyes que compaginen la privacidad de los usuarios y los datos personales, con la distribución libre de los datos agregados, de forma que sea posible que cualquiera pueda utilizar esa información para mejorar diferentes sistemas.³¹

- Difícil seguimiento de las plataformas que se usan; pues crecen muy rápido, dado el crecimiento, resulta muy difícil para los usuarios conocer todas las funciones y los servicios que ofrecen las plataformas colaborativas.
- Desprotección al consumidor: este es el punto de mayor importancia para la presente investigación, cuando no existe una falta o inapropiada regulación de las plataformas digitales, los consumidores están indefensos frente a los abusos por parte de las plataformas.

La misma autora, Sonia Diez, explica que puede suceder que se ponga en alquiler una vivienda en la modalidad de Airbnb y el inquilino se quede

³¹ Diez Toribio, Sonia. *La economía colaborativa: un nuevo modelo de consumo que requiere la atención de la política económica*. Tesis de grado en Administración y Dirección de Empresas, Valladolid: Universidad de Valladolid, 2015, 16.

por más tiempo del contratado o produzca destrozos en la vivienda. También se debe tener en cuenta que estas plataformas intentan protegerse lo más que “pueden de estas situaciones facilitando a sus consumidores un sistema para puntuar a los usuarios con los que interactúan o delegar parte de esta tarea en algoritmos. Pero lo más eficaz sería añadir una responsabilidad legal para controlarlas”.³²

Es por las desventajas mencionadas supra que esta investigación resulta pertinente, ¿cómo se pueden defender los consumidores o usuarios de las plataformas digitales?, en este caso específico Airbnb, cuando se considere que han sufrido un abuso por parte de la plataforma; por lo tanto, resulta necesario analizar si es suficiente la legislación existente.

Finalmente, la economía colaborativa se ha desarrollado dentro de varios sectores, en los cuales se puede categorizar:

- Transporte: se trata de conectar a “pasajeros que necesitan desplazarse y conductores que se ofrecen para realizar el servicio a cambio de una contraprestación dineraria”.³³
- Airbnb se ubica dentro de esta categoría. “Alojamiento compartido: se refiere a viviendas o apartamentos que son ofertados en régimen de alquiler y [...] están dotados de todas las instalaciones y mobiliario necesarios para su inmediata ocupación con fines turísticos por cuyo alquiler se recibe una contraprestación dineraria”³⁴.
- “Mercados de segunda mano: se recogen las principales iniciativas que buscan ampliar el ciclo de vida de los productos. Entre ellas están las actividades relacionadas con la compra y venta de bienes (desde libros hasta viviendas y coches), la donación y el trueque”.³⁵

³² *Idem*, 17.

³³ Suárez García, Nataly. *Economía colaborativa*. Tesis de grado en Administración y Dirección de Empresas. Valladolid: Universidad de Valladolid, 2016, 25.

³⁴ *Ibid.*, 30.

³⁵ *Ibid.*, 33.

1.2. Sección II. Plataformas digitales: caso Airbnb

Gracias al internet y la implementación de este en las plataformas digitales, se pone a disposición de los consumidores bienes y servicios, como puede ser transporte, alquiler de habitaciones o casas, servicio de comida a domicilio, entre muchos otros.

Las plataformas digitales se pueden definir como “entidades que actúan como agentes intermediarios en mercados bilaterales o de varios lados, permitiendo que múltiples demandantes y oferentes se pongan en contacto entre sí”³⁶.

No podemos olvidar que internet es una herramienta catalizadora, democrática y descentralizada que ha provocado una revolución socio-tecnológica que -como bien señala el académico Manuel Castells- nos brinda la oportunidad de experimentar interacciones libres de límites espaciales y capaces de intervenir en el desarrollo de redes personales y corporativas que han reestructurado la vida en sociedad,³⁷

Las plataformas digitales tienen como objetivo conectar la oferta y la demanda, esto permite la “conexión entre el servicio y el consumidor en tiempo real, logrando así un mayor beneficio”³⁸.

La plataforma digital en la que se basa esta investigación es “Airbnb”, que es la mejor representación alrededor del mundo de la economía colaborativa en el sector hospedaje.

Esta plataforma nace en marzo de 2008, cuando dos jóvenes lanzan oficialmente el sitio “Airbed & Breakfast”, este mismo año se dan las primeras reservas. Este mismo año se lanza la página web “Airbed & Breakfast”, como alternativa al mercado hotelero saturado, se reciben 80 reservas. Esta compañía

³⁶ Observatorio ADEI. «Observatorio ADEI». *Plataformas digitales: una oportunidad para la economía española*. s.f. <http://observatorioadei.es/> (último acceso: 18 de marzo 2020).

³⁷ Gutiérrez y Máñez, *op. cit.*, 4.

³⁸ Arias Espinoza, Luz Marina y Vásquez Carrillo, Yoryina. *Uber: ¿existe relación laboral entre los conductores que brindan el servicio de Uber y la empresa Uber?* Tesis de grado de licenciatura en Derecho. Costa Rica: Universidad de Costa Rica, 2017, 79.

desde el 2013, tiene su sede oficial en 888 Brannan Street, San Francisco, California, Estados Unidos.

Un año después de su creación, “Airbed & Breakfast” pasa a ser “Airbnb”, acrónimo de su primer nombre, según su página oficial se convierte en una plataforma de reserva de distintos alojamientos, como apartamentos, casas y alquileres vacacionales. En el año 2009, se celebra el primer encuentro internacional en París, Francia. Por otra parte, en el 2010 se lanza la aplicación de “Airbnb” para iPhone, y en el 2011 se abre en Alemania la primera oficina fuera de los Estados Unidos.

Desde su creación, “Airbnb” ha sido pionero en el campo de hospedaje colaborativo; pues ofrece diferentes experiencias alrededor del mundo, lo cual permite a sus huéspedes vivir de forma cercana las comunidades donde se alojan, y, al mismo tiempo, crean una experiencia diferente para sus usuarios.

Actualmente, cuentan con más de 750 millones de huéspedes a lo largo de la historia de la plataforma.

Los términos y condiciones de “Airbnb” definen la plataforma como:

La Plataforma de Airbnb es un mercado en línea que permite que los usuarios registrados (Miembros) y ciertos terceros que ofrecen servicios (los Miembros y terceros que ofrecen servicios son Anfitriones y los servicios que ofrecen son Servicios de Anfitrión) publiquen dichos Servicios de Anfitrión en la Plataforma de Airbnb (Anuncios) y comuniquen y gestionen directamente con los Miembros que desean reservar dichos Servicios de Anfitrión (los Miembros que utilizan los Servicios de Anfitrión son Huéspedes). Los Servicios de Anfitrión pueden incluir la oferta de propiedades desocupadas o de otro tipo para su uso (Alojamientos), actividades de uno o varios días en diversas categorías (Experiencias), acceso a eventos y lugares únicos (Eventos), así como toda una gama de demás servicios relacionados o no con el viaje³⁹.

³⁹ Airbnb. *Términos de servicio*. https://www.airbnb.co.cr/help/article/2857/t%C3%A9rminos-de-servicio-archivo?_set_bev_on_new_domain=1574745100_MzVjOWZjNzkzZWEz (último acceso: 23 de marzo 2020,

Entonces, de acuerdo con lo anterior, una definición de “Airbnb” es una plataforma digital, esta actúa como intermediario para poner en contacto a los anfitriones, quienes tienen una habitación, casa, apartamento, o algún lugar de hospedaje que cumple con los estándares impuestos por la empresa y ponen a disposición de los huéspedes estos alojamientos, a cambio de una remuneración económica.

Sonia Diez (2015), también define “Airbnb”, e indica que:

[...] es un mercado comunitario de confianza en el que la gente publica, descubre y reserva alojamientos únicos en todo el mundo, ya sea desde su ordenador o desde su teléfono móvil. Además, les proporciona la forma más sencilla de ganar dinero alquilando su espacio y permite mostrárselo a millones de personas⁴⁰.

Dentro de los estándares que tienen que cumplir los anfitriones, en el sitio web de “Airbnb” se establece que cualquier persona puede ser anfitrión. “Los espacios disponibles en la página son tan diversos como los anfitriones que los ofrecen, por lo que se puede anunciar un colchón inflable en un departamento, una casa entera, habitaciones en *bed and breakfast* o posadas, una casa del árbol en medio del bosque, un barco o un castillo encantado”⁴¹. Los anfitriones deben responder a los mensajes sobre consultas y solicitudes de reservación en menos de 24 horas.

Además, deben aceptar las solicitudes de reservación, evitar cancelaciones, mantener una evaluación general alta. Por otro lado, ofrecer servicios básicos: “elementos esenciales que un huésped espera para poder disfrutar de una estancia cómoda. Estos incluyen: papel higiénico, jabón (de manos y corporal), una toalla por huésped, una almohada por huésped y ropa de cama para cada cama”.⁴²

⁴⁰ Diez Toribio, *op. cit.*, 16.

⁴¹ *Ibid* 16.

⁴² AirBnB. *¿Qué son los servicios básicos?* https://www.airbnb.co.cr/help/article/2343/qu%C3%A9-son-los-servicios-b%C3%A1sicos?_set_bev_on_new_domain=1634753823_ZDNmYmYwMThmNGNi (último acceso: 23 de marzo de 2020).

Respecto a los estándares de “Airbnb” para los hoteles y otras empresas hoteleras, el sitio web menciona que existen algunas pautas para hoteles y empresas de hospitalidad profesional, en la cual los dueños deben declarar que las propiedades tienen las licencias comerciales adecuadas (cuando corresponda), el anfitrión es legalmente responsable de la administración de la propiedad y tienen autorización para rentar habitaciones dentro de la propiedad directa al público. En ese sentido, “Las propiedades deben tener un ambiente y estilo único e independiente (por ejemplo, hoteles boutique o de estilo de vida, no cadenas hoteleras comerciales)”.⁴³

Algunas de las cualidades que hacen que estas propiedades sean especialmente adecuadas para Airbnb son: espacios comunes dinámicos para reuniones y/o eventos, habitaciones para huéspedes con toques personales cuyo diseño es único y/o típico de la región, fotos de alta calidad en la página del anuncio que muestran el diseño de la propiedad y lo que los huéspedes pueden esperar, características de accesibilidad que son útiles para los huéspedes con movilidad limitada⁴⁴.

Para que una persona se convierta en anfitrión de “Airbnb” debe crear una cuenta en la plataforma, ya sea desde la computadora o la aplicación móvil para teléfonos inteligentes.

En el momento que la persona creó su cuenta, ya podrá publicar su alojamiento y se comparte cualquier espacio que se quiera ofrecer a la comunidad de usuarios, esto no tiene ningún cargo por registro. Deberán compartir información sobre el lugar, detalles como ubicación, capacidad, características, requisitos especiales, toda la información que se considere pertinente y necesaria para los usuarios.

Los anfitriones podrán decidir qué horarios tendrán, precios y los requisitos que le piden a los huéspedes. Una vez que el alojamiento esté publicado, pueden recibir solicitudes de reserva. Asimismo, podrán solicitar un documento de identificación oficial antes de reservar, leer evaluaciones anteriores de los

⁴³ Airbnb, *op. cit.*

⁴⁴ *Ibid.*

huéspedes, protección gratuita de un millón de dólares por daños a la propiedad y Seguro de responsabilidad civil gratuito por un millón de dólares, entre otros beneficios.

“Airbnb” suele aplicar una comisión fija del 3 % a cada reservación que reciben los anfitriones, la cual es una de las tarifas más bajas del mercado, según su página web.

Dado lo anterior, es importante destacar que “Airbnb” no posee ninguna propiedad, simplemente funciona como un intermediario y pone en contacto a anfitriones con huéspedes o usuarios, para gestionar ese intercambio cobra una comisión por cada reserva.

Ahora bien, respecto a los usuarios o huéspedes, el proceso para inscribirse dentro de la plataforma es el mismo, las personas que deseen utilizar los servicios de “Airbnb” solamente deben crear una cuenta; después de esto, estarán habilitados para realizar reservaciones.

Todos los usuarios deberán compartir ciertos datos para poder realizar la reserva. Dentro de los requisitos se encuentra: nombre completo, dirección de correo electrónico, número de teléfono verificado, mensaje de presentación, en el cual se explica al anfitrión quiénes se hospedarán y el motivo del viaje, un número de teléfono verificado, un mensaje de presentación, aceptación de las reglas de la casa y la información de pago. Los anfitriones tendrán acceso a una dirección de correo electrónico temporal de los huéspedes en caso de necesitar contactarse; por lo tanto, la dirección de correo electrónico real de los usuarios nunca será compartida en la plataforma.

Como ya se mencionó, los huéspedes deben acatar las reglas ya establecidas por el anfitrión; además, se definen regulaciones respecto a la presencia de armas en un alojamiento, animales peligrosos, presencia de cámaras de seguridad y otros dispositivos de grabación en los alojamientos, así como sobre la celebración de fiestas y eventos en los alojamientos. Asimismo, se establece una política sobre cancelaciones debido a una emergencia o circunstancia inevitable.

En la misma línea de ideas, en el año 2019 se modificaron los “Términos de Servicio de Airbnb para usuarios no europeos”, los cuales según la plataforma constituyen un contrato legalmente vinculante entre el usuario y “Airbnb”. Estos términos regulan el acceso y la utilización del sitio web de la plataforma, su aplicación móvil, así como de cualquier otro servicio asociado.

Se establece que el contrato se realiza con Airbnb Ireland UC (“*Airbnb Ireland*”), *The Watermarque Building, South Lotts Road, Ringsend, Dublín 4*, Irlanda, ya que en este caso el país de residencia se ubica en Latinoamérica. Se insta además que la recolección y uso de información personal, de acuerdo con su acceso y utilización de la Plataforma de Airbnb se describen en la Política de Privacidad.

Respecto al tema de los pagos, se instruye que se regula en los Términos de Pago del Servicio (“Términos de Pago”). Otros temas que se regulan dentro de los términos y las condiciones se pueden encontrar algunos como el ámbito de los Servicios de Airbnb, términos específicos para Anfitriones y los términos específicos para huéspedes, modificaciones, cancelaciones y reembolsos de reservaciones, centro de resoluciones, daños en alojamientos, disputas entre miembros, actividades prohibidas, exenciones de responsabilidad, indemnización, acuerdo de resolución de disputas y arbitraje, legislación y fuero aplicables.

Se define que después de confirmar la reservación por parte de Airbnb, se forma un contrato legalmente vinculante entre el Huésped “y su Anfitrión, sujeto a cualquiera de los términos y condiciones adicionales del Anfitrión que puedan ser de aplicación, incluida en particular la política de cancelación correspondiente y cuantas normas y restricciones se indiquen en el Anuncio”.⁴⁵

Se establecen algunas exenciones de responsabilidad; sin embargo, se afirma que las “limitaciones de responsabilidad se aplican en la máxima medida permitida por la legislación. Es posible que le asistan otros derechos conferidos por

⁴⁵ Airbnb. «Términos de servicio». s.f.

leyes o reglamentos. Sin embargo, la duración de las garantías legales o reglamentariamente necesarias, si las hubiere, estará limitada a la máxima medida permitida por la ley”⁴⁶.

Existe una cláusula sobre “responsabilidad”, en esta se establece que el usuario o anfitrión acepta que, en la máxima medida permitida por la legislación, les corresponderá la totalidad del riesgo que se desprenda de su acceso y utilización de la Plataforma de Airbnb y el Contenido Colectivo, de su estadía en algún Alojamiento. Airbnb no será responsable de,

[...] ninguna indemnización por daños y perjuicios de carácter incidental, fortuito, especial, ejemplar o emergente, incluido lucro cesante, pérdida de datos o pérdida de fondo de comercio, interrupción del servicio, daño informático o fallo del sistema o el costo de los productos o servicios de sustitución, ni por ninguna indemnización por daños y perjuicios debidos a lesión personal o física o sufrimiento emocional que se desprenda de, o guarde relación con:

1. los presentes Términos,
2. la utilización de, o la imposibilidad de utilizar, la Plataforma de Airbnb o el Contenido Colectivo,
3. cualquiera de las comunicaciones, interacciones, reuniones con otros Miembros y demás personas con quien usted comunique, interactúe o se reúna como resultado de su utilización de la Plataforma de Airbnb, o.
4. su publicación o reservación de un Anuncio, incluida la prestación o disfrute de Servicios de Anfitrión de un Anuncio, ya sea con base en la garantía, en el contrato, en un delito civil (como el de negligencia), en la responsabilidad de producto o en cualquier otro fundamento jurídico, y tanto si Airbnb ha sido informado de la posibilidad de dichos perjuicios como si no, aunque se concluya que algún recurso de los contemplados en el presente no haya logrado su propósito fundamental⁴⁷.

Seguidamente, se incorpora la cláusula sobre “indemnización”, en esta se explica que los usuarios o anfitriones de “Airbnb” aceptan eximir, defender (según el criterio de Airbnb), indemnizar y mantener indemne de,

[...] responsabilidad a Airbnb, contra y frente a cualquier reclamo, responsabilidades, indemnizaciones por daños y perjuicios, pérdidas y gastos, incluido, sin limitación, los gastos razonables de asesoría jurídica y

⁴⁶ *Idem.*

⁴⁷ *Idem.*

contable, que se desprendan de, o estén de algún modo relacionados con el incumplimiento por su parte de los presentes Términos o de nuestras Políticas o Normas, el uso indebido por su parte de la Plataforma de Airbnb, la interacción por su parte con cualquier Miembro, su estadía en un Alojamiento, incluido, sin limitación, cualquier lesión, pérdida o indemnización por daños y perjuicios (ya sean sanciones sin finalidad resarcitoria, por daños directos, fortuitos, emergentes o de otro tipo) de cualquier índole que surjan en relación con, o como resultado de, dicha interacción, estadía, participación o disfrute, el Cobro y Transferencia de Impuestos por Ocupación por parte de Airbnb o la infracción por su parte de cualquiera de las leyes, normativas o derechos de terceros.⁴⁸

Finalmente, se define la cláusula respecto a la legislación y fueros aplicables, que para efectos de esta investigación, sería la legislación irlandesa y dejan excluida la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG).

De las cláusulas anteriores, resulta notable que los “Términos y condiciones” son un “contrato tipo o de adhesión”, en el cual el contenido es estándar e imposible de cambiar para los usuarios y anfitriones, este no otorga la posibilidad a los usuarios de adaptar las condiciones a sus necesidades.

Por esto, en esta investigación se analizará en los próximos capítulos la regulación de Airbnb con respecto a los derechos del consumidor que utilizan este servicio; sin embargo, desde ahora resulta evidente una desventaja para el huésped, desde la perspectiva del contrato y la ley aplicable que, aunque está normado por un principio del Derecho Procesal Civil, puede resultar difícil para el consumidor defenderse en un territorio desconocido, incluso con otro tipo de Derecho.

1.3. Sección III. Airbnb en Costa Rica

La plataforma Airbnb ha estado presente en Costa Rica desde el 2011 y presentó un crecimiento exponencial entre los años 2014 y 2016, periodo en el cual

⁴⁸ Airbnb, op. cit.

se registraron 900 nuevos anfitriones dentro del territorio nacional. En el 2017, la plataforma lanza “experiencias Airbnb”:

[...] son actividades únicas diseñadas y organizadas por anfitriones locales, yendo un paso más allá de la propia actividad. Gracias a ellas, los participantes pueden conocer de primera mano cómo es el mundo del anfitrión a través de algo que le apasiona. Los anfitriones comparten con otras personas conocimientos y habilidades únicas y les permiten descubrir lugares y comunidades de una forma que no habrían podido experimentar por su cuenta. Los participantes se llevan consigo recuerdos inolvidables y, a veces, acaban entablando amistades duraderas con los anfitriones.⁴⁹

Ese mismo año, Airbnb hospedó a 228.000 visitantes en el territorio nacional; en el 2018 existían 8.900 propiedades disponibles en Costa Rica que aparecían en la plataforma y hubo aproximadamente 524.000 visitantes usuarios de la plataforma. Lastimosamente, en el 2018, ocurre el asesinato de una turista venezolana dentro de una habitación utilizada como Airbnb, lo cual desata controversias y crea el debate sobre la regularización de la plataforma.

En el 2019, se hospedaron más de 700.000 turistas en total, por medio de la plataforma de Airbnb. Ese año fue importante ya que se aprobó la Ley Marco para la Regularización del Hospedaje no Tradicional por medio de plataformas digitales.

Para comprender el motivo por el cual nació la ley mencionada, es necesario efectuar un análisis de la situación turística de Costa Rica durante los últimos diez años.

Costa Rica recientemente ha atravesado unos de los mejores periodos en el sector turístico; pues en los últimos años ha presentado un incremento sostenido en ingresos de turistas desde el 2012, de más de un 9 % anual, hasta llegar a la cifra del 2019 mencionada en párrafos anteriores.

Un ejemplo de esto es que para el 2017, Costa Rica superó los tres mil novecientos millones de dólares, monto correspondiente al ingreso de divisas por

⁴⁹ Airbnb, “¿Qué son las experiencias de Airbnb?”, Airbnb, consultado el 30 de marzo 2020, <https://blog.airbnb.com/what-are-airbnb-experiences-es/>

turismo. Además, este sector genera más de ciento cincuenta y siete mil empleos directos, de estos cerca de un 52 % de estos empleos son mujeres, lo cual representa un sector importante de la economía nacional. Igualmente, en su mayoría, estos empleos se ubican en zonas con índices de desarrollo social bajos.⁵⁰

Sin embargo, esto no siempre ha sido así; pues una década atrás durante la crisis financiera el sector turístico, después del sector inmobiliario, fue el más afectado. Luego de la crisis el sector turístico, primordialmente la hotelería tuvo una recesión, y el número de habitaciones y ocupación llegó a niveles por debajo del punto de equilibrio.

No obstante, la tendencia en el último año ha sido una línea estable, sin crecimiento alguno. Esto se podría explicar por dos razones: (i) hay mayor oferta hotelera, (ii) los turistas se están hospedando en otros lugares⁵¹.

El hospedaje en lugares alternativos al sector hotelero, así como el intercambio de casas era también una práctica reconocida, incluso antes de la creación de Internet, en países como los Estados Unidos e Inglaterra.

De esta manera surgen varias plataformas para “compartir” habitaciones e incluso casas; así es como se llega a Airbnb, el objeto de estudio de la presente investigación.

La plataforma, al no estar regulada, no requería de permisos e inscripción y se desarrollaba al amparo del pago de impuestos; pues no existía regulación. Es en este momento que:

[...] surge la necesidad, de establecer una regulación que le permita a Costa Rica avanzar mediante las plataformas tecnológicas, en este caso particular, para el alojamiento de turistas nacionales e internacionales, de manera que

⁵⁰ Airbnb, “*Términos de servicio*”, *op. cit.*

⁵¹ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. «Ley Marco para la Regularización del Hospedaje No Tradicional y su Intermediación a través de Plataformas Digitales». *Sistema Nacional de Legislación Vigente*. 29 de octubre 2019. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=90073#ddown (último acceso: 30 de marzo 2020)

se pueda establecer una sana competencia, en igualdad de obligaciones, y que represente además un incremento en la recaudación del Estado.⁵²

Este impuesto solamente lo pagaba el sector de hotelería y alojamientos turísticos debidamente formalizados: “Un impuesto específico para el alojamiento no es algo nuevo [...], en el caso de la hotelería y establecimientos de alojamiento, existió una tasa específica del 3% de los ingresos hoteleros sobre el valor total cobrado por hospedaje. Dicha norma fue derogada por el gobierno el 25 de octubre de 2007”.⁵³

A partir de esta desigualdad de condiciones, surge la necesidad de ampliar la base contributiva del Estado, pero también de brindar una amplia diversidad de opciones de alojamiento para los turistas, pero que a la vez, estas opciones estén en igualdad de condiciones para una sana competencia y que correspondan a nuevos contribuyentes de la administración tributaria⁵⁴.

La creación de la Ley Marco para la Regularización del Hospedaje No Tradicional y su Intermediación a través de Plataformas Digitales: “se convierte en una herramienta fundamental para poder subsanar las desatenciones económicas del Estado con el sector turístico, sin necesidad de incrementar el gasto que actualmente hace el gobierno, pero aumentando la base contributiva, y que este incremento represente un apoyo al sector turístico nacional”.⁵⁵

Por lo anteriormente expuesto nace la Ley Marco y su intermediación a través de plataformas digitales, la cual se procederá a analizar a continuación. Esta ley tiene como objeto, según su artículo 1:

Regular la prestación de servicios turísticos de alquiler de viviendas, apartamentos, villas, chalés, bungalós, cuartos o cualquier otra construcción análoga que conformen un todo homogéneo e independiente, así como resguardar los derechos de las personas usuarias de este tipo de servicios y regular las plataformas de empresas comercializadoras o intermediarias, que median entre las personas usuarias y los prestatarios del servicio de hospedaje no tradicional.⁵⁶

⁵² Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, «Ley Marco para la [...] a través de Plataformas Digitales».

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, *op. cit.*

⁵⁶ *Ibid.*

Como se desprende del mismo nombre de esta ley y del artículo mencionado supra, “Airbnb” se ubica dentro de la regulación de este instrumento, ya que esta plataforma, como ya se ha mencionado, ofrece hospedaje a turistas en viviendas, apartamentos, villas, chalés, bungalós, cuartos. Por lo tanto, se considera pertinente para la presente investigación el análisis de esta ley.

En el artículo 3 de la misma ley, se ofrece la definición de “empresas comercializadoras o intermediarias”:

Aquellas que desarrollan actividades de mediación, promoción, facilitación u organización de servicios de hospedaje no tradicional, que pueden intervenir en el cobro de las contraprestaciones por los servicios de hospedaje no tradicional; todo lo anterior por medio de plataformas de intermediación entre los prestatarios del servicio de hospedaje no tradicional y el usuario final. Estas podrían estar domiciliadas o no en Costa Rica.⁵⁷

Basado en la definición anterior, se puede afirmar que, “Airbnb” califica dentro de esta definición; pues como ya se ha visto a lo largo de este capítulo, esta plataforma funciona como un intermediario que conecta a los huéspedes o usuarios con los anfitriones.

“Airbnb” facilita la posibilidad de obtener el hospedaje de los usuarios y cobra una contraprestación por intervenir en esta relación, para ello utiliza una plataforma digital para lograr dicho objetivo, y su sede se ubica fuera del territorio nacional.

Visto lo anterior, se puede afirmar que esta plataforma cabe dentro de la definición de “empresa comercializadora o intermediaria” ofrecida por la ley costarricense.

Además, el artículo 4 de la misma ley habla sobre los convenios con las empresas comercializadoras o intermediarios, para ello establece lo siguiente:

Se autoriza al Instituto Costarricense de Turismo (ICT) para que establezca convenios de cooperación con empresas comercializadoras o intermediarias para el flujo de la información requerida para las competencias definidas en la presente ley. En el mismo sentido, se autoriza al Ministerio de Hacienda,

⁵⁷ *Idem.*

a través de la Dirección General de Tributación, para que establezca convenios de cooperación con empresas comercializadoras o intermediarias, con la finalidad de facilitar el cobro de los impuestos y realizar la recaudación efectiva de estos.⁵⁸

En el numeral anterior se refleja que las empresas comercializadoras, tales como Airbnb podrán crear convenios con el Instituto Costarricense de Turismo para cooperar con esta entidad y disminuir los problemas que acarrea a la plataforma objeto de estudio; pues antes de que esta ley entrara en vigencia, no existía en el territorio nacional una regulación para este tipo de plataformas, lo cual no permitía obtener información sobre las actividades de las llamadas empresas comercializadoras o intermediarias.

En el mismo inciso, se establece la cooperación entre estas plataformas y el Ministerio de Hacienda para cobrar impuestos, lo cual genera un beneficio económico para el país, al obtener ingresos monetarios de estas actividades que, como ya se mencionó, anteriormente no los generaban, esto podía ser considerado como arbitrario para las empresas que otorgaban el mismo servicio dentro del territorio nacional.

En el artículo 5 de este mismo cuerpo legal, se definen los derechos de los usuarios de los servicios de hospedaje no tradicional, entre los cuales se pueden encontrar:

- a. Recibir información suficiente, veraz, en formato accesible, comprensible, eficaz, objetiva, inequívoca y completa sobre el precio, las condiciones y las características de los servicios turísticos que se ofrecen antes de su contratación.
- b. Obtener toda la información que acredite los términos de la contratación de los servicios de hospedaje no tradicional y sus justificantes de pago.
- c. Recibir los servicios de hospedaje no tradicional y la calidad de estos, de acuerdo con el servicio y el establecimiento contratados.⁵⁹

Los anteriores derechos son solamente algunos de los que se enumeran en el artículo; sin embargo, con esto se pretende demostrar que se intenta proteger al

⁵⁸ *Idem.*

⁵⁹ Asamblea Legislativa, «Ley Marco para la Regularización [...] Plataformas Digitales», artículo 5.

usuario de las plataformas de hospedaje, para ello se establece una base para el amparo de los consumidores de estos servicios, en las cuales se proclama que es indispensable que los usuarios cuenten con la información certera, real y precisa respecto a las condiciones de contratación a los que se someterán; además, que las plataformas deben cumplir con los servicios que ofrecen tal cual lo establecen en su publicidad, entre otros aspectos, como condiciones de seguridad, acceso a servicios abiertos al público, tranquilidad e intimidad de los usuarios, posibilidad de formular quejas y reclamaciones frente al Instituto Costarricense de Turismo y la protección de los datos personales de los usuarios.

Por su parte el artículo número 6, manifiesta las obligaciones de las personas usuarias, estableciendo algunas como:

- a. Respetar las normas de uso o régimen interior de los establecimientos y las reglas particulares de los lugares objeto de visita, así como los reglamentos de condominios, en caso aplicable.
- b. Pagar el precio del servicio contratado en el momento de la presentación de este o, en su caso, en el lugar, el tiempo y la forma convenidos, sin que en ningún caso la formulación de una queja o reclamación exima de la obligación al pago.
- c. Hacer uso responsable de los bienes parte del servicio de hospedaje no tradicional.
- d. Asumir la responsabilidad por eventuales daños causados a las instalaciones y al incumplimiento de los acuerdos pactados para la prestación del servicio de hospedaje no tradicional.⁶⁰

Lo anterior, corresponde a algunas de las obligaciones que deben cumplir los usuarios de las plataformas de hospedaje, con el fin de respetar las normas establecidas por los entidades en los que se van a hospedar pagando el precio que fue previamente establecido, entre otras obligaciones.

Esto crea un régimen de protección para los anfitriones o dueños de los inmuebles que se ofrecen en hospedaje, lo cual permite un buen uso del lugar y, en caso de que haya problemas, tales como daños o incumplimiento de acuerdos, ofrece a los anfitriones amparo en caso de que estas situaciones se presenten.

⁶⁰ *Op. cit.*, artículo 7.

Por otro lado, el artículo 7 establece los derechos de los prestatarios del servicio de hospedaje no tradicional:

- a. Ejercer libremente su actividad sin más limitaciones que las previstas en el ordenamiento jurídico.
- b. Obtener el Certificado de Sostenibilidad Turística otorgado por el Instituto Costarricense de Turismo, siempre y cuando cumplan con todas las condiciones requeridas para dicho certificado.
- c. Acceder a las actividades de promoción turística del Instituto Costarricense de Turismo (ICT), en las condiciones que este fije.⁶¹

Dado lo anterior, se puede mencionar que los servicios de hospedaje no tradicional se ha regularizado mediante este cuerpo jurídico; pues el inciso a) de este mismo artículo declara que se puede ejercer libremente la actividad de estas plataformas, esto de alguna manera legaliza tales actividades.

Por otro lado, los incisos b) y c) mencionan que estas plataformas deben obtener el Certificado de Sostenibilidad Turística; para así contar con la oportunidad para acceder a las actividades de promoción turística del Instituto Costarricense de Turismo, con esto es visible que la ley intenta equilibrar la balanza respecto a los requisitos de funcionamiento de estas plataformas y servicios de hospedaje común, ya que acá se establecen las normas básicas para el funcionamiento legal de estos servicios no tradicionales.

Por su parte, el artículo 8 que se relaciona con el anterior, muestra sobre las obligaciones de los prestatarios del servicio de hospedaje no tradicional, dentro de las cuales se halla el realizar la inscripción como prestatario del servicio de hospedaje no tradicional ante el Instituto Costarricense de Turismo, se deben además inscribir ante la Dirección General de Tributación como contribuyente, para el pago de los impuestos establecido por ley, deben “expedir factura digital desglosada con los servicios prestados, de acuerdo con los precios pactados, deben igualmente, ofrecer un producto adecuado a los objetivos de

⁶¹ *Idem.*

comercialización y servicios turísticos de prestatarios del servicio de hospedaje no tradicional”⁶².

También deben velar por la seguridad de las personas usuarias de los servicios y permitir

[...] el acceso libre y la permanencia a las personas usuarias de los servicios, sin más restricciones que las que vengan establecidas por el sometimiento a la ley, a las prescripciones específicas que regulen la actividad y, en su caso, al reglamento de condominio, según aplique. No podrá haber preceptos discriminatorios por razón de nacionalidad, etnia, género, religión, discapacidad, opinión u otra circunstancia personal o social.⁶³

Asimismo, tienen prohibido “generar cláusulas abusivas en los contratos que impliquen la renuncia a los derechos contemplados en el artículo 5 de esta ley mencionado supra”.⁶⁴

Como ya se observó en el artículo 7 y como se refleja también en el 8, este instrumento regula las funciones y los requisitos para operar dentro del territorio nacional, con lo cual crea una base para la legalidad de las plataformas de hospedaje y elimina las diferencias en cuanto a regulación, cuando se comparan estos servicios de hospedaje no tradicional con los tradicionales que operan desde hace mucho tiempo en el territorio nacional.

Del artículo anterior es importante rescatar el último inciso, en el cual se establece que los servicios no tradicionales no podrán generar cláusulas abusivas en los contratos. Como ya se indicó en el apartado anterior, Airbnb tiene un contrato tipo con cláusulas ya preestablecidas; por lo tanto, esto podría presentar un inconveniente para este tipo de plataforma, ya que las cláusulas no se pueden cambiar según las necesidades del usuario. Por ello, este asunto será analizado a profundidad en un capítulo dedicado completamente a este tema más adelante en esta investigación.

⁶² *Ibid.*

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *Ibid.*

El artículo 9 de esta misma ley establece las obligaciones de las empresas comercializadoras o intermediarias, entre las cuales se encuentran algunas, tales como: inscribirse ante la Dirección General de Tributación, para el pago de los impuestos instaurados por ley, facilitar la información requerida por instituciones del Estado, sobre prestatarios del servicio de hospedaje no tradicional que se ofrece para el disfrute dentro del territorio nacional, inscritos en su plataforma de servicios, este principio de confidencialidad es considerado como inviolable por esta ley.

Esta información responde a la necesidad de garantizar una mayor seguridad ciudadana, investigaciones judiciales, justicia tributaria y equilibrio fiscal del Estado costarricense.

Asimismo, deben pagar a la Dirección de Tributación en caso de que el pago del usuario se realice por medio de su plataforma de servicio (como sucede con Airbnb), lo correspondiente a los impuestos establecidos por ley para desarrollar la actividad comercial. Estas plataformas o empresas comercializadoras, como se les denomina en la ley, serán solidariamente responsables en caso de que dicha retención aplique sin que realice el pago de impuestos.

De igual forma, debe advertir a los prestatarios del servicio de hospedaje no tradicional, del cumplimiento de las obligaciones preestablecidas en el artículo anterior.

Finalmente, deben especificar a sus usuarios si cumplen con la normativa de la Ley n.º 7600.

Como los artículos anteriores, este numeral también revela la intención de que esta ley es regular la función y los servicios brindados por las plataformas tales como Airbnb, de tal forma que se generan oportunidades para igualar los requisitos necesarios para operar dentro del territorio nacional, al equiparar la regulación de los servicios tradicionales con los de las plataformas como Airbnb.

Se pretende regular la relación de las empresas comercializadoras o intermediarias respecto al tema fiscal, por medio del cual se crea la responsabilidad de estas entidades de cobrar impuestos para generar un beneficio para el país, tal

como lo establecen los servicios de hospedaje tradicionales localizados en el territorio nacional.

El artículo 10 menciona las responsabilidades del Instituto Costarricense de Turismo (ICT), dentro de las cuales se hallan el crear un registro de prestatarios que ofrecen el servicio de hospedaje no tradicional, estos datos no podrán violar el principio de confidencialidad. Por otro lado, también será responsabilidad del ICT consultar la oferta que ofrecen las empresas comercializadoras o intermediarias, para de esta forma registrar a los prestatarios de estos servicios; finalmente, el ICT será responsable de enviar esta información a la Dirección General de Tributación.

El registro de empresas comercializadoras o intermediarias se detalla en el artículo 11 de la misma ley, al tiempo que declara que el ICT será el encargado de crear este registro, como se menciona en el artículo anterior, se recopilará la información sobre las empresas que ofrezcan el servicio de hospedaje no tradicional, estos datos serán públicos, pero nunca podrán violar el principio de confidencialidad. Este registro se enviará a la Dirección General de Tributación para que esta entidad lleve el control de estas empresas.

En el artículo 12 se establece que los prestatarios de estos servicios de hospedaje no tradicionales podrán comercializar su actividad, siempre y cuando se lleve a cabo por su propietario o representante y cumpla con los requisitos instituidos por la ley.

Los servicios y las condiciones básicas para el hospedaje no tradicional se establecen en el artículo 13, donde se cita que se debe cumplir con condiciones como la limpieza periódica del inmueble, ofrecer servicios para aseo personal, mantenimiento de las instalaciones, condiciones mínimas de salubridad y recipientes para la separación y manejo de residuos sólidos.

Por otra parte, se considerará funcionamiento ilegal del servicio de hospedaje no tradicional cuando el prestatario no cumpla con las estipulaciones antedichas por esta ley; además si se utiliza una denominación hotelera en el servicio de hospedaje no tradicional, de manera que se pueda inducir a error por la

calificación, las categorías o las características de la actividad o sobre los servicios prestados.

Será además funcionamiento ilegal si se comercializa el servicio de hospedaje no tradicional sin estar inscrito en el registro pertinente. Todas estas faltas implican la aplicación de sanciones por la realización de una actividad comercial ilegal; por lo tanto, la Dirección General de Tributación, el Ministerio de Salud, las municipalidades y cualquier otra institución que regule las actividades comerciales, tendrán intervención inmediata, todo esto se establece en el artículo 14 de la ley.

Finalmente, el artículo 16 instaura la facultad especial para los hospedajes no tradicionales, cuando indica que estos podrán operar en zonas residenciales, siempre y cuando no incidan negativamente en el entorno en el cual se ubica la propiedad donde se ejerce la actividad.

Como se vio a lo largo de este apartado, esta ley es de suma importancia; pues regula la actividad de las plataformas que se dedican al hospedaje, tales como Airbnb, objeto de estudio de esta investigación. Además de que abre la puerta a la regulación de los derechos de los usuarios de los servicios de hospedaje no tradicional.

Capítulo II. Turismo en Costa Rica

Como bien se sabe, el turismo es una de las actividades económicas más importantes dentro del territorio nacional. A través de la historia, Costa Rica se ha destacado internacionalmente por ser un destino turístico famoso por sus playas y paisajes de montaña.

Los turistas visitan este país y siempre han contado con distintas opciones de hospedaje, tanto como hoteles tradicionales como en los últimos años, plataformas como Airbnb, una manera de hospedaje no tradicional y más moderna, comparada con las ofertas de hoteles comunes o tradicionales. Es por lo que en este capítulo se desarrollará el tema del turismo en Costa Rica.

2.1. Sección I. Generalidades sobre el turismo

Como ya se mencionó anteriormente, el turismo es una de las actividades más importantes para la economía costarricense.

La palabra turismo, según la Real Academia Española, se puede definir como “la actividad o hecho de viajar por placer”. Como menciona Joseph Alberto Calvo Gómez, en su tesis “Los desarrollos inmobiliarios en Costa Rica, dedicados al hospedaje turístico y su posible competencia desleal en contra del sector hotelero, a través de la figura del turismo residencial”⁶⁵, la definición otorgada por la Real Academia “es un concepto limitado, pues el placer como motivación para realizar un viaje no sería el único motivo para realizarlo. Por ejemplo, también hace turismo aquel quien se traslada o viaja por motivos de salud o de negocios”.⁶⁶

Por otra parte, la Organización Mundial del Turismo, define turismo como:

[...] un fenómeno social, cultural y económico que supone el desplazamiento de personas a países o lugares fuera de su entorno habitual por motivos personales, profesionales o de negocios. Esas personas se denominan

⁶⁵ Calvo Gómez, Joseph Alberto. *Los desarrollos inmobiliarios en Costa Rica, dedicados al hospedaje turístico y su posible competencia desleal en contra del sector hotelero, a través de la figura del turismo residencial*. Tesis de grado de licenciatura en Derecho. Costa Rica: Universidad de Costa Rica, 2017, 8.

⁶⁶ Calvo, *op. cit.*, 8.

viajeros (que pueden ser o bien turistas o excursionistas; residentes o no residentes) y el turismo abarca sus actividades, algunas de las cuales suponen un gasto turístico.⁶⁷

Como se puede observar, el turismo tiene efectos en distintos ámbitos del país, ya sea en la economía, con los recursos que traen los turistas, en las ciudades que los reciben, los entornos naturales como playas o montañas. Todo el turismo repercute en distintas actividades dentro del territorio nacional. De acuerdo con la definición expuesta y de acuerdo con Joseph Calvo, se pueden identificar las siguientes características en relación con el turismo:

- a. Se introducen los motivos por los cuales una persona realiza un viaje, “ocio, negocio y otros”.
- b. Es una acción temporal del periodo por un año.
- c. Se delimita la actividad desarrollada antes y durante el periodo de instancia.
- d. Localización de la actividad turística como la actividad realizada “fuera del entorno habitual, entiéndase entorno habitual como ‘área alrededor del lugar de residencia”.

Ahora bien, según la OMT (Organización Mundial de Turismo) existen varias clasificaciones del turismo, las cuales han ido evolucionando paralelamente a los gustos y necesidades de los turistas. Existen diferentes categorías en las que se divide el mercado turístico, estas son:

- Turismo de sol y playa: representa el turismo en masas, ya que las playas son los destinos turísticos más visitados. El turista se hospeda en hoteles todo incluido principalmente. Es conocido también como turismo de descanso.

⁶⁷ Organización Mundial del Turismo. «Organización Mundial del Turismo». *Glosario de términos para turismo*. s.f. <https://www.unwto.org/es/glosario-terminos-turisticos> (último acceso: el 3 de abril 2020).

- Turismo de reuniones: se da cuando los turistas salen de su entorno con fines lucrativos, las empresas envían a sus colaboradores a conferencias o reuniones, y se encargan además de pagar los gastos de sus trabajadores.
- Turismo cultural: “movimientos de las personas para satisfacer la necesidad humana de diversidad, orientados a elevar el nivel cultural del individuo, facilitando nuevos conocimientos, experiencias y encuentros, aludiendo al desplazamiento”⁶⁸. Las personas que practican este tipo de turismo tienen como intención recoger experiencias nuevas para conocer diferentes culturas, pretenden la visita de patrimonios históricos de los destinos turísticos.
- Turismo religioso: son viajes que tienen como motivo razones religiosas. Existen destinos específicos para este tipo de turismo, tales como, por ejemplo: Jerusalén, el Vaticano, Santiago de Compostela, entre otros. Es importante destacar que el turismo religioso no es lo mismo que una peregrinación, la cual se define como un viaje a un lugar sagrado por motivos religiosos, generalmente caminando; la diferencia es que la peregrinación se basa en la visita a un lugar sagrado; mientras el turismo religioso no se limita a la peregrinación, sino también incluye excursiones turísticas.
- Turismo de salud o médico: con este tipo de turismo las personas viajan para someterse a procedimientos médicos en un país diferente al que residen. Es decir, las personas viajan para buscar servicios médicos.
- Turismo de montaña: para esta categoría, los turistas buscan relajación en destinos montañosos.
- Turismo rural:

⁶⁸ Calvo Gómez, *op.cit.*, 12.

[...] una actividad turística desarrollada en una población rural, motivada por las costumbres de pequeñas comunidades. Esta categoría incluye experiencias turísticas planificadas e integradas al medio rural. Una de sus manifestaciones es el agro turismo, donde se incluyen actividades agrarias de la zona (ordeño, alimentación de animales o monta).⁶⁹

- Ecoturismo: “es el turismo basado en la naturaleza que busca proteger las áreas naturales y potenciar el respeto y preservación del estilo de vida de las zonas rurales”.⁷⁰
- Turismo de aventura: viajes que tienen como fin efectuar actividades recreativas, asociadas a desafíos impuestos por la naturaleza. Los turistas que recurren a este modelo.
- Turismo de ocio: dentro de esta categoría se encuentran el turismo de juego que es cuando los turistas se desplazan a una zona determinada, por el simple placer de los juegos de azar. Además, el turismo de parques temáticos, tal como Disneylandia, turismo gastronómico, que tiene como objetivo conocer y degustar platillos particulares de una zona determinada. El turismo de espectáculos, también conocido como turismo de conciertos y finalmente, el turismo deportivo, en el cual una persona que se moviliza a un lugar determinado, para participar de un espectáculo deportivo.
- Turismo social: pretende extender la actividad turística sin excluir ningún sector de la sociedad.
- Turismo estudiantil:

[...] se refiere a los viajes cuyo componente principal es el académico y básicamente comprende entre sus actividades, los viajes de estudios como parte de un plan educativo ofrecido en diferentes instituciones y los viajes de egresados con el objeto de celebrar la finalización de un nivel educativo o carrera.⁷¹

⁶⁹ *Idem.*

⁷⁰ *Ibid*, 19.

⁷¹ Calvo Gómez, *op. cit.*, 27.

2.2. Sección II. Historia del turismo en Costa Rica

Desde principios del siglo XIX, Costa Rica se ha caracterizado por una corriente turística. Desde los años 1800, se presentó la apertura de las fronteras nacionales, tanto para visitar el Valle Central como sitios más alejados. Durante las tres primeras décadas del siglo XIX, los turistas que visitaban Costa Rica lo hacían mediante vía marítima, llegando y saliendo de Puerto Limón.

Posteriormente, en 1930 nace el Gran Hotel Costa Rica, el cual se convirtió en el punto de partida del turismo organizado en territorio nacional. A partir de la creación del Gran Hotel Costa Rica, con apoyo de la empresa privada y el gobierno es que nace finalmente el turismo formal.

Dado el auge cafetalero y la influencia de las investigaciones científicas europeas realizadas dentro del territorio nacional, el país comenzó a ser reconocido internacionalmente, razón por la cual se crea la Junta Nacional de Turismo en 1931, antecedente del Instituto Costarricense de Turismo, entidad que se encarga de la regulación Turística del Estado costarricense.

Según Ana Sofía Solano en su artículo “Costa Rica guarda un paraíso de aventura”, el turismo moderno dentro del territorio nacional toma importancia en 1985, cuando se declara esta actividad como de utilidad pública, de acuerdo con la Ley de Incentivos para el Desarrollo Turístico.

A partir de esto, es que Costa Rica se convierte en un destino turístico atractivo para extranjeros, se utiliza la naturaleza, playas, montañas y volcanes, las cuales patrocina el ICT para reafirmar la posición de Costa Rica como destino turístico en el mercado internacional.

Costa Rica, a lo largo de la historia, ha sido reconocida internacionalmente por ser un país de paz y, además, por los esfuerzos que realiza en pro de la conservación y el manejo sostenible de los recursos naturales, lo cual la ha convertido en un destino turístico importante.

Lo anterior ha significado un reto comercial a la hora de establecer una marca comercial que distinga a este país de los demás. El país actualmente ya posee una de las marcas turísticas más conocidas a nivel mundial, esto se consiguió desde 1997 con el lema “*No Artificial Ingredients*”, el cual logró consolidar esta “marca país” en varios mercados internacionales.

Es así como, Costa Rica se posiciona en el mercado internacional de turismo, como un destino clave, que ofrece distintas opciones para los vacacionistas que visitan el país.

2.3. Sección III. Nociones sobre turismo formal en Costa Rica

Es importante mencionar, que en la legislación costarricense existe una categoría contractual especialmente creada para el sector turismo, es el contrato turístico, según el artículo 4º de la Ley de Incentivos para el Desarrollo Turístico n.º 6990, se puede definir como el acto mediante el cual el Instituto (Costarricense de Turismo) “le otorga a la empresa turística beneficiada, los incentivos establecidos en dicho cuerpo normativo; además de dichos beneficios fiscales incluye las obligaciones y garantías que corresponda exigir al solicitante”.⁷²

Dado lo anterior, se puede afirmar que el contrato turístico otorga beneficios para los contratantes, además de que crea obligaciones y garantías que deben ser cumplidas por el solicitante.

Por otro lado, el contrato turístico no se clasifica como un convenio, es más bien un acto administrativo que, según el ICT, no es la fuente de los beneficios fiscales de la Ley 6990. Este contrato “posibilita que una empresa en particular los disfrute al individualizar y concretizar en ella lo que disponen la Ley 6990 y sus

⁷² Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. «Ley de incentivos para el Desarrollo Turístico». *Sistema Nacional de Legislación Vigente*, 15 de julio 1985. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=1388&nValor3=1495&strTipM=TC (último acceso: 10 de abril 2020)

reglamentos ejecutivos. El otorgamiento de estas exoneraciones contiene materia fiscal reservada a la Ley y por eso es indisponible para las partes”.⁷³

Ahora bien, el ICT establece los requisitos que deben cumplir las personas físicas o jurídicas para obtener esta calificación. Para la actividad de hospedaje, Dentro de estos requisitos se encuentran:

- i. Contar con declaratoria turística.
- ii. Tener aprobado el estudio económico.
- iii. Tener aprobados los planos constructivos o planos de levantamiento.
- iv. Tener aprobados los requisitos legales y técnicos.

En las siguientes figuras se podrá observar los requisitos legales, técnicos y económicos necesarios para poder optar por el proceso del contrato turístico en Costa Rica. Además de quiénes son las personas que pueden optar por esta categorización.

⁷³ Asamblea Legislativa [...], «Ley de incentivos para [...]».

Cuadro 1. Requisitos para el contrato turístico

Requisitos legales	Requisitos técnicos	Requisitos económicos
<p>Solicitud escrita para la obtención de los beneficios de la Ley de Incentivos para el Desarrollo Turístico o de la Ley de Fomento de Turismo Real Comunitario, suscrita por el interesado por el representante legal de la empresa, Asociación o Cooperativa.</p> <p>las firmas de esta solicitud deben ser autenticadas.</p>	<p>Las empresas de alojamiento que deseen obtener los beneficios de la Ley de Incentivos para el Desarrollo Turístico o la Ley de Fomento de Turismo Rural Comunitario, otorgados mediante el Contrato Turístico, deben cumplir con lo que establece el Reglamento de Empresas de Hospedaje Turístico.</p>	<p>Las personas físicas, empresas, asociaciones o cooperativas, deberán presentar un estudio o perfil económicos, así como la información necesaria para la calificación de los parámetros económicos, culturales y ambientales. Una vez efectuada la revisión de los documentos, el ICT deberá especificar por escrito y por única vez la lista de requisitos o documentos pendientes de aportar, los cuales deberán ser aportados por el solicitante y presentados de una sola vez y no en forma parcial.</p>
<p>Ostentar la declaratoria turística.</p>	<p>Las empresas, asociaciones o cooperativas de hospedaje que van a desarrollar infraestructura deberán cumplir con los requisitos de planos especificados en la Guía “Requisitos para planos constructivos de proyectos turísticos para empresas que desean optar por el contrato turístico”, según corresponda.</p>	
<p>Certificación de personería jurídica de la sociedad, empresa, asociación o cooperativa, y sus reformas, si:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La presentada en el trámite previo a la declaratoria turística tiene antigüedad de 		

más de tres meses contados desde su expedición.

2. Han cambiado sus personeros después del otorgamiento de la declaratoria turística, caso en el que deberán actualizar la información relacionada con dichos personeros (toda certificación que se presente deberá tener una antigüedad no mayor a tres meses contados a partir de la fecha de expedición de esta).

Declaración jurada: la deberá otorgar el interesado, si este es persona física o bien por el representante legal de la entidad, en el caso de personas jurídicas, de asociaciones o cooperativas; dicha declaración deberá contener los siguientes compromisos:

1. La empresa, asociación o cooperativa, tendrá como objeto exclusivo la actividad turística y, en caso de dedicarse a otros giros, los llevará contable y administrativamente por separado.
 2. Se compromete a iniciar operaciones o construcción, dentro de un plazo máximo de seis meses contados a partir de la firma del contrato turístico, este plazo solo podrá ser ampliado por la Comisión,[1] mediante acto razonado en atención a solicitud debidamente justificada del interesado.
 3. Efectuar señalamiento expreso del domicilio contractual de su empresa, asociación o cooperativa, con el fin de
-

atender notificaciones, el cual se refiere a la casa de habitación, el domicilio real de la persona física o el domicilio social o real de la persona jurídica, asociación o cooperativa.

Tomado de: Anexo 3. Guía de requisitos para obtener el contrato turístico, detalle de requisitos por actividad, Instituto Costarricense de Turismo.

Cuadro 2. Empresas que pueden optar por este contrato

¿Quién puede optar por el contrato turístico?	Plazo del contrato	Beneficios que se obtienen
<p>Establecimientos de hospedaje:</p> <ul style="list-style-type: none"> ● Hoteles con diez habitaciones ● Cabañas, cabinas y albergues con siete habitaciones ● Apartoteles con siete habitaciones ● Pensiones con cinco habitaciones ● Posada de turismo rural con tres habitaciones 	<p>Siete años</p>	<p>Se les exonera de todo impuesto y sobretasa, que se apliquen:</p> <ul style="list-style-type: none"> ● A la importación o compra local de artículos indispensables para la instalación, ampliación o remodelación de empresas nuevas o empresas ya establecidas. ● Construcción del edificio de la empresa (con excepción del impuesto de ventas para ampliación o remodelación). <p>Hay exención del impuesto de ventas solamente en cuanto a la inversión inicial para:</p> <ul style="list-style-type: none"> ● Adquisición de bienes indispensables para la empresa y materiales para la construcción de instalaciones destinadas a poner en operación el proyecto. ● Toda remodelación, adición y adquisición de equipo extra deberá pagar Impuesto de ventas, pero le aplica el crédito fiscal sobre el impuesto realmente pagado. ● Excepción de vehículos y combustibles.

Tomado de: Requisitos para obtener el contrato turístico, Instituto Costarricense de Turismo.

2.4. Sección IV. Nociones sobre turismo residencial

El turismo residencial o informal nace a inicios de la década de los años ochenta en la zona de Europa mediterránea y surge como respuesta a la necesidad de las personas que se retiraban y buscaban cambiar su vida en un lugar más tranquilo y distinto de su vida cotidiana. Este modelo se le reconoce como fenómeno de la segunda residencia.

Se puede afirmar que es una actividad de bienes raíces con fines turísticos, porque: “Es una modalidad dentro del sector inmobiliario que tiene como objeto, al visitante extranjero que viaja con cierta frecuencia a un destino por razones de ocio, negocios o salud y que busca en ese lugar cierta estabilidad. Se trata sobre todo de

personas jubiladas y de quienes desean invertir en una segunda casa en otro sitio.”⁷⁴

En ese sentido, el turismo residencial o inmobiliario se define entonces, como la actividad económica que se dedica a la producción y venta de viviendas, cuyo uso puede ser de fines de semana, vacacional o como residencia permanente o semipermanente.⁷⁵ Tiene como objeto la construcción de viviendas para después poner estos inmuebles a la venta; este turismo tiene cuatro etapas, a saber:

- a. Compra de tierra.
- b. Transformación de la tierra en suelo urbano.
- c. Construcción en el terreno.
- d. Venta de estas construcciones.

Para el objetivo de esta investigación, es importante mencionar que, este fenómeno no es estrictamente turístico; pues puede ubicarse en destinos no turísticos, donde se tiene la posesión de la tierra por compra, renta o préstamo de un inmueble en el cual pernoctan y realizan actividades de ocio y esparcimiento.⁷⁶

Entonces, se considera turismo porque cumple con el hecho de pernoctar y de realizar actividades de ocio y esparcimiento⁷⁷. Sin embargo, se puede diferenciar del turismo formal o tradicional porque:

- e. El turista no utiliza servicios ni estructuras turísticas comerciales para la pernocta, sino que aprovecha una estructura habitacional (casa o apartamento) que suele haber comprado o que renta fuera del sistema de alojamiento hotelero (negrita no es del original);

⁷⁴ Bulgarelli, Pablo. «El turismo residencial busca un lugar en Costa Rica». *Revista Tecnitur*, n.º 119 (2006): 20, <https://issuu.com/tecnitur/docs/tecnitur> (último acceso: 26 de abril 2020).

⁷⁵ Román Forastell, Marcela. *Mercados de tierra y turismo residencial. Propuestas metodológicas a partir de caso centroamericano*. En Turismo placebo: nueva colonización turística: Del Mediterráneo a Mesoamérica y El Caribe. Lógicas espaciales del capital turístico. Editado por Ernest Cañada Mullor y Macià Blázquez. Managua: EDISA, 2011, 103-133.

⁷⁶ Hiernaux-Nicolas, Daniel. «La promoción inmobiliaria y el turismo residencial: el caso mexicano». *Revista Scripta Nova: revista electrónica de geografía y ciencias sociales*, n.º 194, (2005). <http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn-194-05.htm> (último acceso: 30 de abril 2020).

⁷⁷ Román Forastell, *op. cit.*, 114.

- f. Estas estructuras de alojamiento no se encuentran forzosamente en un destino turístico, de tal suerte que no participan de la misma manera de una cierta “vida turística” propia de los destinos usuales, aún si muchas segundas residencias se sitúan en destinos importantes.⁷⁸

Dadas las características anteriores, es que se puede afirmar que el modelo de Airbnb se clasifica dentro de este tipo de turismo; pues esta plataforma utiliza bienes inmuebles que no son de su propiedad para rentarlos a turistas por un tiempo corto. Por otra parte, esta plataforma cuenta con hospedajes a lo largo del país, no solamente ubicados en destinos turísticos; por lo tanto, no se limitan al turismo vacacional, sino que pueden ser utilizados para otros fines como turismo estudiantil, reuniones, médico, entre otros.

De acuerdo con lo anterior, es importante destacar que este modelo turístico se encuentra en constante cambio, por lo que actualmente el turismo residencial no se limita a la adquisición de inmuebles, sino se amplía a incluir el arrendamiento de casas, apartamentos y condominios por periodos cortos.

La mayor parte del tiempo son alojamientos no reglados; es decir, forman parte del sector extra hotelero, tienen estancias mayores a las del turismo vacacional o recreacional; no son alojamientos hoteleros, sino más bien viviendas propias o de conocidos, las cuales pueden ser rentadas o prestadas.

Ahora bien, para este tipo de turismo existen dos arquetipos de turistas usuarios de este modelo:

- Turista residencialista: ocupa residencias por temporadas largas al año, por periodos de seis meses o más.
- Venerante residencial: visita estas residencias por periodos menores de seis meses, como, por ejemplo, épocas vacacionales como navidad, fin de año o semana santa.

⁷⁸ Calvo Gómez, *Los desarrollos inmobiliarios [...] la figura del turismo residencia*, 76.

Esencialmente, este modelo se caracteriza por la estacionalidad; pues durante las temporadas en las cuales los inmuebles permanecen desocupados, sus dueños deciden alquilarlos a turistas que desean utilizarlos por un periodo corto. “Una de las características presentada por el turismo residencial es que, debido a su estructura, el turista, el cual opta por este modelo, disfruta de una residencia que ha comprado o rentado distinto a un sistema de hospedaje tradicional”.⁷⁹

2.5. Sección V. Turismo colaborativo

Como ya se estudió en el capítulo anterior, la economía colaborativa es un fenómeno que abarca muchos campos tanto económicos y sociales, el turismo es uno de ellos. Para el objeto de estudio de la presente investigación, se analizará el turismo colaborativo.

El turismo es una de las actividades en las que con más intensidad se ha desarrollado la economía colaborativa. Aunque esta última no es un fenómeno homogéneo, existe consenso en que comprende tres actores: el proveedor (mayoritariamente un individuo particular), la plataforma (que actúa como intermediaria) y el consumidor (que puede ser tanto un particular como una empresa u organización).⁸⁰

El turismo colaborativo o turismo P2P (*peer to peer*), se puede definir como el modelo en el cual los particulares venden a otros, por medio de plataformas en línea, servicios, en este caso relacionados con el sector turístico⁸¹. El turismo P2P es una de las grandes tendencias globales que está transformando el modo de viajar.

Este modelo funciona principalmente gracias al Internet, mediante plataformas colaborativas que, a la vez, pueden operar como intermediarias, tales como Airbnb, lo cual permite compartir, emprender un negocio y ofrecer o adquirir

⁷⁹ Calvo Gómez, *op.cit.*, 82.

⁸⁰ Bulchand-Gidumal, Jaques y Melián-González, Santiago. «Relación entre sostenibilidad y turismo colaborativo a partir de las quejas recibidas en el alojamiento en vivienda vacacional». *Revista Cuadernos Económicos de ICE*, n.º 93, (s.f.): 93. https://accedacris.ulpgc.es/bitstream/10553/56323/1/Relacion_sostenible_turismo_colaborativo.pdf (último acceso: 1º de mayo de 2020).

⁸¹ Ramírez, Georgina. «Turismo P2P». *UDLAP Contexto*. s.f. <https://contexto.udlap.mx/turismo-p2p/> (último acceso: 1º de mayo 2020).

un servicio, en este caso específico de hospedaje, con nuevas opciones y precios al mercado turístico.

Es decir, como ya se ha indicado, se presenta “una contratación que se realiza a través de una plataforma tecnológica, en la que los intermediarios ponen en contacto a quienes demandan alojamiento y quienes lo ofrecen. Se trata por tanto de un contrato a distancia”.⁸²

En este fenómeno, los bienes se comparten y se ponen a disposición de quien los necesite, pasando de la localidad a la globalidad; pues los bienes pueden ser utilizados por personas extranjeras que necesitan el bien o el servicio, en este caso, un lugar para hospedarse.

Las partes que componen la relación del turismo colaborativo son:

- Anfitriones, quienes tienen el bien y lo ponen a disposición de quien lo necesite.
- Plataformas colaborativas, funcionan como intermediarios entre los anfitriones y los huéspedes.
- Huéspedes o usuarios, quienes necesitan el servicio de hospedaje.

Es decir, “la plataforma pone de acuerdo al oferente del servicio y al demandante, comisionando un porcentaje del precio de la reserva por los servicios prestados”.⁸³

Se cree que este tipo de turismo nació para favorecer al beneficiario final; es decir, al turista, ya que brinda mejores precios y la posibilidad de estancias más largas.

⁸² Fernández, Nuria. «Turismo P2p o colaborativo: un reto para el ordenamiento jurídico». *International Journal of Scientific Management Tourism*, n.º 2 (2016): 123.
https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/63022/1/2016_Nuria-Fernandez_IJSMT.pdf (último acceso: 8 de mayo 2020).

⁸³ Blog Misiones del Turismo. «Turismo colaborativo: ¿un modelo de negocio original?» 13 de setiembre 2016. <https://www.visionesdelturismo.es/turismo-colaborativo/> (último acceso: 8 de mayo 2020).

De forma más específica, varios autores consideran que:

[...] el turismo colaborativo permite aprovechar recursos infrautilizados así como conocimiento latente; disminuye los costes de transacción y mejora la transparencia informativa en las relaciones entre los actores; permite hacer frente al exceso de regulación en el sector, que tradicionalmente ha reducido la innovación en el mismo; y permite que el turista encuentre experiencias menos industrializadas y estandarizadas, de acuerdo con la era actual⁸⁴.

El turismo colaborativo puede producirse de varias formas y, por lo tanto, se puede clasificar en opciones dentro del desarrollo de la economía colaborativa, como ya se mencionó previamente. Por tanto, existen entonces, tres clasificaciones:

- Intercambios en los que no hay una búsqueda de lucro, siendo un ejemplo de estos la plataforma “*Couchsurfing*”, en la cual los anfitriones no cobran a los huéspedes por el alojamiento.
- Intercambios basados en la búsqueda de lucro, un ejemplo de esta categorización es la plataforma objeto de estudio de esta investigación, “Airbnb”, ya que los anfitriones ponen tarifas a sus ofertas de alojamiento.
- Intercambios en los que se pretenden cubrir gastos o intercambiar de manera temporal un bien por otro, por ejemplo, en la plataforma de “*Homexchange*”, donde los usuarios pueden intercambiar sus viviendas temporalmente, donde este cambio puede ser tanto sincrónico como asincrónico.

Se considera que el sector de turismo colaborativo concurre en competencia desleal; pues no cuenta con las mismas regulaciones ni aranceles que sí aplican para el sector hotelero formal.

Además, desde un punto de vista jurídico, puede decirse que “el principal problema es la existencia de un vacío normativo importante y el hecho de que siendo un fenómeno global, sea tratado de forma absolutamente sectorial, con

⁸⁴ Bulchand-Gidumal y Melián-González, «Relación entre sostenibilidad y turismo [...]», 94.

normas autonómicas con marcadas diferencias e incluso con ordenanzas municipales que pueden incidir en algunos aspectos”⁸⁵.

Sin embargo, en el territorio nacional, como ya se mencionó en el capítulo anterior, sí existe una ley que regula las condiciones bajo las que trabajan las plataformas colaborativas de hospedaje, con ello se logra reglamentar los derechos y los deberes de las partes (anfitriones, intermediarios y usuarios o huéspedes), así como los aranceles que debe cancelar al gobierno costarricense.

Lo anterior disminuye la brecha y los beneficios desiguales de los que gozaban, de tal forma disminuyen las diferencias administrativas que lo singularizaban del sistema formal.

Además, “parece haber un cierto consenso acerca de que el turismo colaborativo ha crecido al dar respuesta, en principio, a algunas de las cuestiones que más preocupan al sector: el impacto medioambiental y el consumo de recursos, el cambio climático, la distribución de riqueza y el desarrollo sostenible”⁸⁶.

Respecto al alojamiento colaborativo, se puede afirmar que los hospedajes de este tipo generan experiencias locales más auténticas para los visitantes y que en general, los usuarios encuentran mayor grado de satisfacción respecto a los hoteles, incluso en cuestiones en los que estos últimos deberían lograr mejores resultados (limpieza, por ejemplo). En cambio, encuentran que las estancias en vivienda vacacional puntúan peor que los hoteles, sea cual sea el tipo de hotel, en el check-in y el check-out, lo cual es relativamente lógico al tratarse de un proceso de puesta de acuerdo entre dos particulares, frente al caso de la recepción de hotel que habitualmente está disponible para que el huésped llegue a la hora que más le convenga.⁸⁷

Por otro lado, Nuria Fernández indica lo siguiente:

Frente a las ventajas y oportunidades que el consumo colaborativo ofrece para los turistas, en el sentido de que cuentan con una oferta mayor y a precios más reducidos, también es posible aludir a los inconvenientes o riesgos que se derivan de este tipo de arrendamiento. En realidad, la problemática puede enfocarse desde diversos puntos de vista.⁸⁸

⁸⁵ Fernández, *op. cit.*, 114 .

⁸⁶ Bulchand-Gidumal y Melián-González, *op. cit.*, 94.

⁸⁷ *Idem*, 95.

⁸⁸ Fernández, *op. cit.*, 112.

Algunos de los inconvenientes son:

- Graves problemas de convivencia en las comunidades de vecinos.
- Problemas de seguridad por la existencia de un tráfico importante de personas sin control.
- Aumento de la economía sumergida y sus negativas consecuencias.
- Aumento del trabajo ilegal.
- Violación a los derechos de los consumidores en materia de seguridad y calidad.
- Degradación de la imagen y el futuro de los destinos turísticos.

Entonces, se puede afirmar que la diferencia entre turismo formal, turismo residencial y colaborativo consiste principalmente en su regulación: es decir, el turismo formal se encuentra regularizado mediante distintos mecanismos, tales como: la declaratoria turística y el contrato turístico, los cuales son mecanismos utilizados por la Administración para regular la actividad turística, regular aportes fiscales por parte de los hoteles, así como los derechos y las obligaciones de los consumidores y el sector hotelero.

Por otro lado, en términos generales, tanto el turismo residencial y el turismo colaborativo no cuentan con regulación alguna, y esta carencia puede llegar a generar una competencia desleal respecto al sector formal; pues no se encuentran obligadas a cumplir con requisitos especiales impuestos por la ley, así como que no deben cumplir con obligaciones fiscales.

Finalmente, es importante enfatizar que “Airbnb” se puede encasillar dentro del turismo colaborativo, dado todos los puntos analizados anteriormente. Sin embargo, esto se analizará a fondo más adelante en la investigación.

Capítulo III. Teoría general de la Contratación Privada

3.1. Sección I. Teoría general de la Contratación Privada

Dado el objeto de estudio de la presente investigación, es relevante analizar la teoría general de los contratos para, de esta manera, comprender el contrato de Airbnb y todos sus elementos; además de realizar una comparación con el contrato de arrendamiento para juzgar la diferencia entre ambas figuras.

3.2. El contrato, acto jurídico

Un acto jurídico es el hecho voluntario lícito que tiene el fin inmediato de establecer relaciones jurídicas entre las personas: crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos. Este “acto es el medio por el cual el hombre impone un orden de relaciones jurídicas adecuado a las diversas finalidades que se propone alcanzar”.⁸⁹

Por otro lado, el negocio jurídico se puede definir como “una manifestación de voluntad dirigida a la producción de efectos jurídicos lícitos de naturaleza privada”⁹⁰. Se puede calificar como la categoría más amplia en la cual se engloban todos los actos de autonomía privada, tal como los contratos que representa un género de negocio.

Sin embargo, es importante destacar que la categoría del negocio jurídico, no se limita a los contratos, sino también incluye convenios, actos no patrimoniales, testamentos, entre otros, y, todas estas categorías tienen en común la voluntad exteriorizada de las partes, su fin y la programación de los intereses.

Posteriormente, “el contrato es el acuerdo de sujetos de derecho que manifiestan su voluntad para dar nacimiento, modificar o extinguir una relación jurídica de naturaleza patrimonial, se inscribe en la categoría genérica de los actos

⁸⁹ Garrone, José Alberto. *Diccionario Manual Jurídico Abeledo-Perrot*. 3era ed. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot, 2008, 42.

⁹⁰ Torrealba Navas, Federico. *Lecciones de contratos. Primera parte: elementos del contrato*. San José, Costa Rica: Isolma, 2009, 16.

jurídicos”⁹¹. Es decir, como se mencionó anteriormente, el contrato forma parte del género negocio jurídico.

La principal “diferencia entre acto jurídico y negocio jurídico aparece como una cuestión de fondo. El contrato tiene efectos queridos por las partes, desde luego, pero también soporta un cúmulo de consecuencias de derecho que provienen de la ley, la equidad y los principios generales de derecho y no de la voluntad de los contratantes”. Por eso, para los efectos de esta exposición se considerará al contrato como un acto jurídico, y para ello, se utiliza ese concepto en su contenido más amplio.

Aunado a lo anterior, se usa el contrato para organizar los intereses y las voluntades ya sean bilaterales o plurilaterales que se relacionan mediante el intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto es producir efectos jurídicos de naturaleza patrimonial. Según Diego Baudrit: “Los contratos tienen fuerza vinculante entre las partes que los suscriben. Es, por lo anterior, que se dice que los contratos tienen fuerza de ley entre las partes. Así lo estipula el propio Código Civil en su artículo 1022”.⁹²

Por otro lado, Baudrit afirma que del concepto de contrato se desprenden tres nociones a saber.

3.2.1. Acuerdo de partes

Para que surja un contrato, debe existir voluntad de las partes, la cual debe ser expresada de forma libre y exenta de vicios por un sujeto con capacidad para hacerlo. Lo anterior se refiere a que para que exista un contrato, el acuerdo debe ser total y definitivo; en otras palabras, si las voluntades no son las mismas y no son exteriorizadas, no existe contrato.

⁹¹ Baudrit Carrillo, Diego. *Derecho Civil IV. Teoría General del Contrato*. Vol. I. San José, Costa Rica: Juricentro, 1990, 11.

⁹² Acuña Navas, Adriana y Cordero Esquivel, Eugenio. *Los contratos de shrinkwrap, clickwrap y browserwrap: un enfoque desde la perspectiva del Derecho del Consumidor*. Tesis de grado de licenciatura en Derecho, San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica, 2014, 42.

Sin embargo, surge una excepción al acuerdo de voluntades, la cual se conoce como auto contrato, con el cual un mismo sujeto quien forma el contrato, por reunirse en esa persona la calidad de representar a todas las partes contratantes⁹³. Un ejemplo de un auto-contrato es un poder, el sujeto actúa en su carácter personal o como representante de alguien más.

3.2.2. Objeto relativo a la producción de efectos jurídicos

El objetivo del contrato es crear, modificar, o extinguir relaciones jurídicas; es decir, producir efectos jurídicos, esto último es donde radica la función de los contratos. Entonces, el objeto del contrato debe ser lícito y posible.

3.2.3. Naturaleza patrimonial

Los contratos que se ubican dentro de la esfera del Derecho Privado, ya sean civiles o mercantiles, solamente pueden referirse a situaciones jurídicas de carácter patrimonial por cuanto se encuentran en la esfera de los derechos disponibles. De acuerdo con Baudrit: “Son actos jurídicos patrimoniales, aquellos en los que la relación jurídica creada, versa sobre bienes o intereses que posean una naturaleza económica o puedan ser objeto de valorización. El bien tiene un valor real, económicamente hablando, por sus propias cualidades o características”.⁹⁴

3.3. Libertad contractual como Derecho Constitucional

Los contratos en el sistema jurídico costarricense se rigen por el principio de la libertad contractual, lo cual significa que las partes tienen la facultad para establecer el contenido que mejor se adapte a sus propios intereses.

Este principio de Libertad Contractual está regulado en el artículo 28 de la Constitución Política y afirma que las personas pueden hacer todo lo que no está

⁹³ Baudrit Carrillo, *op. cit.*, 28.

⁹⁴ Rodríguez Velarde, Javier. *Contratación empresarial*. Lima, Perú. 1988.
https://www.rodriiguezvelarde.com.pe/pdf/libro2_parte1_cap1.pdf (último acceso: 20 de mayo 2020).

prohibido por ley, esto establecido en la Resolución 3495-1992 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

En esta misma sentencia se menciona que los artículos 45 y 46 de la Constitución Política también se relacionan con la libertad contractual, e indican que la libertad, en su dimensión económica, está ligada a otras normas, como las de los artículos “45 (propiedad privada) y 46 (libertad de comercio, agricultura e industria) constitucionales, que si bien a veces ceden ante otras “más intensas para la existencia misma del hombre”, no por eso son de “segunda clase” sino que forman parte “indivisible” e “interdependiente” de los derechos humanos”.⁹⁵

Los derechos de propiedad privada y libertad de comercio, agricultura e industria, a su vez, suponen el derecho de libre contratación; la misma sentencia sigue diciendo que, el derecho a la libertad de contratación es “conditio sine qua non para el ejercicio de los derechos a la propiedad privada y a la libertad de empresa; y especificó que su contenido se resume en cuatro elementos”⁹⁶:

- a. La libertad para elegir al co-contratante, lo que significa elegir quién va a contratar.
- b. La libertad en la escogencia del objeto mismo del contrato y de la prestación principal que lo concreta, siendo esto la posibilidad de elegir qué se va a contratar, cómo será la contratación, cuándo y dónde se hará.
- c. La libertad en la determinación del precio, contenido o valor económico del contrato que se estipula como contraprestación.
- d. El equilibrio de las posiciones de ambas partes y entre sus mutuas prestaciones, respetando los principios fundamentales de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad, lo que se refiere a que las prestaciones deben ser razonablemente equivalentes entre sí y que además sean proporcionales respecto a la naturaleza, objeto y fines de contrato.⁹⁷

⁹⁵ Espinoza, Ana Lucía. «Introducción a los Contratos Mercantiles». *Derecho Comercial Costarricense*, s.f. <http://www.derechocomercial-cr.com/contratos/introducci%C3%B3n> (último acceso: 25 de mayo 2020)

⁹⁶ *Idem*.

⁹⁷ *Ibid*.

Igualmente, la resolución 4879-2002, de la Sala Constitucional, indica que la libertad de contratación se encuentra ligada a la libertad de comercio y la propiedad privada; pues:

[...] la contratación es producto de la autonomía de dos o más voluntades en la que se conviene sobre relaciones jurídicas, entre ellas las de carácter patrimonial. Con base en ese poder, las personas concluyen contratos para programar sus intereses individuales y como producto de todo contrato hay derechos subjetivos que los particulares y el Estado deben de respetar, no obstante, la libertad de contratar tiene los límites normales de toda actividad lícita y debe de ajustarse a lo establecido en el ordenamiento jurídico.⁹⁸

Ahora bien, el artículo 129 de la Constitución Política reza que “no tiene eficacia la renuncia de las leyes en general, ni la especial de las de interés público. Los actos y convenios contra las leyes prohibitivas serán nulos, si las mismas leyes no disponen otra cosa.”⁹⁹

Es decir, dentro de la regulación de los contratos privados, existen disposiciones de interés privado, en los cuales la autonomía de la voluntad es absoluta; por lo tanto, las partes tienen la capacidad de decidir si las aplican o no. Igualmente, existen normas de acatamiento obligatorio; pues son consideradas normas de interés público. Por ello, las normas de interés público establecen prohibiciones o condiciones que deben prevalecer sobre la contratación privada.

3.4. Elementos del contrato

El contrato, para que despliegue efectos jurídicos, debe reunir ciertos elementos, los cuales se pueden clasificar de la siguiente manera:

- Elementos esenciales o subjetivos: aquellos sin los cuales no puede existir el contrato.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ *Ibid.*

- Elementos accidentales: aquellos que expresamente establecen e incorporan al contrato las partes en virtud del principio de autonomía de la voluntad.
- Elementos naturales: los que normalmente prevé cada tipo de contrato.
- Elementos objetivos del contrato: son los elementos que se relacionan con el objeto del contrato. Es decir, los requisitos que debe tener el objeto del contrato para ser válido.

3.4.1. Elementos esenciales o subjetivos

Torrealba define que los elementos generales del contrato, son “aquellos componentes que ha de reunir un determinado fenómeno o segmento de la realidad, para merecer la calificación de contrato válido”¹⁰⁰. Dentro de los elementos generales se consideran los siguientes:

3.4.1.1. Capacidad de contratar

Se refiere a la posibilidad legal de ser considerado sujeto de derecho; es decir, que la persona contratante cuente con la capacidad jurídica para actuar ya sea a nombre propio o de un tercero (capacidad general de actuar). Además, incluye la capacidad especial de actuar.

La capacidad jurídica designa la posición general del sujeto en el mundo del Derecho como destinatario en parte actual y en su mayor parte potencial de los efectos jurídicos.¹⁰¹

Ahora bien, “un contrato, en general, debe ser realizado por sujetos de derecho, ya sean personas físicas o jurídicas. Los sujetos que intervienen en la formación del contrato deben tener capacidad, es decir ser sujetos de efectos de

¹⁰⁰ Torrealba Navas, *op. cit.*, 35.

¹⁰¹ Pérez Vargas, Víctor. *Derecho privado*. 3ra Ed. San José, Costa Rica: Litografía e Imprenta LIL, 1994, 40.

derecho”¹⁰². De esta manera, el artículo 36 del Código Civil, indica que la capacidad jurídica es inherente a las personas durante su existencia, de un modo absoluto y general.

Sin embargo, la capacidad jurídica, a pesar de ser el primer elemento constitutivo de todo contrato, no siempre es suficiente para que un sujeto pueda concluir un contrato, ya que no toda persona tiene la aptitud para adquirir derechos civiles y poder ejercerlos por sí misma. En este orden de ideas, la capacidad es de goce o adquisitiva y de ejercicio. La primera es la aptitud legal para ser titular de derechos, mientras que la segunda es la aptitud legal de una persona para ejercer personalmente los derechos que le hacen ejecutar actos jurídicos válidos.¹⁰³

Además, González Bolaños sigue indicando que la jurisprudencia costarricense ha señalado, en cuanto a la capacidad de auto determinarse y su relación con la libertad contractual, que:

El Estado sólo reconoce la dignidad de la persona como sujeto de derecho, en el tanto admita su libertad para decidir el contenido y destino de sus actuaciones (autonomía de la voluntad). Una vez reconocida esa autonomía, se acepta como una de sus principales manifestaciones la auto vinculación, la cual permite a cada sujeto regular sus relaciones libremente con otros individuos, a fin de constituir vínculos con plena vigencia y fuerza de ley entre ellos. En la medida en que se llevan a cabo esas relaciones, cada uno reconoce al otro como poseedor de la capacidad para auto determinarse; con lo cual, a su vez, reconoce su dignidad como sujeto de derecho. Esta facultad de relacionarse y contraer obligaciones encuentra su concreción en el contrato, entendido como pacto o acuerdo mediante el cual uno o varios sujetos de derecho, ejerciendo su libertad, deciden entablar relaciones jurídicas a fin de crear una situación generadora de derechos y obligaciones, lo que presupone libertad para definir si desean o no realizar el negocio, sus condiciones relativas, en caso de que el mismo se lleve a cabo, así como la forma contractual más adecuada a sus intereses e incluso la posibilidad de optar por modelos atípicos.¹⁰⁴

¹⁰² González Bolaños Karla. *La contratación electrónica a la luz de la Teoría General del Contrato imperante en la legislación costarricense*. Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho, San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica, 2014, 90.

¹⁰³ Rodríguez, Alessandri. «De los contratos». Santiago. 2009. <https://app-vlex-com.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/#WWW/vid/68987447> (último acceso: 1° de junio 2020).

¹⁰⁴ de la Corte Suprema Justicia de Costa Rica. (Sentencia número 656-2005, 8 de setiembre de 2005). Tomado de Karla González Bolaños, *La contratación electrónica a la luz de la Teoría General del Contrato imperante en la legislación costarricense*.

Es relevante enfatizar que es imprescindible que el sujeto que contrata posea capacidad de actuar, la cual se define como la posibilidad de realizar personalmente comportamientos que provocan la constitución de efectos jurídicos.

Es decir, es la facultad que tiene una persona, por medio de una manifestación de voluntad, de crear un acto con efectos jurídicos¹⁰⁵. Esta capacidad, en Costa Rica, la tienen las personas naturales que son mayores de dieciocho años, a quienes se les reconoce con capacidad volitiva y cognitiva. Existen excepciones a esto, como los menores de edad emancipados y ciertos actos realizados por menores de quince años, los cuales no serían nulos de pleno derecho¹⁰⁶.

En cuanto a las personas jurídicas y su capacidad de actuar, el Código Civil en el artículo 43 señala que las personas jurídicas por tiempo ilimitado y las que, aunque por tiempo limitado no tienen por objeto el lucro, no podrán adquirir bienes inmuebles a título oneroso.

No obstante, no es suficiente con que el sujeto contratante tenga capacidad de actuar; pues además debe tener legitimación, esto significa que debe tener habilidad para realizar un acto jurídico siempre que no le sea expresamente prohibido.

3.4.1.2. Consentimiento o voluntad

El consentimiento se refiere al “curso de las voluntades de dos o más sujetos con miras a la programación lícita de intereses jurídicos patrimoniales; al

¹⁰⁵ *Idem*.

¹⁰⁶ Código Civil Costa Rica “ARTÍCULO 36.- La capacidad jurídica es inherente a las personas durante su existencia, de un modo absoluto y general. Respecto de las personas físicas, se modifica o se limita, según la ley, por su estado civil, su capacidad volitiva o cognoscitiva o su capacidad legal; en las personas jurídicas, por la ley que las regula. ARTÍCULO 37.- Son mayores de edad las personas que han cumplido dieciocho años; y menores las que no han llegado a esa edad. Artículo 38.- El menor de quince años es una persona absolutamente incapaz para obligarse por actos o contratos que personalmente realice, salvo los determinados específicamente por la ley. ARTÍCULO 39.- Los actos o contratos que el mayor de quince años realice por sí mismo, siendo todavía menor, serán relativamente nulos y podrán anularse a solicitud de su representante o del mismo menor cuando alcance la mayoría, salvo: 1o- Si se tratare de su matrimonio; y 2o- Si ejecutare o celebrare el acto o contrato diciéndose mayor y la parte con quien contrató tuviere motivo racional para admitir como cierta la afirmación. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. «Código Civil». Sistema Nacional de Legislación Vigente.

proceso de manifestación de la voluntad de cada una de las partes; a los mecanismos de perfeccionamiento o formación del vínculo contractual¹⁰⁷. Para los contratos, se entiende que el consentimiento debe ser libre, no debe haber intimidación. Tampoco, ningún otro aspecto que vicie la voluntad de los sujetos contratantes.

Baudrit señala que, el querer interno debe haber sido formado libremente para que produzca, con su exteriorización, los efectos jurídicos correspondientes. La voluntad debe estar libre de vicios; error, intimidación y dolo.¹⁰⁸

Esto sucede cuando una persona manifiesta su voluntad para producir efectos jurídicos, fundada en ese error; esto incide entonces en la validez del contrato. Error que se comprende como una falsa representación de la realidad y puede presentarse sobre:

- e. las cualidades esenciales del objeto; existe vicio del consentimiento, ya que no existe coincidencia en la voluntad de las partes cuando está deformada la apreciación del objeto de la prestación.
- f. sobre la identidad de uno de los contratantes, existe un vicio del consentimiento únicamente cuando la identidad de los contratantes sea determinante para haber llegado al convenio. Es decir, si existe un contrato, sin embargo, su validez es discutible.

Existe el concepto de error obstáculo, que no es un error *per se*; sin embargo, cuando se presenta no existe contrato; pues la voluntad interna no concuerda con la manifestación del sujeto.

El error se encuentra regulado en el artículo 1015 del Código Civil costarricense, pero se limita a regular el error sobre las cualidades esenciales del objeto.

¹⁰⁷ Baudrit Carrillo, *op. cit.*, 15.

¹⁰⁸ *Idem.*

Por otro lado, la intimidación, también conocida como violencia moral, se define como “la presión que se ejerce sobre una persona para que manifieste su voluntad en una determinada dirección, con la amenaza de un daño injusto y notable”¹⁰⁹. Se puede afirmar que, en caso de que haya intimidación, si existe voluntad de la víctima; sin embargo, no fue formada libremente.

En este caso no existe signo alguno de voluntad por parte de la víctima, ya que su manifestación ha sido obtenida suplantando su voluntad con medios físicos, con la violencia moral hay un contrato viciado.

Además, el dolo, “consiste en maniobras para inducir a un sujeto a error con el fin de que se lleve a cabo un contrato. Será un vicio del consentimiento cuando esas maquinaciones son realizadas por una de las partes contratantes. En caso de que sean efectuadas por un tercero, el contrato seguirá siendo válido sin perjuicio del derecho de la víctima de ser indemnizada por daños y perjuicios”¹¹⁰. El dolo se encuentra regulado en el artículo 1020 del Código Civil costarricense.

3.4.1.3. El objeto lícito y posible

Todo contrato tiene su objeto, el cual debe ser lícito, posible, determinado o determinable y susceptible de valoración económica. El objeto se refiere al bien o servicio por el que las partes resultan obligadas a rendirse en virtud del contrato. Cuando se indica que el objeto debe ser posible, significa que su realización es racionalmente posible; es decir, algo que se puede conseguir.

El objeto debe ser lícito, lo cual significa que debe encontrarse dentro de la regulación de la ley, la moral y las buenas costumbres.

Determinado o determinable se refiere a que en el contrato debe fijarse el contenido de las prestaciones expresamente, o bien, los métodos para que sean fijadas, de conformidad con criterios objetivos¹¹¹.

¹⁰⁹ Baudrit Carrillo, *op. cit.*, 16.

¹¹⁰ *Ibid.*, 17.

¹¹¹ Baudrit, *op. cit.*, 15.

Finalmente, el objeto debe ser susceptible de valoración económica, esto significa que el contrato únicamente puede producir para efectos patrimoniales.

3.4.1.4. Causa justa

La causa justa significa el por qué, para qué y a cuenta de qué de las atribuciones patrimoniales pactadas¹¹². Es la función jurídica y social del contrato. Si la causa no se encuentra dentro del Derecho, se producirá la nulidad del contrato.

Se habla de que existe una teoría objetiva y una teoría subjetiva de la causa. La primera sostiene que la causa es la función socioeconómica del contrato. Así, por ejemplo, en los contratos onerosos sería la transmisión de un bien o prestación de un servicio a cambio de una contraprestación. Por su parte, en los contratos gratuitos, sería la transmisión de un bien o un servicio sin contraprestación.¹¹³

La teoría subjetiva sostiene que la causa del contrato es la intención que tienen las partes para contratar, por lo que es diferente en cada contrato. Entonces, cabe indicar que la causa es el “fin perseguido por las partes con la celebración del contrato; como la función económica-social concreta querida por los concretos contratantes al celebrar el contrato, es decir, aquello sobre lo que consienten, siendo, por tanto, parte de ella el motivo determinante incorporado”.¹¹⁴

La causa se encuentra regulada en el artículo 627 del Código Civil costarricense, el cual señala para la validez de la obligación es esencialmente indispensable la causa justa.

3.4.1.5. La forma

La forma es el conjunto de signos sensibles por medio de los cuales se manifiesta el consentimiento de los contratantes. Es la manera de exteriorizar los contratos para que sean percibidos por las partes y terceros y, generalmente, es libre. No obstante, “en algunos casos para que los contratos sean válidos, estos

¹¹² Torrealba Navas, *op. cit.*, 37.

¹¹³ Acuña Navas y Cordero Esquivel, *op. cit.*, 54

¹¹⁴ *Idem*, 54

deben celebrarse de conformidad con formas prescritas por la ley. Es decir, se trata de contratos solemnes”.¹¹⁵

Existen diferentes tipos de formalidades, a saber:

- Formalidades *ad substantiam*: formas que, en ciertos contratos, deben cumplirse para la validez del negocio.
- Formalidades de oponibilidad: formas que, en ciertos contratos, deben cumplirse para que el acto surta efectos frente a terceros.
- Formalidades *ad probationem*: la ley exige a los fines de la prueba de la existencia y del contenido de un contrato.
- Formalidades facultativas: formas que las partes eligen adoptar convencionalmente, aunque la ley no las exija.

De acuerdo con el artículo 1009 del Código Civil, en Costa Rica existe la libertad de formas, en cuanto los formalismos son una excepción a la regla, el artículo expone que desde que la estipulación se acepta, queda perfecto el contrato, salvo los casos en los cuales la ley exija alguna otra formalidad. Finalmente, el artículo 411 del Código de Comercio:

[...] establece que Los contratos de comercio no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales, cualesquiera que sean la forma, el lenguaje o idioma en que se celebren, las partes quedarán obligadas de manera y en los términos que aparezca que quisieron obligarse. Se exceptúan de esta disposición los contratos que, de acuerdo con este Código o con leyes especiales, deban otorgarse en escritura pública o requieran forma o solemnidades necesarias para su eficacia.¹¹⁶

3.4.2. Elementos accidentales de los contratos específicos

Según Federico Torrealba, se entiende por elementos accidentales “aquellos componentes que pueden ser incorporados a un contrato, sin ser necesarios para

¹¹⁵ Baudrit Carrillo, *op. cit.*, 17.

¹¹⁶ *Idem*, 17.

su validez, pero que, una vez agregados a un programa contractual específico, pueden llegar a tener una influencia decisiva en la eficacia jurídica del acto”.¹¹⁷

Dentro de los elementos accidentales se encuentran:

- Condiciones suspensivas y resolutorias.
- Términos iniciales y finales.
- Estipulaciones modales.
- Cláusulas de resolución de disputas.
- Definiciones o glosarios contractuales.
- Cláusulas de interpretación y conservación del contrato.¹¹⁸

3.4.3. Elementos naturales de los contratos especiales

Por elementos naturales de los contratos especiales, se comprenden aquellos componentes mínimos que debe reunir un contrato, para merecer ser calificados bajo un determinado *nome iuris*; es decir, “los rasgos básicos sine que non, de una determinada figura contractual”.¹¹⁹

3.4.4. Elementos objetivos del contrato

3.4.4.1. Posibilidad

Se trata de una prestación que es posible realizar, tanto en lo que concierne a su naturaleza en abstracto como relacionada con el sujeto que la debe, en el plano material¹²⁰. Es decir, el objeto debe ser posible, pues su realización es racionalmente concebible. De acuerdo con Víctor Pérez “un comportamiento es posible cuando en la realidad física el objeto ya existe o puede llegar a existir”.¹²¹

¹¹⁷ Torrealba Navas, *op. cit.*, 41.

¹¹⁸ *Idem*, 38.

¹¹⁹ *Ibid*: 38

¹²⁰ *Ibid*: 121.

¹²¹ Acuña Navas, y Cordero Esquivel, *op. cit.*, 49.

3.4.4.2. Licitud

La licitud se presenta cuando la prestación se adecúa a las actividades permitidas, por no estar prohibidas por la ley, la moral o las buenas costumbres¹²². El Código Civil en el numeral 631, establece que la imposibilidad legal existe.

“1º.- Respecto a las cosas que estén fuera del comercio por disposición de la ley.

2º.- Respecto de los actos ilícitos como contrarios a la ley, a la moral o a las buenas costumbres”.

3.4.4.3. Determinabilidad

El contrato en toda obligación civilmente válida debe ser determinable o determinado, desde que en el contrato se fija “el contenido de las prestaciones, o bien, los métodos para que sea establecida de acuerdo con criterios objetivos”¹²³. En otras palabras, la prestación debe estar descrita en forma. Si no está establecida deben indicarse los elementos objetivos para poder determinar dicha prestación. En relación con la determinabilidad del objeto, explica el artículo 630 del Código Civil que: “Es ineficaz la obligación cuyo objeto no pueda reducirse a un valor exigible, o no esté determinado ni pueda determinarse”.¹²⁴

3.4.4.4. Valorabilidad

El objeto debe ser valorado económicamente, así se configura la característica que tiene el contrato de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas de carácter patrimonial; pues si el acuerdo se refiera a otro tipo de relaciones jurídicas, por ejemplo de naturaleza familiar, no habría contrato sino otro acto jurídico¹²⁵. Lo anterior se hace posible con la patrimonialidad.

¹²² Torrealba Navas, *op. cit.*, 121.

¹²³ Baudrit, Diego. «El contrato, acto jurídico». *Revista de Ciencias Jurídicas*, n.º 54 (1985): 121, <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/17489/16998> (último acceso: 5 de julio 2020).

¹²⁴ Acuña y Cordero, *ibid.*

¹²⁵ Baudrit, “*El contrato [...]*”, 121.

3.4.5. Invalidez de los contratos

La validez de los contratos se encuentra regulada en el Código Civil costarricense, específicamente en los artículos 835 y siguientes, los cuales recogen la teoría de la validez contractual, según esta “cuando un contrato es inválido el derecho de hacer valer esa invalidez se asigna a un grupo indeterminado de personas, o bien, a un grupo cerrado de personas”.¹²⁶

“La nulidad y anulabilidad de los contratos son dos formas de la invalidez. La ineficacia y la rescindibilidad complementan los cuatro supuestos de vicisitudes del contrato. Barbero, en cambio, habla de la ineficacia, en general, del negocio jurídico, para indicar toda situación en que, dada la manifestación de una intención negocial, o no se dan sus efectos perseguidos, o pueden hacerse cesar, o no se los puede hacer valer frente a ciertas personas.”¹²⁷

La nulidad es absoluta cuando el orden público está primordialmente interesado en la sanción. Es decir, cuando los actos nulos o anulables contravinieran el orden público o las buenas costumbres. Según el Código Civil, en el artículo 835, existe nulidad absoluta bajo los siguientes supuestos:

1º.- Cuando falta alguna de las condiciones esenciales para su formación o para su existencia.

2º.- Cuando falta algún requisito o formalidad que la ley exige que en ellos interviene (sic).

3º.- Cuando se ejecutan o celebran por personas absolutamente incapaces.

Además, el artículo 837 explica que la nulidad absoluta puede alegarse por todo aquel que “tenga interés en ella y debe, cuando conste en autos, declararse de oficio, aunque las partes no la aleguen; y no puede subsanarse por la

¹²⁶ Acuña Navas y Cordero Esquivel, *op. cit.*, 56.

¹²⁷ Garrone, *op. cit.*, 448.

confirmación o ratificación de las partes, ni por un lapso de tiempo menor que el que se exige para la prescripción ordinaria”¹²⁸.

En cuanto a la nulidad relativa, se puede afirmar que se presenta cuando el interés primordialmente interesado es privado: se trata del interés propio de la persona a quien se confiere la acción, esto significa que la nulidad es relativa cuando los vicios de los actos nulos o anulables afectan el interés de las personas en cuya protección se ha establecido la nulidad. El artículo 836 del Código Civil establece que existirá:

1º.- Cuando alguna de las condiciones esenciales para su formación o para su existencia es imperfecta o irregular.

2º.- Cuando falta alguno de los requisitos o formalidades que la ley exige teniendo en mira el exclusivo y particular interés de las partes; y.

3º.- Cuando se ejecutan o celebran por personas relativamente incapaces.¹²⁹

De conformidad con el artículo 838 del Código mencionado supra, “la nulidad relativa no puede declararse de oficio ni alegarse más que por la persona o personas en cuyo favor la han establecido las leyes o por sus herederos, cesionarios o representantes. Tampoco puede subsanarse por la confirmación o ratificación del interesado o interesados”.

Con base en el artículo 844 del Código Civil, si un contrato resultara declarado como nulo, se tendría por ineficaz desde su origen; por lo tanto, las partes deben restituir las prestaciones que hubieran intercambiado:

La nulidad absoluta, lo mismo que la relativa, declaradas por sentencia firme, dan derecho a las partes para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, siempre que la nulidad no sea por lo ilícito del objeto o de la causa, en cuyo caso no podrá repetirse lo que se ha dado o pagado a sabiendas.¹³⁰

¹²⁸ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. «Código Civil». Sistema Nacional de Legislación Vigente, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=15437&nValor3=90115&strTipM=TC (último acceso: 28 de julio 2020).

¹²⁹ *Idem*.

¹³⁰ *Idem*.

3.4.6. Formación del contrato

3.4.6.1. Acuerdo de voluntades

Para su perfeccionamiento o nacimiento a la vida jurídica, el contrato requiere el consentimiento de las partes. Para que se forme el contrato, las respectivas manifestaciones individuales de consentimiento deben concurrir de modo tal que se produzca un consenso¹³¹. Este consenso, consiste en la concordancia respecto del objeto, la causa y demás elementos esenciales del negocio específico.

3.4.6.2. La oferta del contrato

Federico Torrealba manifiesta que la oferta del contrato es:

La oferta es una manifestación unilateral de voluntad, emitida por un sujeto de derecho, dirigida a otro, en que le propone la conclusión de un contrato. Consiste en una declaración precisa y completa de una voluntad contractual seria, sobre la cual no puede haber, en principio retractaciones o arrepentimientos.¹³²

Además, según Federico Torrealba, se puede definir la oferta como: “Una manifestación unilateral por la que el oferente o solicitante comunica, de forma suficientemente precisa y clara, su interés de concertar determinado contrato y manifiesta por anticipado su consentimiento, de modo tal que, si la propuesta es aceptada, se forma el consenso”¹³³.

3.4.6.3. Características de la oferta o propuesta

La validez no se ve comprometida cuando la oferta se formula de manera genérica, sea cuando no se individualiza o determina al beneficiario de esta; sino que está dirigida a un conjunto de individuos que podrían aceptar el pacto. Es decir, de la posibilidad de que esta sea aceptada por alguien.¹³⁴

¹³¹ Torrealba Navas, *op. cit.*, 205.

¹³² *Ibid*, 205.

¹³³ *Ibid*, 206

¹³⁴ *Ibid*, 47.

La oferta debe ser declarada y dirigida: la oferta es declarada cuando se trata de una manifestación de voluntad, en la expresión del querer interno de un sujeto de derecho que se puede constatar por signos sensibles, externos a él¹³⁵. Para los contratos consensuales, la oferta puede ser tanto una manifestación verbal como escrita. Si es un contrato solemne se exige formalidad en la oferta. Por su parte, la oferta es dirigida cuando el oferente individualiza en su declaración al beneficiario de la propuesta y con ello identifica a la otra parte del contrato, lo cual es esencial para la validez del contrato.¹³⁶

Esto se refleja en el artículo 445 del Código de Comercio, exponiendo que la pólita pública que, en forma de circulares, avisos o por otro medio hagan los comerciantes, no los obligan con determinada persona y solamente con quien primero la acepte.

- La oferta debe ser precisa y completa: para que sea precisa, la oferta no debe contener errores, no debe ser confusa, debe ser seria y manifestada de manera clara. Es completa porque la proposición debe presentarse con todos los elementos relativos al acuerdo, cuya decisión está a cargo del oferente¹³⁷. Es decir, la oferta debe contener toda la información necesaria para que se forme el contrato. Es importante destacar que, si la oferta no cumple con estos requisitos, no tiene valor de oferta contractual.

Ahora bien, puede ser que la oferta no sea elaborada y necesite otros elementos para concluir el contrato, en este caso no se puede considerar como la oferta del contrato; se estaría hablando de una tratativa¹³⁸.

¹³⁵ Baudrit, *“Derecho Civil IV [...]”*, 46.

¹³⁶ *Idem*, 46.

¹³⁷ *Ibid*, 47.

¹³⁸ *Ibid*, 47.

Por otro lado, la oferta puede ser con reservas, lo cual significa que es una proposición seria de contrato, formulada para que otro acepte, pero resulta condicionada a que se presenten requisitos que exige el proponente. Es válida cuando son objetivas y no quedan al arbitrio del oferente.

La oferta debe ser obligatoria: esto significa que el proponente no puede variarla impunemente dentro de un plazo dado. Sin embargo, según Diego Baudrit, en la legislación costarricense existe una contradicción respecto a este tema; pues el artículo 1010 del Código Civil dispone de que quien hace una proposición, puede retirarla mientras no haya sido aceptada por la otra parte; pero el contrato propuesto será válido si la persona a quien se hizo la proposición, la acepta puramente antes de tener noticia de que había sido retirada.

Al contrario, el artículo 1013 del Código Civil, estipula que el proponente está obligado a mantener su propuesta; mientras no reciba respuesta de la otra parte en los términos fijados en el artículo anterior.

Baudrit además señala que, en virtud de la teoría del abuso del Derecho que adopta el sistema legal costarricense:

[...] ningún oferente puede retirar abusivamente su propuesta. Así, una vez formulada la oferta, el oferente debe mantener su propuesta, al menos por un plazo necesario para que el beneficiario la estudie y responda. Dado que no existe un plazo estipulado, ese plazo necesario para que el beneficiario estudie la oferta y responda será un plazo moral o implícito, al cual está sujeto el oferente en razón del principio de seguridad jurídica.¹³⁹

3.4.6.4. La aceptación de la oferta

La aceptación es “una manifestación unilateral de voluntad por la que el aceptante consiente en la oferta, en forma pura y simple”¹⁴⁰. La aceptación debe ser (i) pura y simple; y (ii) manifestada en un tiempo útil.

i. Aceptación pura y simple

¹³⁹ Baudrit, “*El contrato [...]*”, 48.

¹⁴⁰ Torrealba, *op. cit.*, 234.

La aceptación de la oferta debe ser expresa o al menos tácita, para que pueda ser deducida de los comportamientos del aceptante. Igualmente, debe coincidir totalmente con la oferta y, por lo tanto, no pudiendo ser modificada. En caso de que haya modificaciones, se convierte en una contraoferta, la cual se dirige al oferente original. Dicha oferta, debe cumplir con los requisitos de la validez y obligatoriedad.

ii. Manifestada en tiempo útil

La oferta debe aceptarse en un tiempo hábil, para que se firme el contrato. Si se trata de contratación entre presentes, la aceptación se celebra en forma inmediata a la oferta. En los casos de contratación entre ausentes, la aceptación debe darse en el tiempo fijado por el oferente, y en caso de no haberse fijado, se concreta dentro del plazo legal o moral correspondiente.

En caso de que la aceptación se dé fuera del plazo estipulado, no se formará el contrato: “Durante ese plazo pueden presentarse contraofertas que, salvo que incluyan una renuncia al plazo, no tienen el efecto de hacer caducar el plazo de vigencia de la oferta original”.¹⁴¹

3.4.6.5. Conclusión del contrato: momento y lugar de la formación del contrato

Es claro que existirá contrato cuando coinciden las voluntades de los particulares, lo cual se producirá en el momento en que la oferta ha sido aceptada por su destinatario.

Según Diego Baudrit, existe un problema para determinar el tiempo o el momento en que las obligaciones contractuales surgen y fijar el lugar en que se forma el acuerdo, para establecer cuestiones como competencia territorial y ley aplicable, de acuerdo con el criterio que el contrato se concluye con la coexistencia

¹⁴¹ Baudrit, “Derecho Civil IV [...]”, 50.

de voluntades concordantes (teoría de la declaración) o bien, el acuerdo solo surge en presencia del concurso consciente de voluntades (teoría de la información).¹⁴²

- La teoría de la declaración: la conclusión del contrato se da cuando la voluntad del oferente ya se encuentra formada previamente y la del beneficiario se dan en el momento de la aceptación.

Esta teoría evolucionó hasta convertirse en la teoría de la expedición o la emisión, esto dada la dificultad que existe para constatar la existencia de las voluntades concordantes.¹⁴³

Esta teoría propone que, el “momento de la formación del contrato se da cuando el aceptante realiza el acto material de comunicar al oferente su aceptación, ya sea por medio de una carta, telegrama o similar. Así, el lugar en que el aceptante emita su declaración de voluntad sería el lugar de formación del contrato”¹⁴⁴.

Además, esta teoría aparece reflejada de manera ambigua, según Baudrit, en los artículos 1009 y 1010 del Código Civil costarricense. El artículo 1009, expone que desde que la estipulación se acepta, queda perfecto el contrato, salvo los casos en los cuales la ley exija alguna otra formalidad. Por su parte, el artículo 1010 establece que:

[...] el que hace una proposición puede retirarla mientras no haya sido aceptada por la otra parte; pero el contrato propuesto será válido si la persona a quien se hizo la proposición, la acepta puramente antes de tener noticia de que había sido retirada. Cuando la aceptación involucre modificación de la propuesta o fuere condicional, se considerará como nueva propuesta.¹⁴⁵

Sin embargo, Baudrit señala que existen otras reglas jurídicas dentro del ordenamiento costarricense, las cuales parecen inclinarse por la teoría que se explica a continuación.

¹⁴² *Ibid*, 51

¹⁴³ *Idem*.

¹⁴⁴ *Idem*.

¹⁴⁵ *Ibid*, 52.

- La teoría de la información: se considera que hay contrato cuando las voluntades de los contratantes son recíprocamente conocidas por ellos. Lo anterior significa que “habrá contrato cuando el oferente conoce que el destinatario aceptó pura y simplemente la propuesta”.¹⁴⁶

Con la teoría de la recepción se termina el problema de determinar el momento cuando inicia la relación contractual; pues se establece como fecha del contrato aquella en la cual el oferente es notificado por el aceptante sobre la aceptación de su oferta. De este modo, el lugar del contrato sería el lugar donde se reciba dicha comunicación.

La teoría de la recepción se ve reflejada en el artículo 444 del Código de Comercio costarricense y dispone que:

El contrato quedará perfecto desde el momento en que, dentro de los términos indicados en el artículo anterior, el proponente reciba comunicación de la otra parte aceptando pura y simplemente. Si la contestación contuviere algunas modificaciones o condiciones, el contrato no se perfeccionará hasta tanto el proponente original no acepte los cambios y así lo haga saber. Esa contestación, por su parte, producirá el perfeccionamiento del contrato, cuando llegue a poder del posible comprador.¹⁴⁷

Finalmente, el numeral 1013 del Código Civil, se considera la base para afirmar que la contratación privada, en general, está presidida por el sistema de la recepción. El artículo mencionado supra asegura que el proponente está obligado a mantener su propuesta, mientras no reciba respuesta de la otra parte en los términos fijados en el artículo anterior.

¹⁴⁶ Baudrit Carrillo, “*Derecho Civil* [...]”, 52.

¹⁴⁷ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. «Código de Comercio». *Sistema Nacional de Legislación Vigente*. s.f.
http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=6239&nValor3=89980&strTipM=TC (último acceso: 10 de agosto 2020).

3.4.7. Clasificación de los contratos

Baudrit afirma que, para determinar cuáles reglas se aplican a un convenio determinado, es necesario clasificarlo. Según las condiciones particulares de los diversos contratos, estos se clasifican en:

- a. Contratos unilaterales y bilaterales o sinalagmáticos: los contratos unilaterales con aquellos en los cuales solamente una de las partes contratantes se compromete a alguna prestación respecto de la del otro, esto significa que solamente una de las partes resulta obligada. Figuran en esta clasificación el testamento, emisión de títulos valores, fianza, hipoteca, donación, entre otros.

Por su parte, en los bilaterales, ambas partes generan prestaciones recíprocas. En ese sentido, en el contrato bilateral se crean obligaciones recíprocas, de modo que cada parte es a la vez, acreedora y deudora. "Ulpiniano, citado por Brenes Córdoba, dice que "a éstos solamente consideraba como contratos, por ser los únicos en que hay ligamen obligatorio entre las partes a efecto de dar, hacer, o no hacer alguna cosa"¹⁴⁸. Lo que distingue a este tipo de contratos es la posición de interdependencia de las contraprestaciones, cuya causa es recíproca. En el plano económico, plantea una relación de intercambio¹⁴⁹. Además, únicamente en los contratos bilaterales encuentra la posibilidad de aplicar la resolución y la excepción del contrato no cumplido.

Se pueden encontrar dentro de esta clasificación el arrendamiento, la permuta, el contrato de sociedad.

¹⁴⁸ Ramos, Liana Gabriela y Sing Lam, Harry. *Los nuevos contratos electrónicos y sus efectos en la teoría general de los contratos*. Tesis de grado de Licenciatura en Derecho, San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica, 2013, 31.

¹⁴⁹ Torrealba Navas, *op, cit.*, 60.

Dentro de los contratos bilaterales se pueden hallar dos categorías, las cuales se especifican a continuación:

- i. Contratos perfectos: en que desde el principio se crean mutuas obligaciones.
 - ii. Contratos imperfectos: los que, si bien al formarse tienen el carácter de unilateralidad por no engendrar más que una obligación, posteriormente, pueden asumir la calidad de bilaterales a causa de producirse otra obligación, a cargo de la parte que antes estaba libre; un ejemplo de esta clasificación es el depósito. En estos contratos, se encuentra implícita la condición resolutoria por incumplimiento de una de las partes.
- b. Contratos onerosos y gratuitos: en los contratos onerosos cada una de las partes contratantes recibe o va a recibir una ventaja patrimonial¹⁵⁰. Estos se celebran por el interés y utilidad recíproca de las partes, bajo la estipulación de mutuas prestaciones¹⁵¹. Los contratos gratuitos por otro lado, se definen como aquellos en los cuales una de las partes procura el beneficio de la otra, sin recibir ninguna ventaja como contrapartida de la prestación¹⁵². Dentro de este grupo se puede encontrar la donación y el depósito.
 - c. Contratos consensuales, solemnes y reales: son los que se perfeccionan con el simple acuerdo de las partes, independientemente de toda formalidad extrínseca, tal como el contrato de compraventa. En los contratos solemnes, además de cumplir con el consentimiento de las partes, debe guardar ciertas formalidades exigidas por la ley; como por ejemplo la redacción de una escritura para hipoteca, mandato, donación. En cambio, los contratos reales, para que sean válidos, además del consentimiento, necesitan la entrega de una cosa. En la legislación

¹⁵⁰ Baudrit Carrillo, "*Derecho Civil [...]*", 33.

¹⁵¹ Ramos y Sing Lam, *op. cit.*, 32.

¹⁵² Torrealba Navas, *op. cit.*, 54.

costarricense, se regulan contratos reales tales como el comodato, mutuo y el depósito.

Contratos de ejecución instantánea y sucesivos: estos se refieren a los que hacen nacer obligaciones que se ejecutan de una sola vez; es decir, originan obligaciones susceptibles de ser ejecutadas mediante una única prestación, dentro de esta clasificación se hallan la venta, permuta, mandato para una sola operación. Asimismo, los contratos sucesivos originan obligaciones que se ejecutan de modo escalonado, a lo largo de un periodo, por ejemplo: el arrendamiento o el contrato laboral.

- d. Contratos principales y accesorios: los principales tienen una existencia propia e independiente, pueden concluirse sin necesidad de otros contratos, como la venta, el depósito, o bien, el inquilinato; mientras los accesorios suponen necesariamente la existencia de otro contrato del que aseguran por lo general su cumplimiento o su complemento, como la fianza, la hipoteca, las capitulaciones matrimoniales.
- e. Contratos conmutativos y aleatorios: el conmutativo es el que en cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa equivalente a lo que da o hace la otra, tal como el contrato de arrendamiento. Asimismo, el contrato aleatorio se presenta cuando la ganancia o la pérdida para ambas o una de las partes, depende de un acontecimiento incierto, por ejemplo, los contratos de seguro.
- f. Contratos típicos y atípicos: los contratos típicos tienen regulación legal, tal como la compraventa, la donación, entre otros, en cambio la regulación de los contratos atípicos no está hecha en alguna ley especial de Derecho Comercial o Civil.
- g. Contratos nominados e innominados: los contratos nominados son aquellos a los cuales la ley les da un nombre. Así, se tiene que todos los contratos nominados son típicos. Al contrario, los contratos innominados carecen de nombre y, por ende, todos son atípicos. Algunos de estos

contratos, por el reconocimiento que de ellos hace la doctrina y los tribunales, por su auge y significativo uso, devienen en “nominados socialmente” o incluso en “tipificados socialmente”¹⁵³. Estos contratos en su mayoría, se generan en la práctica anglosajona; por ende, los rigen el *Common law*, y dado el fenómeno de la globalización, han llegado a países con sistemas como el costarricense.

Los contratos atípicos innominados se regirán por las cláusulas acordadas por las partes, las normas de contratos semejantes y las normas generales de contratación. Estos contratos cuentan con la ventaja adicional de que al ser nominados y tener una tipicidad social será más fácil aplicarles la doctrina de autores y tribunales¹⁵⁴.

h. Contrato forzoso: aquellos que deben ser celebrados por disposición de ley.

Aún es importante definir el concepto de contratos de libre discusión, de adhesión y contratos tipo; sin embargo, de acuerdo con los objetivos de la presente investigación, estas clasificaciones necesitan ser estudiadas a fondo; por lo tanto, se dedicará un análisis profundo a continuación.

i. Contrato de libre discusión:

[...] aquellos que se concluyen después de que las partes han fijado sus intereses en tratativas o negociaciones previas que sirven de base para el acuerdo final. Es posible que en estos contratos haya existido una etapa precontractual en la que las partes actuaron presididas por los principios de igualdad y libertad. Así, en los contratos de libre discusión se ve reflejado en su máxima expresión el principio de autonomía de la voluntad, ya que las partes han negociado y manifestado libremente su voluntad¹⁵⁵.

Esta modalidad contractual también es definida en la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, en su artículo 2 y se establece que son aquellos convenios cuyas condiciones generales han sido predispuestas,

¹⁵³ Acuña Navas y Cordero Esquivel, *op. cit.*, 71.

¹⁵⁴ *Ibid*, 71.

¹⁵⁵ Baudrit Carrillo, “*Derecho Civil IV [...]*”, 43.

unilateralmente, por una de las partes y deben ser adheridas en su totalidad por la otra parte contratante.

j. II. Contrato de adhesión:

[...] aquel en que la configuración interna del mismo, es dispuesta anticipadamente sólo por una de las partes (predisponente, profesional, proveedor, empresario, etc.) de manera que la otra (adherente, consumidor, no profesional), si es que decide contratar, debe hacerlo sobre la base de aquel contenido o no contratar”¹⁵⁶.

Además, se puede definir esta figura como los contratos que “en lugar de un proceso de oferta y aceptación realizada caso por caso, se celebran con base en ofertas uniformes, según un modelo fijado de antemano, dirigidas a todas las personas a las que pueda interesar la cosa o servicio ofrecido.”¹⁵⁷

La cualidad que diferencia a los contratos de adhesión radica en que, normalmente se constituyen mediante formularios idénticos para uso masivo, por lo que se trata de condiciones generales de la contratación, con cláusulas redactadas previamente y de forma unilateral.

Los contratos de adhesión tienen como finalidad una conclusión rápida, y es por ello que se basan en criterios de uniformidad que involucran economización de tiempo y costos para el empresario, y los mismos son característicos de relaciones entre empresarios y consumidores.¹⁵⁸

Estos contratos tienen ciertas características, las cuales se enumeran a continuación:

1. Efectivamente, se trata de un contrato.
2. No existe discusión entre las partes acerca del contenido, ni sus cláusulas, ni sus condiciones generales; puesto que el mismo no sufre modificación alguna.

¹⁵⁶ Echeverri Salazar, Verónica María. «Del contrato de libre discusión al contrato de adhesión». *Revista Opinión Jurídica*, n.º 17, (2010): 139.
https://www.researchgate.net/publication/45787163_Del_contrato_de_libre_discusion_al_contrato_de_adhesion (último acceso: 3 de junio, 2020).

¹⁵⁷ *Ibid*, 139

¹⁵⁸ González Bolaños, *op. cit.*, 80.

3. El contenido del contrato ha sido concebido exclusivamente por el ofertante, ya que la oferta emana o proviene, unilateralmente, de un contratante que goza u ostenta esa prerrogativa, sea de hecho, de derecho o debido a su potencia económica.
4. El contrato tiende a una cierta masificación. Se trata de las mismas condiciones generales de contratación para cada parte adherente que contrata, dentro de las muchas que generalmente se suscitan en estas relaciones, que de previo y de niñera abstracta, son idénticas entre sí.
5. La oferta que realiza al público, la parte “fuerte”, es, casi siempre, de carácter general y permanente.
6. Se trata de contratos pre constituidos abstractamente, de modo se fijan las condiciones, requisitos y características que han de tener los suscriptores adherentes, antes de conocerlos. De esta forma, la parte “fuerte”, sólo corrobora mediante la información que obtiene del contratante “débil”.
7. La alternativa o disyuntiva que enfrenta la parte adherente es la aceptación o abstención.
8. Las condiciones contractuales se encuentran por escrito antes que el suscribiente adhesivo las firme; lo cual, a la postre, es su única intervención.
9. Generalmente la parte oferente o “fuerte” es una gran empresa o entidad (pública o privada).
10. Es el modo normal de la contratación bancaria¹⁵⁹.

Se han identificado tres vías para fijar los términos, cláusulas o condiciones generales de los contratos, a saber:

1. “El texto estandarizado es fijado individualmente por una persona natural o jurídica, quien posteriormente incentivará el consumo del bien o servicio a través de la celebración de su contrato pre redactado, no existiendo posibilidad de discusión entre las partes. Es el ejemplo clásico de contratos por adhesión”¹⁶⁰.
2. “El texto estandarizado es establecido mediante un contrato tipo unilateral, productores con intereses convergentes”¹⁶¹.

¹⁵⁹ Centro de Información Jurídica en Línea. «Contrato de adhesión y las cláusulas abusivas». *Universidad de Costa Rica*, s.f. 6, <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/portal/descargar.php?q=NjM5> (último acceso: 9 de setiembre 2020).

¹⁶⁰ *Ibid*, 2

¹⁶¹ *Ibid*, 2

3. “El texto estandarizado de los contratos es el resultado de otro anterior y de los esfuerzos de concertación entre las partes”¹⁶².

Como ya se referenció, en los contratos de adhesión una de las partes es la responsable de fijar las cláusulas del contrato, las cuales serán iguales para todas las partes y se propone celebrar dicho contrato sin quienes quieran participar en él o cuenten con alguna otra alternativa diferente a aceptarlo o rechazarlo en su totalidad; es decir, resulta necesario adherirse al contrato preestablecido sin tener la posibilidad de discutir el contenido.

El predisponente suele ser, por lo general, una gran empresa de bienes o servicios, que adopta el mismo modelo de contrato para utilizarlo en todos los que del mismo tipo celebre con sus clientes, de ahí que también se les denomine contratos tipo o contratos formulario, sin embargo, suele decirse que un contrato de adhesión es un contrato con condiciones generales, cuya aceptación es una adhesión, (haciendo honor a su nombre).¹⁶³

En resumen, se puede establecer que el contrato de adhesión tiene las siguientes características:

- El esquema está establecido por el emisor.
- El esquema es “estereotipado”, estandarizado, mediante un conjunto de cláusulas.
- El otro contratante, “lo toma o lo deja” sin poder de negociación, sin que esto desmerite la libertad contractual de las partes ya que el adherente firma el contrato bajo su libre voluntad.¹⁶⁴

Además, resulta indispensable distinguir el contrato predispuesto del contrato de adhesión. El contrato predispuesto es aquel cuyo contenido lo predetermina una de las partes; mientras el contrato de adhesión es en el cual no hay posibilidad de discutir el contenido; por ende, se acepta o se rechaza, por lo que el contrato de adhesión es una especie de contrato predispuesto.¹⁶⁵

¹⁶² *Ibid*, 2

¹⁶³ Centro de Información Jurídica en Línea, *op. cit.*, 3.

¹⁶⁴ *Ibid*.

¹⁶⁵ Acuña Navas y Cordero Esquivel, *op. cit.*, 74.

Existe otra tipología de contrato, conocida como contratos tipo, los cuales se definen como los que su contenido es obra de una autoridad estatal o por un grupo profesional, ajenos a las partes contratantes. Como ya se mencionó, en los contratos tipo, el Estado tiene una participación marcada y su contenido es regulado por el legislador, lo cual pretende eliminar el abuso de derecho.

Los contratos tipo, tienen eficacia jurídica desde el momento en que son celebrados y es ley entre partes.

Por su parte, los contratos de adhesión pueden contener cláusulas abusivas, por el hecho de ser impuesto por una de las partes, esto puede convertirse en una situación de desventaja para la parte que no tuvo oportunidad de variar el contenido del contrato. A continuación, se analizarán las cláusulas abusivas.

Cláusulas abusivas son aquellas que no son negociadas individualmente, y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que en contra de las exigencias de la buena fe, causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.¹⁶⁶

Las cláusulas abusivas colocan en una situación de privilegio a una de las partes contratantes, lo cual trae como consecuencia de ello, que la parte no privilegiadas deberá asumir una serie de pérdidas o una posición de desventaja. Estas se encuentran reguladas en el artículo 42 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor.

3.4.7.1. Regulaciones sobre las cláusulas abusivas

Las cláusulas abusivas de los contratos de adhesión, pueden ser reguladas por varios sistemas, a saber:

- a. Sistema de cláusula residual: favorece la apreciación y flexibilidad para determinar si una cláusula es abusiva o no.

¹⁶⁶ Kluwer, Wolters. «Cláusulas Abusivas». *Wolters Kluwer*. s.f. https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAU NDC1NDtbLUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhIQaptWmJOcSoAun-esDUAAAA=WKE (último acceso: 15 de setiembre 2020).

- b. Sistema de nulidades absolutas o listas negras: instaure listas taxativas de lo que será considerado como una cláusula abusiva; este sistema es el que se adopta en el Código Civil y la Ley de Protección y Defensa Efectiva del Consumidor.
- c. Sistema de lista doble: aplica el sistema de lista negra, combinándolo a la vez con el sistema residual, lo cual permite al juzgador declarar las cláusulas como nulas.
- d. Sistema de lista triple: “combina el sistema de cláusula residual con el sistema de nulidades absolutas. Por un lado, se crean listas de cláusulas abusivas taxativas que provocan la nulidad absoluta si son utilizadas y, por otro lado, se deja a elección del juzgador la aceptación o no de estas cláusulas como abusivas”¹⁶⁷.

3.4.7.2. Tipos de cláusulas abusivas

Estas cláusulas, se pueden clasificar en tres categorías:

1. Cláusulas leoninas: se reconocen por no dar espacio a una de las partes para negociar; pues las imponen la otra parte. Esto genera un desequilibrio para la parte débil de la relación.

Se identifican ya que su cumplimiento o efectividad tiene como resultado la ventaja exorbitante en detrimento de la parte adherente. Algunas legislaciones aceptan estas cláusulas, siempre que sean conocidas previamente por el adherente.

2. Cláusulas ilícitas o vejatorias: son contrarias al orden público, la moral y las buenas costumbres, careciendo de buena fe.

¹⁶⁷ Badilla Badilla, Jorge y Carrillo Goyenaga, Alberto. *Protección efectiva del consumidor costarricense en el comercio electrónico: una propuesta basada en el derecho comparado*. Tesis para optar por el grado de licenciatura, San José: Universidad de Costa Rica, 2015, 34.

Estas cláusulas se encuentran viciadas desde la formación del contrato; pues no tienen idoneidad para la producción de efectos jurídicos.

3. Cláusulas abusivas eximentes o limitativas de responsabilidad: son formuladas para librarse de responsabilidad total o parcialmente; además de futuros reclamos por incumplimiento contractual.

Mediante estas cláusulas “se busca que el adherente renuncie, antes de constatar cualquier daño, a los derechos que tendría para ejercer una demanda reparatoria o reincindicatoria de sus derechos”.¹⁶⁸

Por lo tanto, el adherente se encuentra imposibilitado de ejercer su derecho al reclamo de una reparación, demandar daños y perjuicios, ya que las cláusulas exonerativas de responsabilidad sirven como una barrera por medio de la cual, se exime la responsabilidad del predisponente o la misma se reduce considerablemente, perjudicando al adherente.¹⁶⁹

¹⁶⁸ Badilla Badilla y Carrillo Goyenaga, *op. cit.*, 34.

¹⁶⁹ *Ibid*, 34.

Capítulo IV. La contratación electrónica: aspectos aplicables al contrato de Airbnb

Como se mencionó en el Capítulo I, Sección III de esta investigación, la Ley Marco para la Regularización del Hospedaje no tradicional, define a las “empresas comercializadoras o intermediarias”, por ejemplo Airbnb, como “aquellas que desarrollan actividades de mediación, promoción, facilitación u organización de servicios de hospedaje no tradicional, por medio de plataformas de intermediación entre los prestatarios del servicio de hospedaje no tradicional y el usuario final”¹⁷⁰.

Por lo tanto, resulta claro que Airbnb clasifica como una “empresa comercializadora o intermediaria”; la cual además se cataloga como una plataforma colaborativa, tal como se indica a lo largo del Capítulo I, en este se hace referencia a dicha temática y queda en evidencia que estas se valen del comercio y la contratación electrónica para ofrecer sus bienes o servicios, en el caso de Airbnb el hospedaje no tradicional, como es bien llamado en la Ley Marco para la Regularización del Hospedaje no tradicional.

Por lo anterior, en este capítulo se analizarán más a profundidad los conceptos de comercio y contratación electrónica, para a su vez, efectuar una comparación detallada entre los elementos de la contratación electrónica y los pertenecientes a la Teoría General del Contrato.

4.1. Sección I. Generalidades del comercio electrónico

4.1.1. Definición de comercio electrónico

Las nuevas tecnologías como el internet, han modificado el mundo de la información y las comunicaciones, lo cual ha eliminado fronteras en los mercados,

¹⁷⁰ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. «Ley Marco para la Regularización del Hospedaje No Tradicional y su Intermediación a través de Plataformas Digitales». *Sistema Nacional de Legislación Vigente*. 29 de octubre de 2018. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=90073 (último acceso: 1° de octubre 2020).

creándose un mercado global. Por este fenómeno de la globalización nace el comercio electrónico.

Según el Programa de Trabajo sobre “el Comercio Electrónico se define como la producción, distribución, comercialización, venta o entrega de bienes y servicios por medios electrónicos”.¹⁷¹

De acuerdo con la definición anterior, se entiende entonces que es comercio electrónico cualquier transacción comercial en la cual las partes interactúan por medios electrónicos y así se sustituye la forma tradicional.

Para entender mejor el comercio electrónico, seguidamente se enumeran diferencias entre esta figura y el comercio tradicional.

Cuadro 3. Comercio electrónico y comercio tradicional

Comercio electrónico	Comercio tradicional
Ocurre en internet, se puede dar en un sitio web, cualquier persona puede acceder sin necesidad de desplazarse, rompiendo todos los paradigmas.	Se realiza en un espacio físico concreto, en el cual se desarrolla dicha actividad. Confianza en los canales físicos de transmisión de documentos.
Existe un procesamiento automático de las transacciones.	Transacciones se realizan por medio de documentos de papel; es decir, de forma manual.
Mayor eficiencia logística porque reduce la cadena comercial.	Trámites que se traducen en pérdida de tiempo.
Exige un nuevo marco legal	Marco legal apropiado para el uso de documentos físicos.
Existe una interacción indirecta con el consumidor. La relación, además, suele estar automatizada mediante los mensajes en la plataforma y el email-marketing. Presenta desintermediación.	La interacción entre consumidores y vendedores es directa; es decir, cara a cara. Esto aumenta la cadena logística.

¹⁷¹ Organización Mundial del Comercio. «Programa de Trabajo sobre el Comercio Electrónico». *Consejo General*. s.f. https://www.wto.org/spanish/tratop_s/ecom_s/e_274s.doc (último acceso: 26 de octubre 2020).

Comercio electrónico	Comercio tradicional
Número ilimitado de participantes.	Número ilimitado de participantes.
Participantes conocidos y desconocidos.	Participantes conocidos.
Redes abiertas no protegidas.	Redes cerradas y propias.
Se hace necesaria la existencia de seguridad y autenticación.	La seguridad es parte de la red.

Fuente: elaboración propia.

El comercio electrónico entonces aumenta la posibilidad de eliminar fronteras comerciales; pues permite ofrecer a pequeñas, medianas y grandes empresas las mismas oportunidades de crecimiento y competencia, sin que esto se traduzca en costos altos.

Gracias a que el internet es una herramienta accesible para la mayor parte de las comunidades, las empresas cuentan con la posibilidad de volverse más competentes. Una transacción de comercio electrónico envuelve una serie de actores y requisitos, a saber:

El vendedor debe cumplir con los siguientes requisitos:

- Una página web apta para el comercio electrónico (servidor para una transacción segura).
- Una Intranet (red privada) corporativa de manera que las órdenes sean procesadas de una manera eficiente.
- Empleados que permitan el flujo de información y mantenga el sistema.¹⁷²

Los socios comerciales deben contar con lo siguiente:

- Instituciones bancarias que ofrezcan los servicios de procesamiento de pagos con tarjeta de crédito o debido y otras transacciones electrónicas.
- Una autoridad autenticadora o certificadora que permita asegurar la integridad y seguridad de la transacción.
- En caso de que sea una venta de un producto, deben contar con Compañías de transporte nacionales e internacionales que permitan el traslado de los bienes tangibles hasta su destino final. Para transacciones

¹⁷² Acuña Navas y Cordero Esquivel, *op. cit.*, 34.

B2C, estos sistemas tienen que ofrecer medios efectivos para el transporte de paquetes pequeños con costos bajos.¹⁷³

Los consumidores (en transacciones B2C) deben:

- “Ser una porción de la población con acceso a Internet y que ésta cuente con ingresos que les permita el uso extendido de tarjetas de crédito.
- Posean una preferencia por adquirir bienes por Internet y no de manera personal, haciendo una inspección física de éstos”.¹⁷⁴

Los Estados deben establecer:

- Un marco legal adecuado para regular las transacciones de comercio electrónico (incluyendo firma electrónica, documentos electrónicos y similares).
- Instituciones que hagan valer ese marco regulatorio y que de esa manera se brinde protección a los consumidores y a las empresas frente a fraudes o engaños.¹⁷⁵

De acuerdo con los puntos anteriores, se puede comentar que:

Los anteriores requisitos y factores son necesarios para que el comercio electrónico pueda crecer y desarrollarse. En caso de que existan factores poco desarrollados, el crecimiento del comercio electrónico se ve disminuido. Por ejemplo, si un país cuenta con una excelente infraestructura, pero sus bancos no brindan el soporte adecuado a los pagos electrónicos, el desarrollo de este tipo de comercio en ese país no será elevado.¹⁷⁶

4.1.2. Clasificación del comercio electrónico

El comercio electrónico se puede clasificar dependiendo del juicio que se utilice; dentro de los criterios de clasificación establecidos se puede mencionar:

- i. Por los sujetos que intervienen en el negocio.

¹⁷³ Acuña Navas y Cordero Esquivel, “Los contratos de *shrinkwrap*, *clickwrap* [...]”, 34.

¹⁷⁴ *Ibid*, 35

¹⁷⁵ *Ibid*, 35

¹⁷⁶ *Idem*, 36.

En las relaciones del comercio electrónico intervienen diferentes partes, estas pueden ser:

- Consumidores.
- Empresarios.
- Administración Pública.
- Trabajadores.

Según las partes que actúan, se puede clasificar en:

- Relación Empresa-Empresa (B2B: *Bussiness to Bussiness*): las negociaciones que las empresas hacen entre sí para su desarrollo operacional, compra o venta de insumos. Las transacciones se realizarán en línea y con bajos costos. Se efectúan en un sistema cerrado o una combinación de sistemas cerrados y abiertos como el internet.
- Relación Empresa-Administración (B2A: *Bussiness to Administration*): se refiere a las operaciones realizadas entre las compañías privadas y las distintas organizaciones gubernamentales.
- Relación entre Consumidores o Compradores (C2C: *Consumer to Consumer*): subastas en las que usuarios particulares venden productos. Intentan desplazar a los intermediarios para que sean las personas interesadas en la transacción las que se contacten y concreten el negocio, actividades propias de las comunidades virtuales¹⁷⁷.
- Relación Empresa-Consumidor (B2C: *Bussiness to Consumer*) define las relaciones comerciales y transacciones en internet entre empresas y usuarios particulares de un producto o servicio. “Esta es la relación típica

¹⁷⁷ Las comunidades virtuales son un conjunto de individuos que interactúan en el ciberespacio en actividades lúdicas, comerciales o intelectuales, la comunidad virtual se ha convertido en el modelo cultural y económico preponderante en internet [...] procurando clasificarlas [...] en a. si persiguen o no lucro, b. si su objeto es aglutinar intereses o crear nuevos contenidos, c. si su estructura es vertical u horizontal, d. de centralización o descentralización a nivel del usuario.

del comercio electrónico, aunque su incidencia económica no se asimila a la que se produce en las relaciones B2B por la cuantía de las operaciones”¹⁷⁸. Se identifica con la adquisición de bienes y servicios para la satisfacción de necesidades personales. Por lo general, se estructuran mediante la intervención de un tercero que funge como intermediario entre la empresa y el consumidor, tal es el caso de la plataforma Airbnb; se ubica dentro de esta categoría, ya que ofrece servicios de hospedaje, como una empresa a consumidores o usuarios quienes tienen la necesidad de un lugar para hospedarse.

- Relación Administración-Consumidor (A2C: *Administration to Consumer*): “relaciones que se dan entre particulares y la Administración Pública, surgiendo en términos de contratación administrativa, especialmente en materia tributaria”.¹⁷⁹
- Relación Empresa-Trabajador (B2E: *Business to Employee*): aunque no es una relación común, gracias al aumento en la utilización de “tecnologías, es posible el establecimiento de contratos laborales utilizando las ventajas que ofrece la contratación electrónica”.¹⁸⁰
- Relación entre Particulares (P2P: *Peers to Peer*): este tipo de relación se da entre iguales; sin embargo, “no ha sido considerada entre la normativa internacional existente, ya que se concibe cuando la relación contractual involucra un consumidor o un proveedor para que las relaciones sean catalogadas propias del comercio electrónico”¹⁸¹.
- Relación Empresa-Inversionista (B2I: *Business to Investor*): se caracterizan ya que en ellas “las empresas ofrecen un portafolio en el mercado financiero cada vez que se aproximan más al comercio electrónico como estrategia para llegar a un número mayor de clientes o

¹⁷⁸ Acuña Navas y Cordero Esquivel, *op. cit.*, 68.

¹⁷⁹ *Idem*, 29

¹⁸⁰ González Bolaños, *La Contratación Electrónica* [...], 69.

¹⁸¹ *Ibid*, 69

potenciales inversionistas”¹⁸². Se utiliza entonces para captar y estandarizar proyectos para ofrecerlos a los inversionistas. La ventaja de esta relación es que los proyectos que se presentan son filtrados y mejorados, lo cual facilita su estudio y análisis.

ii. Por la forma de prestación de servicios.

Esta clasificación nace por la forma de entregar el bien o prestar los servicios, por esto se pueden clasificar de la siguiente manera:

- Comercio electrónico directo: aquel mediante el cual el pedido, el pago y el envío de los bienes intangibles o servicios se producen “*on-line*”. “Permite transacciones electrónicas de extremo a extremo, sin obstáculos, a través de las fronteras geográficas; aprovechando todo el potencial de los mercados electrónicos mundiales”.¹⁸³
- Comercio electrónico indirecto: “consiste en adquirir bienes tangibles que necesitan luego ser enviados físicamente. Para esto se utilizan los canales tradicionales de distribución, como el envío postal y servicios de mensajería, entre otros”.¹⁸⁴
- Transacciones *online*: son las que se llevan a cabo a través de medios electrónicos que el vendedor ha establecido para concretar negocios. Es decir, se presentan cuando todo el proceso (negociación, pago y ejecución del contrato) se realiza completamente por medios electrónicos.
- Transacciones *off line*, son en las cuales ciertos actos se llevan a cabo por medios físicos (tal como la entrega del objeto de la venta). Está estrechamente relacionado con el comercio electrónico indirecto; pues en

¹⁸² *Ibid*, 70.

¹⁸³ Vélez Matamoros, José David. *Los conflictos de consumo en contratos electrónicos y la aplicación de medios alternos de resolución de conflictos por medios electrónicos en Costa Rica*. Tesis de grado de licenciatura en Derecho, San José: Universidad de Costa Rica, 2018, 45.

¹⁸⁴ *Ibid*, 46.

este último, lo único que se realiza en línea es la negociación, porque la entrega debe efectuarse de manera material.

iii. Por el medio electrónico.

- Abierto: se da cuando el contrato se forma y perfecciona mediante el uso de “redes telemáticas abiertas como el internet”.¹⁸⁵
- Cerrado: se presentan cuando los contratos se dan por medio de redes telemáticas cerradas, en la cual solo intervienen quienes cuenten con una habilitación para tener acceso a ellas. “Estos tipos de redes son comunes en el ámbito profesional”.¹⁸⁶

iv. Por el ámbito espacial.

- Contrato nacional o interno: cuando las partes contratantes se encuentran dentro de un mismo país.
- Contrato internacional: cuando las partes contratantes se encuentran en diferentes jurisdicciones. El mayor problema que presentan estos contratos radica en los consumidores; pues al estar involucrados países distintos surge un mayor grado de desprotección de los derechos de este sector.

v. Por la forma de negociación.

- Con condiciones generales: son conocidos como contratos de adhesión; pues “una de las partes establece cláusulas que la otra parte no puede modificar si quisiera contratar con el proveedor del servicio o bien”¹⁸⁷. Estos son los más comunes en la contratación electrónica y en relaciones de consumo.

¹⁸⁵ González Bolaños, *op. cit.*, 72.

¹⁸⁶ *Idem.*

¹⁸⁷ *Ibid*, 73.

- Sin condiciones generales: “estos contratos son celebrados de forma individual por las partes, y no existen cláusulas predispuestas a las cuales una de las partes debe someterse. Estas son acordadas mediante negociaciones entre las partes”¹⁸⁸.

4.1.3. Principios del Comercio Electrónico

Los principios del comercio electrónico son “el mínimo común denominador del derecho del comercio electrónico en defecto del cual su disciplina jurídica nacional e internacional queda incompleta cuanto no defectuosa”.¹⁸⁹ Estos principios son cinco y se explican seguidamente:

i. Equivalencia funcional: es considerado el principio vector de los medios electrónicos; permite equiparar la validez de los documentos físicos y electrónicos, lo cual otorga total validez legal a los documentos electrónicos. Además, implica la no discriminación de las declaraciones de voluntad efectuadas de manera electrónica, respecto a las declaraciones otorgadas de manera física o manual.

Es decir, “permite que todo aquello que se pueda realizar por un medio físico o tradicional pueda ser realizado por medios electrónicos con el mismo valor jurídico y probatorio”.¹⁹⁰

La misma función que cumple un instrumento escrito y autógrafa respecto de todo acto jurídico, o su expresión oral, la cumple de igual forma la instrumentación electrónica por medio de la información electrónica, con independencia del contenido, extensión, alcance y finalidad del acto.

Este principio se encuentra instituido en la Ley de Certificaciones, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos, específicamente en el artículo 3, el cual

¹⁸⁸ *Ibid*, 73

¹⁸⁹ Vélez Matamoros, *op. cit.*, 121.

¹⁹⁰ Secretaría Permanente del SELA. *Fundamentos de la firma digital y su estado del arte en América Latina y el Caribe*. Banco de Desarrollo de América Latina, 2012, 7-12.

[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/503ADEE40C4F859505257D1C00708FE4/\\$FILE/Di-7-12_Fundamentos_Firma_Digital_y_su_Estado_Arte_en_ALC-Final.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/503ADEE40C4F859505257D1C00708FE4/$FILE/Di-7-12_Fundamentos_Firma_Digital_y_su_Estado_Arte_en_ALC-Final.pdf) (último acceso: 30 de octubre 2020).

detalla: “Reconocimiento de la equivalencia funcional. Cualquier manifestación con carácter representativo o declarativo, expresada o transmitida por un medio electrónico o informático, se tendrá por jurídicamente equivalente a los documentos que se otorguen, residan o transmitan por medios físicos”.¹⁹¹

ii. Neutralidad tecnológica: “este principio establece que la ley y su implementación no debe estar atada a una tecnología en particular, sino que debe considerar las tecnologías que propiciaron su elaboración y reglamentación, así como las tecnologías que están por desarrollarse”.¹⁹²

La legislación costarricense regula este principio en el artículo 3, inciso h) de la Ley General de Telecomunicaciones, en la cual se define este principio de la siguiente manera:

“h). Neutralidad tecnológica: posibilidad que tienen los operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones para escoger las tecnologías por utilizar, siempre que estas dispongan de estándares comunes y garantizados, cumplan los requerimientos necesarios para satisfacer las metas y los objetivos de política sectorial y garanticen, en forma adecuada, las condiciones de calidad y precio a que se refiere esta Ley”.¹⁹³

Por lo anterior, cabe destacar que “las normas reguladoras del comercio electrónico y los contratos que se pueden celebrar [...], han de resultar aplicables al comercio electrónico y no a una concreta tecnología de entre las disponibles en el mercado para la práctica de los intercambios comerciales a través de los diversos soportes electrónicos”¹⁹⁴.

iii. Inalterabilidad del derecho preexistente: pretende que las reglas introducidas para regular el comercio electrónico no impliquen la modificación sustancial del derecho existente de las obligaciones y los contratos, cuando las transacciones se dan por medios electrónicos. Se propone que los medios

¹⁹¹ Vélez Matamoros, *op. cit.*, 121.

¹⁹² Secretaría Permanente del SELA, *op. cit.*, 7.

¹⁹³ Badilla Badilla, y Carrillo Goyenaga, “*Protección efectiva [...]*”, 52.

¹⁹⁴ *Ibid*, 53.

electrónicos son solamente un nuevo soporte y método para transmitir las voluntades de las partes.

Entonces, por regla general, las nuevas normas que pretenden “regular los aspectos electrónicos de la relación negocial, no deben alterar el derecho aplicable a las relaciones propiamente dichas, con independencia del soporte por medio del cual son contraídas”.¹⁹⁵

iv. Buena fe: este principio es una reafirmación del fundamento general de todo el derecho. Cuando se aplica en el comercio electrónico o con el intercambio nacional o internacional de bienes o servicios. Este principio se torna de gran importancia; pues el intercambio que se realiza mediante el uso de soporte tecnológico, la buena fe es el principio esencial en los negocios y se convierte en la base en la igualdad y la confianza. La buena fe proviene de las condiciones ya establecidas en Derecho Civil y Comercial. Por esto, se debe mantener la exigencia de una conducta negocial e interpretación contractual íntegra cuando la contratación se da de manera electrónica y no por vía escrita o verbal.

En caso de que no se cumpla con el “principio de buena fe, los operadores electrónicos podrían decaer en conductas que son infractoras no solo de la ley, sino también, de la buena fe negocial y prenegocial, que se verán sancionadas de conformidad con el derecho”.¹⁹⁶

La buena fe pretende amparar a las partes contratantes, tutela a los empresarios; pues en el comercio electrónico requieren la utilización de medios técnicos que no son muy conocidos por ellos, lo cual les genera incertidumbre y desconfianza, es aquí donde la buena fe adquiere importancia, ya que exige su aplicación a todos los participantes en la contratación electrónica. Además de proteger al empresario, busca defender a la parte débil de estas transacciones; es decir, al consumidor.

¹⁹⁵ Badilla Badilla y Carrillo Goyenaga, *op. cit.*, 54

¹⁹⁶ *Ibid*, 55.

Por esto, el principio de buena fe se torna de tanta importancia en el comercio electrónico; pues se vuelve más fuerte y con más rigor, comparado con el comercio verbal o manual.

La Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, se consagra la buena fe como un principio básico en orden a interpretar y ejecutar los contratos de compraventa internacional, con más razón es que debe darse el mismo carácter a los supuestos en que medie la contratación electrónica¹⁹⁷.

v. Principio de regulación mínima: este principio busca que los Estados no regulen de manera excesiva el comercio electrónico, para de esta manera no dificultar el desarrollo del comercio. Existen tres tendencias:

- a. Los que protegen la regulación mínima a ultranza: consideran que el comercio electrónico debe autorregularse, por esto pretenden que la regulación sea lo más reducida posible, consideran que solo debe haber un mínimo de normas que regulen el comercio. Mantienen que las empresas son quienes deciden de qué manera se comunican con sus usuarios y justifican esta posición con el principio de autonomía de las partes.
- b. Corriente moderada: plantea que debe darse un mínimo de normas regulatorias del comercio electrónico, pero a la vez, estas normas no deben constituirse en un obstáculo para esta modalidad de comercio. Se quiere ver al derecho como un facilitador del comercio electrónico, al crear un mínimo de regulación.
- c. Los que sí apoyan la regulación del comercio electrónico: establece que debe ser el derecho el que establezca la regulación, por lo cual el concepto de autorregulación es descartado por esta posición. Esta regulación debe tener un facilitador, el cual colabore con la fluidez del

¹⁹⁷ *Idem.*

comercio electrónico, de ahí nace la necesidad de la creación de normas generales.

Además, según la doctora Virginia Vega Clemente, es necesario incluir el principio de la libertad contractual dentro del nuevo contexto electrónico: “El eje cardinal, medular en sede contractual, lo es precisamente el principio de autonomía de la voluntad, a cuyo tenor los individuos serán capaces de diseñarse a sí mismos la estructura y el funcionamiento del instituto contractual que por sus propias declaraciones negociales han creado”.¹⁹⁸

Como indica el profesor Díez- Picazo:

[...] la idea de contrato y de obligatoriedad del contrato encuentran su fundamento en la idea misma de persona y en el respeto de la dignidad que a la persona le es debida. Ello implica el reconocimiento de un poder de autogobierno de los propios fines e intereses o de un poder de auto reglamentación de las propias situaciones y relaciones jurídicas al que la doctrina denomina “autonomía privada” o “autonomía de la voluntad”. El contrato tiene, pues, su fundamento más hondo en el principio de autonomía privada o de autonomía de la voluntad.¹⁹⁹

Es importante destacar que, el principio de la libertad contractual no significa que el Derecho no regule las actuaciones de los sujetos; pues por su función social, este debe dar orden a las relaciones sociales. Por ello, es que se enfatiza en que las leyes de carácter imperativo no pueden ser derogadas por voluntad de las partes.

Cuando el Derecho regula la capacidad de los sujetos para contratar, así como los vicios de la voluntad como causa de anulabilidad de los contratos, pretende salvaguardar la libertad de contratación.

¹⁹⁸ Vega Clemente, Virginia. «Principios jurídicos que inspiran el comercio electrónico». *Revista Dialnet*, n.º (2015-2016): 22. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5856430> (último acceso: 30 de octubre de 2020).

¹⁹⁹ Díez Picazo, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción. Teoría del Contrato*. 6ta. Ed. Vol. I. Madrid: Editorial Civitas, 2007: 127.

4.1.4. Normativa Internacional sobre comercio electrónico

El comercio electrónico ha sido uno de los temas de mayor importancia para organizaciones internacionales como la ONU o la Unión Europea, por esto, han creado instrumentos para regular este tipo de comercio que ha ganado importancia gracias al fenómeno de la globalización.

4.1.4.1. Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Comercio Electrónico

Con esta Ley los Estados pueden aplicar los preceptos que mejor les convengan; pues al ser una ley modelo, no tiene que ser totalmente adoptada por los Estados.

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), se creó en 1966, con el objetivo de promover la armonización y la modernización progresivas del derecho del comercio internacional, “mediante la preparación y el fomento de la utilización y adopción de instrumentos legislativos y no legislativos en diversos temas clave del derecho mercantil”.²⁰⁰

Por lo anterior, esta Comisión promulga la Ley Modelo y tiene en cuenta el aumento de las relaciones comerciales realizadas por medio de espacios electrónicos, los cuales sustituyen el papel y los medios tradicionales en las nuevas relaciones comerciales.

Esta Ley se divide en dos partes:

- a. Parte I: abarca el comercio electrónico en general.
- b. Parte II: abarca el comercio electrónico en áreas específicas, en este caso, el transporte de mercancías. En ese sentido, “La Ley Modelo se acompaña de una Guía para la Incorporación, que proporciona antecedentes e información exploratoria para ayudar a los Estados a

²⁰⁰Organización de las Naciones Unidas. *Ley Modelo de la CNUDMI sobre las firmas electrónicas*. 2001. https://uncitral.un.org/es/texts/ecommerce/modellaw/electronic_signatures (último acceso: 15 de enero 2021).

preparar las disposiciones legislativas necesarias y guiar a otros usuarios del texto”.²⁰¹

Entre los alcances de esta Ley se pueden mencionar:

- i. La Ley Modelo pretende ofrecer a los legisladores de cada Estado un conjunto de reglas aceptables internacionalmente que tienen como fin eliminar los obstáculos jurídicos que merman el desarrollo del comercio electrónico, creando un ambiente más seguro para su desenvolvimiento²⁰². [...].
- ii. Otro propósito perseguido por la Ley Modelo es limitar las restricciones al empleo de medios alternativos al papel, que por su modernidad hacen que el régimen que les sería aplicable sea suficiente. Esta eliminación se dirigiría a dar certeza sobre la naturaleza jurídica y la validez de la información presentada en medios no tradicionales.²⁰³ [...].
- iii. Los parámetros de la Ley Modelo resultan esenciales para la promoción de la economía y la eficiencia del comercio internacional, creando un entorno legal neutro para los medios utilizados en las comunicaciones comerciales.²⁰⁴

Después de enunciar los objetivos de este instrumento, resulta necesario enfatizar que esta ley establece los “procedimientos y principios básicos para facilitar la adopción del comercio electrónico dentro de cada legislación, por lo que no enuncia todas las reglas necesarias para que las técnicas modernas de comunicación se pongan en práctica”.²⁰⁵

Lo anterior significa que, esta ley solamente otorga ciertos lineamientos para los Estados en materia de comercio electrónico; por lo tanto, se les ofrece la oportunidad de tomar la decisión de dictar normativa interna la cual se base en las generalidades de la ley, pero aplicándola a la realidad de cada país.

En consecuencia, es necesario mantener la flexibilidad de la ya mencionada ley, para que sea posible adaptarla a los cambios e innovaciones que experimenta

²⁰¹ UNCITRAL. Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Comercio Electrónico». *Naciones Unidas*. 1996. <https://fig.itcilo.org/SP/contents/uncitral-model-law-ecommerce.htm> (último acceso: 15 de enero 2021).

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ *Ibid.*

²⁰⁵ *Ibid.*

día a día el comercio electrónico, así como su concordancia con las teorías contractuales generales.

4.1.4.2. Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Firmas Electrónicas

Esta ley tiene como finalidad posibilitar y facilitar la utilización de las firmas electrónicas, con el fin de establecer criterios de fiabilidad técnica para la equivalencia entre las firmas electrónicas y las manuscritas, esto ayuda a “los Estados a establecer un marco legislativo moderno, armonizado y equitativo que permita regular con eficacia el trato jurídico de las firmas electrónicas de modo que su utilización no dé lugar a dudas sobre su seguridad”.²⁰⁶ Su creación responde a

[...] la creciente utilización de técnicas electrónicas de autenticación en sustitución de las firmas manuscritas y de otros procedimientos tradicionales de autenticación. Gracias a esta Ley, la legislación basada en esta Ley Modelo puede reconocer tanto las firmas digitales basadas en criptografía (por ejemplo, la infraestructura de clave pública) como las firmas electrónicas en que se empleen otras tecnologías.²⁰⁷

4.1.4.3. Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales

La Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales son requisitos formales, los cuales se prevén en los tratados de derecho mercantil internacional y su pertinencia radica en que al existir se cumplan algunos de esos requisitos formales,²⁰⁸ con el fin de “pueden obstaculizar una amplia utilización de las Comunicaciones Electrónicas, esta Convención ha querido eliminar esos

²⁰⁶ *Idem.*

²⁰⁷ *Ibid.*

²⁰⁸ Por ejemplo: la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

obstáculos formales estableciendo una equivalencia entre la forma electrónica y la forma escrita”.²⁰⁹

La Convención sobre las Comunicaciones Electrónicas tiene por objeto facilitar la utilización de las comunicaciones electrónicas en el comercio internacional garantizando que los contratos concertados electrónicamente y las comunicaciones intercambiadas por medios electrónicos tengan la misma validez y sean igualmente ejecutables que los contratos y las comunicaciones tradicionales sobre papel.²¹⁰

De la misma manera, esta Convención pretende facilitar la utilización de las comunicaciones electrónicas en el comercio internacional, con el fin de fomentar la armonización de las reglas aplicables al comercio electrónico y, a la vez, promover “la uniformidad en la adopción de instrumentos nacionales basados en leyes modelo de la CNUDMI relativas al comercio electrónico, así como de actualizar y complementar ciertas disposiciones de esas leyes modelo teniendo en cuenta las prácticas recientes”.²¹¹

Sin embargo, no será aplicable a contratos con fines personales, familiares o domésticos, así como determinadas operaciones financieras, títulos negociables y documentos de titularidad. La Convención se aplica “a todas las comunicaciones electrónicas intercambiadas entre partes cuyos establecimientos estén situados en Estados diferentes y cuando al menos una de esas partes tenga su establecimiento en un Estado Contratante. También puede ser aplicable por elección expresa de las partes”²¹².

Dentro de los puntos más importante que regula esta Convención se encuentran:

- Principio de equivalencia funcional entre las comunicaciones electrónicas y los documentos sobre papel, así como entre los medios electrónicos de autenticación y las firmas manuscritas.

²⁰⁹ Organización de las Naciones Unidas. «Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales». *Organización de las Naciones Unidas*. 2005. https://uncitral.un.org/es/texts/ecommerce/conventions/electronic_communications (último acceso: 2 de febrero 2020),

²¹⁰ *Idem*.

²¹¹ *Ibid*.

²¹² *Ibid*.

- Tiempo y lugar de envío y de recepción de las comunicaciones tradicionalmente regían esos conceptos jurídicos al contexto electrónico e introduciendo elementos innovadores.
- Principio general de que no se negará validez a una comunicación realizada por medios electrónicos.
- Fuerza ejecutoria de los contratos celebrados a través de sistemas electrónicos, aun cuando ninguna persona los haya revisado.
- Toda propuesta de celebrar un contrato cursada por medios electrónicos y no dirigida a una o varias partes determinadas se considerará una invitación a negociar, y no una oferta cuya aceptación la haga vinculante para la parte que la haya formulado.²¹³
- Soluciones en caso de que una persona física cometa un error al introducir la información en sistemas automatizados de mensajes.
- “Permite a las partes contratantes excluir su aplicación o modificar sus condiciones en la medida en que lo permitan las disposiciones legislativas por lo demás aplicables”²¹⁴.

4.2. Sección II. Contratación electrónica

4.2.1. Noción del contrato electrónico

Los contratos electrónicos se definen como cualquier tipo de contrato, sin importar su naturaleza jurídica o su objeto, cuyo perfeccionamiento se realiza a través de medios electrónicos.

Según María Arias Pou, se pueden definir los contratos electrónicos como “aquella modalidad contractual que se caracteriza porque su formación y perfección se produce de modo electrónico u on-line, es decir, mediante la transmisión de datos a través de redes telemáticas”.²¹⁵

De acuerdo con lo anterior, cabe referir que “Los contratos electrónicos no son un tipo de contrato especial ni son contratos referidos a bienes o servicios

²¹³ *Idem.*

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ Ramos y Sing Lam, *op. cit.*, 60.

tecnológicos, es el contrato tradicional celebrado a través de medios electrónicos”.²¹⁶

Pero, aunque no corresponden a una tipología contractual especial, se valen de la aplicación de requisitos adicionales en materia de información, plazos, forma, obligaciones y derechos. Según el autor F. Silva Ruiz:

[...] se entenderá por formalizado por vía electrónica el celebrado sin la presencia simultánea de las partes, prestando estas su consentimiento en origen y en destino por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados por medio de cable, radio o medios ópticos o electromagnéticos.²¹⁷

Por lo tanto, la idea principal para entender los contratos electrónicos se resume en que tanto la oferta como la aceptación se transmiten por medios electrónicos que tienen la capacidad de tratar y almacenar datos.

4.2.2. Naturaleza del Contrato Electrónico

De acuerdo con lo que se ha analizado, se puede afirmar que el contrato electrónico se puede clasificar como un contrato de adhesión o atípico; pues en él, quien recibe la oferta de venta, solo se limita a aceptar o rechazar la oferta, sin posibilidad de sugerir siquiera modificación alguna a los términos del contrato.

Al ser un contrato de adhesión, existe un desequilibrio entre las partes, ya que una de ellas cuenta con una fuerza para imponer sus condiciones, lo cual obliga a la parte débil a aceptar o denegar la oferta del todo. Esto no permite que una de las partes no tendrá la oportunidad de exponer sus criterios respecto al contrato.

Es necesario destacar que, en los contratos electrónicos, las condiciones o cláusulas predispuestas, no siempre se hallan incluidas en el mismo contrato, sino que se encuentran en otro vínculo, al cual hay que acudir, si se las desea revisar o si están incluidas. Aparece en letra menuda que quien recibe la oferta, difícilmente las lee, por lo que es difícil determinar, hasta qué punto

²¹⁶ *Ibid*, 57.

²¹⁷ Silva Ruiz, Pedro. «*La contratación electrónica*». Congreso Internacional de Derecho Mercantil, San Juan, 2006, 158.

<http://www.ijj.ucr.ac.cr/archivos/publicaciones/congresos/Congreso%20Internacional%20de%20Derecho%20Mercantil%20-%20UNAM%202006/Silva%20Ruiz,%20Pedro.pdf> (último acceso: 10 de febrero 2021).

debe tenerse al adherente como informado debidamente de las condiciones difundidas así.²¹⁸

4.2.3. Características de la contratación electrónica

Los contratos electrónicos, tienen diferentes características, las cuales se explican a continuación:

a. Contratos celebrados a distancia: se refiere a que no existe la necesidad de la presencia física de las partes; esto significa que la oferta y la aceptación del contrato deben manifestarse mediante mecanismos electrónicos.

Cuando los contratos electrónicos se celebran, las partes involucradas no se hallan físicamente en el mismo lugar simultáneamente. Además, la oferta y la aceptación se realizan por medio de los métodos que permiten la comunicación a distancia.

Entonces, es necesario destacar que, la perfección del contrato se produce de forma deslocalizada y sin una simultaneidad de declaraciones de voluntad.

Los contratos electrónicos al realizarse a distancia presentan dos problemas principalmente relacionados a la deslocalización de las partes. El primero radica en el lugar de celebración del contrato. El segundo se relaciona con el momento de la perfección de este.

Los artículos 1012 y 1013 del Código Civil, hablan sobre la perfección del contrato, diciendo lo siguiente:

ARTÍCULO 1012.- Si las partes no estuvieren reunidas, la aceptación debe hacerse dentro del plazo fijado por el proponente para este objeto. Si no se ha fijado plazo, se tendrá por no aceptada la propuesta, si la otra parte no respondiere dentro de tres días cuando se halle en la misma provincia; dentro de diez, cuando no se hallare en la misma provincia, pero sí en la República; y dentro de sesenta días, cuando se hallare fuera de la República.

ARTÍCULO 1013.- El proponente está obligado a mantener su propuesta, mientras no reciba respuesta de la otra parte en los términos fijados en el artículo anterior.²¹⁹

²¹⁸ Ramos y Sing Lam, *op. cit.*, 62.

²¹⁹ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, "Código Civil", artículo 1013.

Estos artículos reflejan que es indispensable considerar que, a pesar de que las partes se encuentran en lugares diferentes, los tiempos de respuesta pueden disminuirse gracias al uso de la tecnología.

Además, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico en su artículo 14 propone un sistema de acuse de recibido, lo cual significa que el oferente debe informar al solicitante que tiene conocimiento de la aceptación del acuerdo.

Esto sugiere una teoría que está a un nivel más adelante de la teoría de la recepción, y se defiende su implementación en el sentido de que “el acuse de recibo constituye una pieza fundamental, en la medida en que contribuye a la eliminación de la incertidumbre sobre la llegada de un mensaje de datos”. Esta forma de hacer constar la recepción de una transmisión de datos, al tenor del numeral 14, se debe realizar cuando el iniciador solicite o acuerdo con el destinatario que se acuse recibo del mensaje de datos, esto cuando la forma en que este deba emitirse no haya sido acordada por las partes, se podrá acusar recibo mediante toda comunicación del destinatario, automatizada o no, todo acto suyo.

Finalmente, el acuse de recibido no necesariamente debe darse por los mismos medios de la contratación electrónica o mensaje de datos, basta la utilización de otros instrumentos como la comunicación escrita, incluso el envío del bien o servicio puede considerarse como un acuse de recibido.

b. Contratos celebrados a través de redes telemáticas o electrónicas: “las expresiones telemáticas son un sinónimo que se refiere a la aplicación de las tecnologías de las telecomunicaciones y la informática en el ámbito contractual”.²²⁰

Ahora bien, el contrato electrónico o telemático se caracteriza por el medio que se utiliza para celebrarlo, cumplirlo o ejecutarlo, sea en una o en las tres etapas en forma total o parcial. Entonces, el medio incide en la etapa de formación y transmisión de la voluntad contractual y en el modo de celebración.

²²⁰ Ramos y Sing Lam, *op. cit.*, 58.

El contrato electrónico se fundamenta en técnicas de comunicación instantáneas, las cuales se basan en redes que trabajan con un alto grado de rapidez, sin importar los límites geográficos. Son relaciones comerciales y no existe ni un establecimiento mercantil físico, ni tampoco vendedores físicos. Además, el pago se concreta electrónicamente, con transferencia de dinero, ya sea en línea o mediante el uso de monedas virtuales.

La oferta, la formación del consentimiento y la posterior aceptación de la oferta se configuran y transmiten a través de un medio electrónico, informático o de comunicación que esté conectado a una red de telecomunicaciones. Esto sin importar si la red utilizada es abierta o cerrada ya que esta clasificación no es esencial para la formación del contrato.²²¹

Por ende, para calificar un contrato como electrónico resulta esencial que se elabore y perfeccione, que la oferta y la aceptación concorra por medios electrónicos. Es el medio a través del que se perfecciona el contrato el que determina que este sea electrónico. De este modo, no se entenderá como contrato electrónico aquel en el cual solo la oferta o solo la aceptación tengan lugar por medios electrónicos.²²²

c. Onerosidad de la relación contractual: los contratos electrónicos, se clasifican dentro del Derecho Privado y pueden ser civiles o mercantiles, siempre se debe tener en cuenta una naturaleza patrimonial; pues es en este ámbito donde se sitúa la facultad de disposición de bienes y servicios de las personas.

El contrato electrónico se caracteriza por ser oneroso, es decir, se excluyen los celebrados a título lucrativo en tanto pueden incluirse servicios no remunerados por sus destinatarios, siempre y cuando constituyan una actividad económica para el prestador de servicios. La remuneración no debe corresponder necesariamente al destinatario, siempre que sea una actividad económica lucrativa para el prestador de servicios.²²³

d. Contrato de formalismo indirecto: la legislación contractual se “basa en el principio de libertad de forma, siempre y cuando no se trate de un contrato solemne,

²²¹ Acuña Navas, y Cordero Esquivel, *op. cit.*, 36.

²²² Ramos y Sing Lam, *op. cit.*, 59.

²²³ González Bolaños, “*La Contratación Electrónica [...]*”, 78.

en este sentido, el artículo 1007 del Código Civil señala:²²⁴ “Además de las condiciones indispensables para la validez de las obligaciones en general, para las que nacen de contrato se requiere el consentimiento y que se cumplan las solemnidades que la ley exija”.²²⁵

A diferencia del contrato tradicional, el contrato electrónico no cuenta con un soporte físico, esto se traduce en la necesidad de generar formalismos propios de los medios por los cuales se celebra.

Este formalismo se orienta a la acreditación de la existencia del contrato celebrado y no como una exigencia formal para la validez de este. Este requisito se refiere generalmente a la creación de un documento electrónico asimilable al documento físico para efectos probatorios. Se procura constatar la existencia del contrato celebrado por medios electrónicos, es decir, se habla de un formalismo indirecto orientado a técnicas probatorias más que a aspectos de forma del contrato, todo con el fin de asegurar los derechos adquiridos por las partes al momento de la celebración.²²⁶

e. Contrato de adhesión: en su mayoría, los contratos electrónicos se califican como contratos de adhesión; pues generalmente sus cláusulas son predispuestas por la parte de mayor poder económico, de esta forma impone sus condiciones para llevar a cabo la contratación.

Este tipo de contratos se dan al margen de las actividades empresariales o profesionales de una de las partes que realiza contratación en masa. Es este tipo de disciplinas, estas cláusulas son redactadas con el fin de incorporarse en una pluralidad de contratos como condiciones generales de contratación, donde la otra parte se limita a la aceptación pura y simple de las cláusulas prefijadas.²²⁷

Los contratos de adhesión presuponen una agilidad al tener una conclusión rápida, y por esto se basan en criterios de uniformidad, al mismo tiempo disminuyen los costos y el tiempo. Sin embargo, en algunas ocasiones pueden ser considerados

²²⁴ *Idem*.

²²⁵ Código Civil, artículo 1007.

²²⁶ González Bolaños, *op.cit.*, 79.

²²⁷ *Ibid*, 80

instrumentos de abuso, por contener excesos y desequilibrios por parte de quien dispuso las cláusulas.

Por lo anterior, “es que existe un enfoque del legislador para regular su contenido, con el fin de evitar los abusos de derecho. El control de los contratos de adhesión es muchas veces preventivo, ya que se exigen una autorización previa de la autoridad correspondiente para que las cláusulas predispuestas puedan ser utilizadas”²²⁸.

La legislación costarricense utiliza los artículos 22 y 1023 del Código Civil y el artículo 42 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, para genera un cierto control sobre este tipo de cláusulas, ya que el ordenamiento nacional no cuenta con normativa específica para su vigilancia.²²⁹

El artículo 22 asevera que “la ley no respalda el uso abusivo de alguna norma, mientras que en los otros dos artículos mencionados, se enumeran supuestos en los cuales las estipulaciones de ciertas cláusulas serían declaradas nulas”.²³⁰

f. Contratos de consumo y protección a los consumidores: gracias al comercio electrónico, se refuerzan el principio de los destinatarios de las ofertas y el de la protección a los consumidores.

Es claro que las relaciones de consumo, con la apertura de mercados a productos y servicios extranjeros, la creciente integración económica, las facilidades del transporte, el crecimiento de las telecomunicaciones, de la conexión en red de computadoras, del comercio electrónico, ente otros,, sobrepasa las fronteras nacionales. Actualmente no es necesario trasladarse para ser consumidor en otro país, ya que consumir de forma internacional es común hoy en día²³¹.

²²⁸ *Ibid*, 80.

²²⁹ Código Civil.

²³⁰ González Bolaños, *op. cit.*, 82.

²³¹ *Ibid*, 83.

Con los cambios que se han presentado en los modelos de consumo, resulta necesario fortalecer la protección de los consumidores; pues representan un grupo en desventaja dentro de las relaciones de consumo.

Es razonable afirmar que los contratos electrónicos se basan en relaciones internacionales; por lo tanto, cada país debe contar con leyes sobre temas de protección al consumidor, las cuales se apliquen a contratos que se efectúen dentro del territorio, pero técnicamente, los contratos internacionales de consumo que son objeto de esta investigación, se regirán por normas de Derecho Internacional Privado.

Sin embargo, las normas de protección de consumidores son normas imperativas de orden público, al estar protegiendo una población vulnerable, por lo que no sería necesaria una norma de Derecho Internacional Privado que habilite esta protección, ya que se aplicaría la norma del domicilio del consumidor en estos casos²³².

En materia de los contratos de consumo internacionales, existen instrumentos de Derecho Internacional, promulgados por la Unión Europea, que es necesario mencionar, estos son el Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales y su texto sustitutivo, el Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), los cuales mencionan lo siguiente²³³:

Artículo 5. Contratos celebrados por los consumidores: [...] la elección por las partes de la ley aplicable no podrá producir el resultado de privar al consumidor de la protección que le aseguren las disposiciones imperativas de la ley del país en que tenga su residencia habitual: [...] 3. No obstante lo dispuesto en el artículo 4, y en defecto de elección realizada conforme al artículo 3, estos contratos se regirán por la ley del país en que el consumidor tuviera su residencia habitual.²³⁴

Artículo 6. Contratos de consumo: [...] el contrato celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional (el consumidor) con otra persona (el profesional) que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional, se regirá por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, [...] 2. No obstante lo

²³² *Ibid*, 83.

²³³ *Ibid*, 84.

²³⁴ *Ibid*: 85.

dispuesto en el apartado 1, las partes podrán elegir la ley aplicable a un contrato que cumple los requisitos del apartado 1, de conformidad con el artículo 3. Sin embargo, dicha elección no podrá acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habría sido aplicable de conformidad con el apartado 1.²³⁵

Las partes involucradas en relaciones de consumo, como ya se ha indicado, se encuentran en desigualdad de condiciones; por lo tanto, una de las partes no cuenta con la capacidad para decidir sobre las condiciones de la relación. Además, cada caso debe ser analizado por separado, con el fin de determinar cuáles normas del Derecho deberán aplicarse.

g. De contexto internacional: estos contratos son susceptibles de negociarse internacionalmente, en especial mediante la utilización de herramientas como el internet. Es por lo anterior que, si se presentase cualquier conflicto entre las partes contratantes, sería necesario analizar cuál jurisdicción se utilizaría para resolver el conflicto.²³⁶ Para esto, se recurrirá entonces a los fundamentos del Derecho Internacional Privado:

Como principio general de la contratación por medios electrónicos, las partes contratantes tienen la libertad y la posibilidad de escoger la ley que quieren aplicar a su relación jurídica, lo anterior dentro de los límites previstos por la ley y las normas imperativas internacionales que se proyectan directamente en la relación comercial.²³⁷

En este caso, la internacionalidad del contrato electrónico se orienta con “el principio general de autonomía de la voluntad de las partes, en tanto, son ellas mismas las que pueden definir, en el momento de contratar, en primer lugar el medio y la forma como plasmar las obligaciones contraídas y en segundo lugar, el país y

²³⁵ *Ibid*, 85.

²³⁶ Segura Ulate, Óscar. *Análisis jurídico de distintos contratos de adhesión en el ámbito comercial moderno y sus implicaciones en los derechos del consumidor dentro de la perspectiva de las cláusulas abusivas y las prácticas comerciales desleales*. Tesis de Grado, Licenciatura en Derecho, San José: Universidad de Costa Rica, 2014, 101.

²³⁷ *Ibid*, 102.

tribunales en donde se van a solucionar los conflictos o controversias que puedan surgir”.²³⁸

Sin embargo, aunque las partes tienen la posibilidad de elegir la ley bajo la que quieren contratar, existen limitaciones a la autonomía de la voluntad, dentro de las cuales se enumeran: “violación de derechos o desconocimiento de derechos de terceros o fraude a la ley”.²³⁹

Existe otro escenario, el de no elección, en el cual se aplicarán los principios de proximidad²⁴⁰ y prestación característica²⁴¹, tomados como referente de la Convención de Roma de 1980, de acuerdo con el artículo 4.1 apartado 2, según el cual se presume que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país en donde la parte que deba realizar la prestación característica, tenga su residencia habitual o la administración de sus negocios.

4.2.4. Garantías

Unos de los principales inconvenientes que presentan los contratos electrónicos es la calidad del bien o servicio ofrecido. El problema radica en que el consumidor no tiene la posibilidad de examinar el bien que desea adquirir. Por esto, las garantías se convierten en indispensables que en los contratos regulares.

Dentro de la regulación costarricense, el artículo 43 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, habla sobre las garantías, e indica lo siguiente:

“Artículo 43°.-Garantía. Todo bien que se venda o servicio que se preste debe estar implícitamente garantizado en cuanto al cumplimiento de los estándares de calidad y los requerimientos técnicos que, por razones de salud, medio ambiente y seguridad, establezcan las leyes, los reglamentos y las normas respectivas, dictadas por la Administración Pública.
Cuando se trate de bienes muebles duraderos, tales como equipos,

²³⁸ *Ibid*, 87

²³⁹ *Ibid*, 102

²⁴⁰ Principio que procura que los hechos sean juzgados conforme al ordenamiento jurídico con el que mantengan los vínculos más estrechos

²⁴¹ El principio de prestación característica se define como la obligación del contrato que define o caracteriza el tipo de contrato y desvela su función económica y jurídica

aparatos, maquinaria, vehículos y herramientas o de servicios de reparación, montaje o reconstrucción de tales bienes, además de la garantía implícita de calidad mencionada en el párrafo anterior, la garantía debe indicar, por lo menos, el alcance, la duración, las condiciones, las personas físicas o jurídicas que las extienden y son responsables por ellas y los procedimientos para hacerlas efectivas. Estos extremos de la garantía deben explicitarse claramente, anotarse en la etiqueta o en algún lugar visible de los bienes o emitirse en documento separado o en la factura que debe entregarse al consumidor en el momento de venderle el bien o de prestarle el servicio.

Los consumidores tienen hasta treinta días, contados a partir de la entrega del bien o de la prestación del servicio, para hacer valer la garantía ante la Comisión para promover la competencia. Si se trata de daños ocultos del bien que no se hayan advertido expresamente, el plazo comienza a correr a partir del momento en que se conocieron esos daños. Si el contrato entre las partes establece plazos mayores, estos prevalecen.²⁴²

4.2.5. Medios de prueba

Como menciona Óscar Segura Ulate, en su tesis *Análisis jurídico de distintos contratos de adhesión en el ámbito comercial y moderno y sus implicaciones en los derechos del consumidor, dentro de la perspectiva de las cláusulas abusivas y las prácticas comerciales desleales*, el contrato electrónico al no contar con sustento físico, es necesario crear certeza, principalmente para la protección del consumidor. Por esto, se comenta entonces de la firma electrónica, la cual se puede definir como “un método que asocia la identidad de una persona o equipo, con un mensaje o documento electrónico, para asegurar la autoría y la integridad del mismo”.²⁴³ De acuerdo con lo expuesto, “La firma digital del documento es el resultado de aplicar algoritmos matemáticos a su contenido que crean una secuencia que únicamente puede haber sido creada por el poseedor del certificado digital”.²⁴⁴

²⁴² Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. «Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor n.º 7472». *Sistema Nacional de Legislación Vigente*, s.f. https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=26481 (último acceso: 28 de junio 2021).

²⁴³ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. «Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos n.º 8454». *Sistema Nacional de Legislación Vigente*, s.f. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=55666&nValor3=60993&strTipM=TC (último acceso: 28 de junio 2021).

²⁴⁴ Segura Ulate, *op.cit.*, 102.

El artículo 8 de la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos menciona que

[...] la firma digital es cualquier conjunto de datos adjunto o lógicamente asociado a un documento electrónico, que permita verificar su integridad, así como identificar en forma unívoca y vincular jurídicamente al autor del documento electrónico. Una firma digital se considerará certificada cuando sea emitida al amparo de un certificado digital vigente, expedido por un certificado registrado.²⁴⁵

4.2.6. Validez de los contratos electrónicos

La validez de los contratos electrónicos tiene los mismos requisitos que los contratos tradicionales. En ese sentido, el autor Sánchez del Castillo menciona que el consentimiento por medios electrónicos resulta válido y eficaz, amparados en el principio de autonomía de la voluntad, libertad de la forma de los contratos y los requisitos para que el contrato resulte válido.²⁴⁶

La legislación costarricense no cuenta actualmente con regulación sobre la validez de los contratos, existe el proyecto de Ley de Servicios de la Sociedad de la Información (Ley de comercio electrónico), presentado bajo el número 19.012; sin embargo, este no ha sido aprobado por la corriente legislativa.

A pesar de ello, la Ley 8454 Ley de certificados, firmas digitales y documentos electrónicos, en su artículo 3 menciona lo siguiente:

Artículo 3º- **Reconocimiento de la equivalencia funcional.** Cualquier manifestación con carácter representativo o declarativo, expresada o transmitida por un medio electrónico o informático, se tendrá por jurídicamente equivalente a los documentos que se otorguen, residan o transmitan por medios físicos.

En cualquier norma del ordenamiento jurídico en la que se haga referencia a un documento o comunicación, se entenderán de igual manera tanto los electrónicos como los físicos. No obstante, el empleo del soporte electrónico para un documento determinado no dispensa, en ningún caso, el cumplimiento de los requisitos y las formalidades que la ley exija para cada acto o negocio jurídico en particular.²⁴⁷

²⁴⁵ *Idem.*

²⁴⁶ Acuña Navas y Cordero Esquivel, *op. cit.*, 88.

²⁴⁷ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, «Ley de Certificados, [...]».

En este artículo se refleja que la voluntad de las partes de un contrato electrónico, es la misma que la que se da en un contrato normal. Lo mismo sucede con el artículo 5, el cual menciona lo siguiente:

“Artículo 5º- **En particular y excepciones.** En particular y sin que conlleve la exclusión de otros actos, contratos o negocios jurídicos, la utilización de documentos electrónicos es válida para lo siguiente:

- a) La formación, formalización y ejecución de los contratos.
 - b) El señalamiento para notificaciones conforme a la Ley de notificaciones, citaciones y otras comunicaciones judiciales.
 - c) La tramitación, gestión y conservación de expedientes judiciales y administrativos; asimismo, la recepción, práctica y conservación de prueba, incluida la recibida por archivos y medios electrónicos.
- De igual manera, los órganos jurisdiccionales que requieran la actualización de certificaciones y, en general, de otras piezas, podrán proceder sobre simples impresiones de los documentos en línea efectuadas por el despacho o aceptar las impresiones de dichos documentos en línea, aportadas por la parte interesada y certificadas notarialmente.
- d) La emisión de certificaciones, constancias y otros documentos.
 - e) La presentación, tramitación e inscripción de documentos en el Registro Nacional.
 - f) La gestión, conservación y utilización, en general, de protocolos notariales, incluso la manifestación del consentimiento y la firma de las partes.

No se podrán consignar en documentos electrónicos:

- a) Los actos o negocios en los que, por mandato legal, la fijación física resulte consustancial.
- b) Las disposiciones por causa de muerte.
- c) Los actos y convenios relativos al Derecho de familia.
- d) Los actos personalísimos en general.²⁴⁸

4.2.7. Requisitos del contrato electrónico

Según lo que ya se ha explicado a lo largo de esta investigación, es necesario aplicar el principio de inalteración del Derecho preexistente de las obligaciones y contratos privados. A continuación, se detallará los elementos del contrato electrónico.

²⁴⁸ *Idem.*

4.2.7.1. Elementos del contrato electrónico

1. Voluntad

En los contratos electrónicos el contrato se realiza con la ayuda de medios electrónicos, por lo que se vuelve necesario utilizar dispositivos con acceso a internet. Es por esto que la mayoría de estos contratos se perfeccionan mediante un clic, donde se refleja la declaración de voluntad necesaria. De acuerdo con lo expuesto: “En la contratación electrónica, las modalidades para manifestar el consentimiento han transformado las maneras tradicionales de tratar la oferta y aceptación como elementos de la formación de los contratos, por esto es que se pasa a la declaración de voluntad entre ausentes”²⁴⁹.

La declaración de voluntad de los contratos electrónicos, es un mensaje de datos que contiene la voluntad de comprometerse de su iniciador y signatario en el caso concreto.

De acuerdo con el principio de equivalencia funcional, la manifestación de voluntad de un contrato electrónico tiene los mismos efectos que el de una declaración de voluntad por escrito.

Es importante mencionar que cuando se da la comercialización de bienes y servicios en línea, se utilizan modelos de aceptación bastante sencillos, como lo es el “aceptar términos y condiciones”, para el cual solamente se necesita un “clic” para exteriorizar que la parte contratante está de acuerdo con las condiciones que fueron preestablecidas por el comerciante, y solo mediante esta aprobación el contratante podrá continuar o terminar con la transacción.

Por lo anterior, es importante mencionar la figura de los contratos de “*clickwrap*”, categoría a la que pertenece la contratación de Airbnb.

En esta tipología contractual, el comerciante estructura sus condiciones de manera que se incluye el botón o ícono donde se confirma la aceptación; esto

²⁴⁹ Acuña Navas y Cordero Esquivel, *op. cit.*, 91.

funciona como un método para incluir términos y condiciones en un contrato en línea. Al estar predeterminadas las condiciones de contratación, el consumidor no tiene la oportunidad de establecer cambios o modificaciones; por lo tanto, nada más tiene dos opciones: aceptarlo o rechazarlo, es por esto que se deben clasificar como contratos de adhesión.

Este contrato se puede dar de dos maneras:²⁵⁰

- i. digitando “acepto” o si, y haciendo clic en el botón de enviar.
- ii. únicamente haciendo clic para manifestar el consentimiento.

En la legislación costarricense no existe regulación alguna para esta forma de contratación, entonces se pueden clasificar como atípicos e innominados.

La voluntad en los contratos de “*clickwrap*” se manifiesta cuando el consumidor o el usuario acepta los términos y las condiciones, tal como se mencionó anteriormente. En caso de que el consumidor “no acepte” o “no esté de acuerdo”, estaría rechazando los términos de la contratación, por lo tanto, consecuentemente no tendrá acceso al producto o servicios que se ofrecen en el contrato.

El artículo 1008 del Código Civil costarricense ampara la manifestación de voluntad de los contratos “*clickwrap*”, mencionando que la manifestación de voluntad de las partes puede ser hecha ya sea de palabra, por escrito o por hechos de que necesariamente se deduzca.

Igualmente, “para que el consentimiento no se vea viciado no afectado, es importante que el consumidor tenga la oportunidad de leer y entender los términos y condiciones del contrato, previo a la aceptación de éste”²⁵¹. Lo anterior, incluso “basándose en el artículo 42 de la LPCDEC, por cuanto el adherente debe tener un conocimiento efectivo del clausulado para su eficacia”.²⁵²

²⁵⁰ *Ibid*, 110.

²⁵¹ *Ibid*, 116.

²⁵² *Idem*.

Para que el contrato resulte vinculante, las partes deben haber presentado su consentimiento sobre su contenido descriptivo.

En el caso de los contratos por adhesión suele aceptarse que no resulta necesario que el aceptante del contrato haya tenido acceso a él. Esta exigencia suele cumplirse con claridad en los contratos clic, donde el acceso a la prestación se encuentra supeditado a la aceptación - formal al menos- de los términos y condiciones del contrato.²⁵³

Por otra parte, la forma de estos contratos es libre, únicamente se debe probar por medios alternativos. A su vez, la función del *clickwrap* radica en la entrega de un bien o la prestación de un servicio a cambio de una prestación económica, esto se realiza por medios electrónicos, sin tener que movilizarse.

2. Consentimiento electrónico

Es necesario analizar si existe el consentimiento electrónico, por ello resulta indispensable señalar que el consentimiento en un contrato electrónico puede manifestarse de diferentes formas, como por ejemplo correo electrónico o con un clic; por esto, es que no se puede afirmar que no existe un consentimiento electrónico, sino una forma electrónica de aceptación. De acuerdo con lo anterior, lo que diferencia un contrato tradicional de uno electrónico es, “[...] la formación del mismo, la formación de la prestación del consentimiento, de perfección del negocio y, en consecuencia, su prueba, tanto judicial como extrajudicial. Por tanto, no es posible hablar de «consentimiento electrónico», sino de «forma electrónica de consentir»”.²⁵⁴

En consecuencia, el consentimiento a través de medios electrónicos, «por medio de un mensaje de datos», «por vía electrónica», etc., es perfectamente válido y eficaz para el nacimiento, modificación o extinción de las relaciones jurídicas. En efecto, ninguna de las partes podrá restar o quitar validez, eficacia u obligatoriedad al acuerdo de voluntades por el hecho de manifestarse por medios electrónicos.²⁵⁵

²⁵³ *Ibid*, 117.

²⁵⁴ Barquín Gómez, Mario y Otero Lastres, José Manuel. «Derecho-E: Comercio Electrónico y Contratación Electrónica». *Máster Universitario de Derecho*. 2017, 37, <https://core.ac.uk/download/pdf/230121173.pdf> (último acceso: 6 de mayo de 2021).

²⁵⁵ *Idem*.

3. Capacidad de actuar

La capacidad se divide en dos:

- La capacidad jurídica: “es la aptitud general para ser titular de las relaciones jurídicas, de derecho y obligaciones. [...] está atribuida a toda persona física o natural desde su nacimiento y de acuerdo con lo regulado legalmente respecto a éste. La capacidad de adquirir derechos o de contraer obligaciones no siempre va unida a la capacidad de ejercitar aquellos o de cumplir éstas”²⁵⁶. Un ejemplo de esto son los menores de edad, que tienen capacidad jurídica, pero para algunos actos no cuenta con capacidad de actuar.
- La capacidad de actuar: se refiere a la posibilidad del sujeto de crear efectos de derecho, y la tienen los sujetos a los que la ley específicamente se las otorga.²⁵⁷

4. Legitimación

“Se refiere a la calidad que tienen los sujetos para realizar determinados contratos por no estarles prohibidos expresamente por ley. Resulta ser entonces, una especie de autorización para celebrar determinados contratos”.²⁵⁸

5. Forma

El contrato electrónico no tiene naturaleza formalista; pues no requiere una forma determinada para producir efectos jurídicos. Sin embargo, sí puede ser necesario cumplir con ciertos requisitos para que sea calificado bajo esta categoría; esto se dirige principalmente a un tema de documentación para afectos probatorios.

Un ejemplo de esto es el consentimiento, que debe ser transmitido a través de medios electrónicos, ya que surge una nueva forma de manifestación del

²⁵⁶ Enciclopedia Jurídica. «Capacidad» s.f. <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/capacidad/capacidad.htm> (último acceso: 15 de mayo 2021).

²⁵⁷ Acuña Navas y Cordero Esquivel, *op. cit.*, 48.

²⁵⁸ *Ibid*, 48.

consentimiento. Este consentimiento, “a través del principio de equivalencia funcional, llega a tener un tratamiento análogo al consentimiento transmitido por medio oral o escrito”.²⁵⁹

“La legislación contractual se basa en el principio de libertad de forma, siempre y cuando no se trate de un contrato solemne, en este sentido”²⁶⁰, el artículo 1007 del Código Civil señala lo siguiente: “Además de las condiciones indispensables para la validez de las obligaciones en general, para las que nacen de contrato se requiere el consentimiento y que se cumplan las solemnidades que la ley exija”.²⁶¹

El contrato electrónico no tiene un soporte físico o material que si pasa en la contratación tradicional, por lo que cierto grado de formalismo propio de los medios mediante los cuales se celebra resulta necesario.²⁶²

Además, al ser contratos celebrados a la distancia, requieren ciertas formalidades, principalmente para temas de derechos, obligaciones y efectos probatorios. En algunos casos se utiliza la firma electrónica para garantizar seguridad a la hora de perfeccionar el contrato. En ese sentido, “Se procura constatar la existencia del contrato celebrado por medios electrónicos, es decir, se habla de un formalismo indirecto orientado a técnicas probatorias más que a aspectos de formas del contrato, todo con el fin de asegurar los derechos adquiridos por las partes al momento de la celebración”.²⁶³

El “contrato electrónico impone la necesidad de someterlo a un formalismo propio de la utilización de medios electrónicos, con el fin de acreditar la existencia del contrato y no como un medio para determinar la validez del mismo. Por lo tanto, la forma, en este caso, tendría una función más instrumental”.²⁶⁴

²⁵⁹ González Bolaños, *op. cit.*, 102.

²⁶⁰ *Ibid*, 79.

²⁶¹ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, «Código Civil».

²⁶² González Bolaños, *op. cit.*, 100.

²⁶³ *Ibid*, 101

²⁶⁴ *Ibid*. 102.

6. Causa

La causa de los contratos es el fin legítimo que persigue cada una de las partes; y de acuerdo a la legislación costarricense debe ser justa, por ello, los contratos electrónicos serán válidos siempre y cuando los intereses del negocio sean relevantes y actuales para el Derecho.

7. Objeto del contrato

Al igual que los contratos convencionales, los que se realizan a través de medios electrónicos deben contar con un objeto posible, lícito, determinado o determinable y susceptible de valoración económica. Además de que debe adecuarse a la ley, la moral y las buenas costumbres.

En los contratos electrónicos se puede negociar la entrega de un bien tangible, como por ejemplo: electrodomésticos, ropa, o diferentes productos; puede ser también la prestación de un servicio, tal como el mantenimiento de un equipo mecánico o el alquiler de una casa o habitación como lo es el servicio que otorga Airbnb, o bien, se puede acordar la adquisición de un bien intangible, por ejemplo: un software o música.

Como ya se ha mencionado el objeto debe ser posible, lo que se refiere a la existencia del bien o la prestación del servicio, además debe ser lícito; es decir, que sea permitido por la ley, y finalmente determinado o determinable, cuando la prestación debe ser descrita en forma expresa.

4.2.8. Jurisdicción aplicable

Los contratos electrónicos al darse entre personas que no se encuentran físicamente en el mismo lugar, es necesario identificar entonces en qué lugar se perfecciona.

Para una línea de pensamiento la conclusión del contrato se produce cuando la voluntad por parte del aceptante ha sido expresada, mientras que para otra cuando la aceptación ha sido puesta en conocimiento de la otra parte. Sí, estamos ante un tema bastante elaborado en el que aparecen las tradicionales teorías ideadas para solucionar el problema en materia de contratos celebrados entre ausentes, contratos a distancia, entre otras

denominaciones. Dicho en otras palabras, tratar de fijar el momento en que el contrato se perfecciona, lo cual permitirá establecer el lugar de su celebración.²⁶⁵

Determinar el lugar de celebración del contrato es de importancia para fijar la legislación aplicable frente un posible litigio. De acuerdo con los fundamentos del Derecho Internacional Privado, se menciona lo siguiente:

Como principio general de la contratación por medios electrónicos, las partes contratantes tienen la libertad y la posibilidad de escoger la ley que quieren aplicar a su relación jurídica, lo anterior dentro de los límites previstos por la ley y las normas imperativas internacionales que se proyectan directamente en la relación comercial.

Existen límites a la autonomía de la voluntad entre los cuales encontramos: la violación de derechos o desconocimiento de derechos de terceros o fraude a la ley. En caso de no elección, se aplicarán los principios de proximidad y prestación característica, tomados como referente de la Convención de Roma de 1980, de acuerdo con el artículo 4.1 apartado 2, según el cual, se presume que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país en el que la parte que deba realizar la prestación característica, tenga su residencia habitual o la administración de sus negocios.²⁶⁶

La Convención de Roma, en su artículo 3 se refiere a la libertad de elección, e indica que los contratos se regirán por la ley elegida entre las partes, acá la elección debe ser expresa, y las partes pueden elegir la ley aplicable tanto a la totalidad del contrato como a una parte de este. Asimismo, las partes pueden cambiar en cualquier momento la ley que rige el contrato.

Este mismo cuerpo jurídico en su artículo 4 plantea que, si las partes no eligen una jurisdicción, el contrato entonces se regirá por la ley del país con el cual se presenten vínculos más estrechos. Sin embargo, si una parte del contrato se separara del resto y presentara un vínculo más estrecho con otro país, se puede aplicar la ley del otro país a esta parte del contrato. Se presume que existen vínculos más estrechos con el país en que la parte debe realizar la prestación característica que tenga, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual o,

²⁶⁵ Vélez Matamoros. *Los conflictos de consumo [...] electrónicos en Costa Rica*, 53.

²⁶⁶ Segura Ulate. *op. cit.*, 102.

si se tratara de una sociedad, asociación o persona jurídica, la administración central.

No obstante, si el contrato se celebrare en el ejercicio de la actividad profesional de esta parte, este país será aquel en que esté situado su establecimiento principal o si, según el contrato, la prestación tuviera que ser realizada por un establecimiento principal o si, según el contrato, la prestación tuviera que ser realizada por un establecimiento distinto del establecimiento principal, aquel en que esté situado este otro establecimiento.²⁶⁷

Si el contrato tiene como objeto un derecho real inmobiliario o un derecho de utilización de un inmueble, se presumirá que el contrato tiene vínculos más estrechos con el país donde se encuentra el inmueble.

El artículo 5 de la mencionada Convención, comenta sobre los contratos celebrados por los consumidores, e indica lo siguiente:

1. El presente artículo se aplicará a los contratos que tengan por objeto el suministro de bienes muebles corporales o de servicios a una persona, el consumidor, para un uso que pueda ser considerado como ajeno a su actividad profesional, así como a los contratos destinados a la financiación de tales suministros.
2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3, la elección por las partes de la ley aplicable no podrá producir el resultado de privar al consumidor de la protección que le aseguren las disposiciones imperativas de la ley del país en que tenga su residencia habitual:
 - si la celebración del contrato hubiera sido precedida, en ese país, por una oferta que le haya sido especialmente dirigida o por publicidad, y si el consumidor hubiera realizado en ese país los actos necesarios para la celebración del contrato, o.
 - si la otra parte contratante o su representante hubiera recibido el encargo del consumidor en ese país, o.
 - si el contrato fuera una venta de mercancías y el consumidor se hubiera desplazado de este país a un país extranjero y allí hubiera realizado el encargo, siempre que el viaje hubiera sido organizado por el vendedor con la finalidad de incitar al consumidor a concluir una venta.²⁶⁸

²⁶⁷ Unión Europea. «Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales». *Unión Europea*, 1980, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:334:0001:0027:ES:PDF> (último acceso: 9 de junio 2021).

²⁶⁸ *Idem*.

De acuerdo con la información detallada antes, en relación con este tipo de contratación, no hay posibilidad de negociar la legislación competente, debido a que en su mayoría son contratos de adhesión, y la decisión sobre la jurisdicción elegida para resolver las controversias, está claramente viciada debido a la falta de consentimiento sobre dicha escogencia²⁶⁹.

4.2.9. Cláusulas abusivas

En los contratos electrónicos se presentan diferentes cláusulas abusivas, las cuales se explicarán a continuación.

1. Cláusulas abusivas relativas a la jurisdicción aplicable

Este tipo de cláusula se utiliza principalmente en los contratos electrónicos, sin excluir otro tipo de acuerdo. La Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, en su artículo 42 menciona que:

Artículo 42.- Cláusulas abusivas en contratos de adhesión.

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

c) Favorezcan, en forma excesiva o desproporcionada, la posición contractual de la parte predisponente o importen renuncia o restricción de los derechos del adherente.

g) Impliquen renuncia, por parte del adherente, a los derechos procesales consagrados en el Código Procesal Civil o en leyes especiales conexas.²⁷⁰

En esta ley, no se menciona expresamente la prórroga de la competencia, sin embargo, el inciso g, al implicar renuncia de los derechos consagrados en el Código Procesal Civil, entendemos por consiguiente que se renuncia a las normas sobre competencia contenidas en el Título I de ese cuerpo legal, o normativa relacionada como el inciso e del artículo 1023 del Código Civil que indica la nulidad de cláusulas que restringen el derecho para acudir a los tribunales comunes, asimismo el inciso c anteriormente citado alude también a la restricción de derechos del adherente.²⁷¹

²⁶⁹ Segura Ulate, *op. cit.*, 107.

²⁷⁰ «Ley de Certificados, [...]».

²⁷¹ Segura Ulate, *op. cit.*, 111.

Con esto se demuestra que el consumidor siempre se verá perjudicado debido a que, la posición de poder de la parte que ofrece el bien o servicio los beneficiará a la hora de negociar el contrato y especialmente este tipo de cláusula.

2. Cláusulas abusivas relativas a la exención o limitación de responsabilidad

La Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, en su artículo 42 menciona que:

d) Exoneren o limiten la responsabilidad del predisponente por daños corporales, cumplimiento defectuoso o mora.

Para el caso de los contratos internacionales, pese a que a nivel de derecho comunitario se trata de disuadir el uso de este tipo de condiciones abusivas, no hay ninguna herramienta eficaz para erradicar su uso o anular con prontitud alguna cláusula abusiva de determinado contrato.

4.2.10. Formación del contrato electrónico

La “formación de un contrato involucra un proceso que conduce a la perfección del acuerdo de voluntades de las partes involucradas en el contrato. Este proceso debe ejecutarse mediante un procedimiento que tiende a la exteriorización de voluntades que conforman la relación contractual y hace realidad el acuerdo”.²⁷²

i. Fase precontractual

La fase precontractual se define como “Antes de que exista una oferta contractual las partes deben tener una aproximación preliminar mediante tratos que versan sobre el posible objeto contractual. En estos actos preparatorios los encaminan una o las dos partes con el fin de dar a conocer el objeto negocial”.²⁷³

Durante la etapa contractual no se genera una oferta formal como tal, “sino que las partes se encuentran en un estado de conocimiento previo de las

²⁷² González Bolaños, *op.cit.*, 111.

²⁷³ *Idem.*

condiciones de la prestación sobre la cual versará el eventual contrato a negociar”.²⁷⁴

ii. Acuerdo de voluntades

Existen dos tipos de contratación:

- Acuerdo entre presentes: se da cuando las partes contratantes se encuentran reunidos en el mismo lugar al momento de expresar la voluntad que forma el contrato.
- Acuerdo entre ausentes: se refiere en el momento cuando las partes manifiestan sus voluntades en momentos diferentes, como el caso de contratos celebrados por partes que se encuentran en diferentes sitios geográficos.

Tanto en la contratación entre presentes como la contratación entre ausentes se pueden encontrar las mismas etapas contractuales; sin embargo, en la contratación entre ausentes, se pueden observar las distintas etapas de manera más definidas, como por ejemplo, siempre habrá una oferta y una aceptación. Según si los contratantes se encuentran reunidos o no, existen dos tipos de contratación, a saber:

- Contrato entre presentes: cuando los contratantes se encuentran reunidos en el momento cuando se presenta la coincidencia de voluntades que forma el contrato²⁷⁵. Es decir, tienen comunicación en tiempo real.
- Contrato entre ausentes: cuando las partes manifiestan su voluntad en momento diferentes (contratos celebrados por carta, telegrama u otro medio de comunicación escrito)²⁷⁶. Presupone una comunicación diferida.

²⁷⁴ *Ibid*, 112.

²⁷⁵ Baudrit Carrillo, *Derecho Civil IV*. [...], 45.

²⁷⁶ *Ibid*, 46.

Tanto en la contratación entre presentes como en la contratación entre ausentes, se presentan las mismas etapas que conducen a la formalización del acuerdo. “No obstante, será en la contratación entre ausentes que estas etapas están más definidas. Para todos los casos, habrá una oferta seguida de una aceptación”²⁷⁷. Ahora bien, la oferta que se dirige a un destinatario ausente plantea cuestiones complejas, tales como:

- El problema de determinar el momento de eficacia de la propuesta.
- El problema de la revocabilidad u obligatoriedad de la propuesta.
- El plazo de vigencia de la propuesta.
- El problema de la muerte o incapacidad sobreviniente del proponente.
- El problema del momento del nacimiento del contrato: Si cuando el oblato manifiesta el “sí” (teoría de la emisión); o cuando el proponente recibe la respuesta (teoría de la recepción).
- El problema del lugar del nacimiento del contrato.
- Certeza de la palabra.²⁷⁸

iii. La oferta

La oferta consiste en una declaración de voluntad dirigida a una persona determinada, o bien, al público en general, en la que se ofrece la suscripción de un contrato específico.

La oferta también se puede definir como un acto jurídico unilateral destinado a integrarse en un contrato, constituido por una expresión de voluntad que se postula como penúltima.²⁷⁹

En el caso de la oferta electrónica, se puede definir “como aquella declaración unilateral de voluntad que una persona realiza a través de medios de comunicación y/o medios informáticos invitando a otra persona a la celebración de una convención que quedará perfecta con la sola aquiescencia de esta”.²⁸⁰

²⁷⁷ *Idem.*

²⁷⁸ Ramos y Sing Lam, *Los nuevos contratos electrónicos [...]*, 24.

²⁷⁹ Badilla Badilla, y Carrillo Goyenaga, *Protección efectiva del consumidor [...]* en el derecho comparado. 64.

²⁸⁰ Badilla Badilla y Carrillo Goyenaga, *op. cit.*, 64.

La Directiva 2000/31/CE de la Unión Europea en su artículo 10, menciona la información mínima que el prestador del servicio o del bien debe compartir con el consumidor:

Artículo 10. Información exigida²⁸¹.

1. Además de otros requisitos en materia de información contemplados en el Derecho comunitario, los Estados miembros garantizarán, excepto cuando las partes que no son consumidores así los acuerden, que el prestador de servicios facilite al menos la siguiente información de manera clara, comprensible e inequívoca y antes de que el destinatario del servicio efectúe un pedido:

- a) los diferentes pasos técnicos que deben darse para celebrar el contrato;
- b) si el prestador de servicios va a registrar o no el contrato celebrado, y si este va a ser accesible;
- c) los medios técnicos para identificar y corregir los errores de introducción de datos antes de efectuar el pedido;
- d) las lenguas ofrecidas para la celebración del contrato.

El mismo artículo establece que las condiciones generales de los contratos facilitadas al destinatario deben estar disponibles, de tal manera que este pueda almacenarlas y reproducirlas; además, el inciso anterior no aplicará para contratos que fueron celebrados mediante el intercambio de correo electrónico u otra comunicación individual equivalente.

Por su parte, la legislación costarricense establece, en la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, en su artículo 43 define que:

Artículo 43°.- Garantía. Todo bien que se venda o servicio que se preste debe estar implícitamente garantizado en cuanto al cumplimiento de los estándares de calidad y los requerimientos técnicos que, por razones de salud, medio ambiente y seguridad, establezcan las leyes, los reglamentos y las normas respectivas, dictadas por la Administración Pública. Cuando se trate de bienes muebles duraderos, tales como equipos, aparatos, maquinaria, vehículos y herramientas o de servicios de reparación, montaje o reconstrucción de tales bienes, además de la garantía implícita de calidad mencionada en el párrafo anterior, la garantía debe indicar, por lo menos, el alcance, la duración, las condiciones, las personas físicas o jurídicas que las extienden y son responsables por ellas y los procedimientos para hacerlas efectivas. Estos extremos de la garantía deben explicitarse claramente,

²⁸¹ Unión Europea. «Directiva 2000/31/CE». *Unión Europea*, 2000.
<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/eu/eu107es.pdf> (último acceso: 25 de junio 2021).

anotarse en la etiqueta o en algún lugar visible de los bienes o emitirse en documento separado o en la factura que debe entregarse al consumidor en el momento de venderle el bien o de prestarle el servicio. Los consumidores tienen hasta treinta días, contados a partir de la entrega del bien o de la prestación del servicio, para hacer valer la garantía ante la Comisión para promover la competencia. Si se trata de daños ocultos del bien que no se hayan advertido expresamente, el plazo comienza a correr a partir del momento en que se conocieron esos daños. Si el contrato entre las partes establece plazos mayores, estos prevalecen.²⁸²

1. Requisitos básicos de la oferta

- Declarada: la oferta debe ser una declaración de voluntad; en contratos consensuales no importa la forma de la oferta; sin embargo, esta puede consistir en manifestaciones tanto verbales como escritas.
- Dirigida: este requisito se refiere a que “el oferente debe individualizar en su declaración al beneficiario de la propuesta, y es de esta manera como se determina a la otra parte del contrato”.²⁸³
- Precisa: la oferta debe contener un compromiso de obligarse, en donde claramente se enuncia la voluntad de contratar del oferente, con el fin de evitar confusiones.
- Completa: la oferta debe contener todos los requisitos “relativos al acuerdo cuya decisión está a cargo del oferente. Debe tener este contenido para que la aceptación del destinatario sea suficiente para que se forme el contrato”²⁸⁴. La oferta se puede realizar con reservas, lo que significa que es “una proposición seria de contrato, formulada para que otro acepte, pero que queda condicionada a que se presenten requisitos que exige el proponente. Será válido este tipo de oferta únicamente si las reservas son objetivas y no quedan al arbitrio del oferente”²⁸⁵.

²⁸² *Ley de Promoción de la Competencia [...] Consumidor*”.

²⁸³ Acuña Navas y Cordero Esquivel, *op. cit.*, 60.

²⁸⁴ *Ibid*, 61.

²⁸⁵ *Ibid*, 62.

- Obligatoria: el oferente no puede cambiar la oferta una vez realizada esta, dentro de un plazo dado para que el beneficiario la estudie y responda. “Dado que no existe un plazo estipulado, ese plazo necesario para que el beneficiario estudie la oferta y responda será un plazo moral o implícito, al cual está sujeto el oferente en razón del principio de seguridad jurídica”.²⁸⁶

2. La aceptación de la oferta

La aceptación de la oferta es una manifestación unilateral de voluntad. La oferta debe cumplir varios requisitos, a saber:

- a. Aceptación pura y simple: la aceptación de la oferta debe ser expresa o al menos tácita, y debe coincidir con la oferta sin haberse realizado modificación alguna. En caso de que exista alguna modificación, se da entonces una contraoferta.
- b. Manifestada en tiempo útil: la oferta debe aceptarse en un tiempo hábil²⁸⁷. Cuando la contratación se realiza entre ausentes, la aceptación debe darse dentro del tiempo que fue fijado por el oferente, en caso de que este último no haya establecido un tiempo para la aceptación, el consumidor deberá cumplir con el plazo legal o moral correspondiente para aceptar la oferta; si esto no sucede, no se formará el contrato. Durante este plazo es posible presentar contraofertas, que no harán caducar el plazo de vigencia de la oferta inicial.

En cuanto a los contratos entre presentes, la aceptación debe realizarse de manera inmediata a la oferta.

- c. Momento y formación del contrato: es necesario determinar el momento cuando las obligaciones surgen para determinar los efectos del contrato. Además, resulta indispensable fijar el lugar donde se forma el contrato,

²⁸⁶ *Ibid*, 63.

²⁸⁷ *Ibid*, 64.

en caso de conocer la competencia territorial y la ley aplicable a ese contrato. Para esto, se formularon dos teorías:

i. La teoría de la declaración: “Si hay coincidencia de voluntades, el contrato se forma en el momento cuando el beneficiario de la oferta la acepta de manera pura y simple. La conclusión del contrato se da por cuanto la voluntad del oferente ya se encuentra formada previamente y la del beneficiario se da en el momento de la aceptación”.²⁸⁸

Por la dificultad de constatar las voluntades concordantes, esta teoría luego evolucionaría hacia la teoría de la expedición o emisión. Según esta teoría el momento de la formación del contrato se da cuando él. Aceptante realiza el acto material de comunicar al oferente su aceptación, ya sea por medio de una carta, telegrama o similar. Así, el lugar en que el aceptante emita su declaración de voluntad sería el lugar de formación del contrato.²⁸⁹

ii. Teoría de la información: esta teoría propone que existirá contrato cuando las voluntades de los contratantes son conocidas por ambos. “De esta manera, habrá contrato cuando el oferente conoce que el destinatario aceptó pura y simplemente la propuesta”.²⁹⁰ Por otro lado, “La dificultad para determinar ese momento culminó con la aparición de la teoría de la recepción, que establece como fecha del contrato aquella en que el oferente recibe la comunicación por parte del aceptante de que su oferta fue aceptada. Así, el lugar del contrato sería el lugar donde se reciba dicha comunicación”.²⁹¹

El artículo 1013 del Código Civil costarricense afirma que “el proponente está obligado a mantener su propuesta, mientras no reciba respuesta de la otra parte en los términos fijados en el artículo anterior”.²⁹²

²⁸⁸ Baudrit Carrillo, *Derecho Civil [...]*, 51

²⁸⁹ *Ibid*, 51

²⁹⁰ Acuña Navas y Cordero Esquivel, *op. cit.*, 66.

²⁹¹ *Idem*.

²⁹² Asamblea Legislativa. «Código Civil»,

3. Modalidades de la aceptación

La aceptación puede ser hecha “de palabra, por escrito o por hechos de que necesariamente se deduzca”, según lo contempla el artículo 1008 del Código Civil.²⁹³

El proponente no puede unilateralmente darle al silencio el valor de una aceptación tácita. Sin embargo, esta regla tiene excepciones, como “por ejemplo, cuando las partes han tenido una previa vinculación contractual, el silencio puede implicar una propuesta o una aceptación de renovación del contrato”.²⁹⁴

Lo anterior sucede con la figura de la renovación automática del contrato, en el cual las partes pueden atribuir al silencio un determinado significado.

4. Conclusión del contrato: momento y lugar de la formación del contrato

El contrato surge en el momento en que “coinciden las voluntades de los particulares en un punto de interés jurídico patrimonial, lo que se produce en el momento en que la oferta ha sido aceptada pura y simplemente por su destinatario”.²⁹⁵

“Pero se presentan problemas para determinar el tiempo o momento en que las obligaciones contractuales surgen, lo que interesa para establecer el momento en que se presentan los efectos del contrato y fijar el lugar en que se forma el acuerdo, sobre todo, para cuestiones de competencia de los tribunales y de interpretación del pacto, según se siga el criterio que el contrato se concluye con la coexistencia de voluntades concordantes (teoría de la declaración) o que el acuerdo solo surge en presencia del concurso consciente de voluntades (teoría de la información)”.²⁹⁶

4.2.11. La contratación tradicional en comparación con la contratación electrónica

Tanto la contratación tradicional como la contratación electrónica, concluyen de manera distinta, y principalmente en los contratos electrónicos de adhesión en

²⁹³ Ramos y Sing Lam, *op. cit.*, 29.

²⁹⁴ *Idem.*

²⁹⁵ *Ibid.*, 27.

²⁹⁶ *Ibid.*, 28.

masa, se presenta una despersonalización del contacto entre las partes y se realiza mediante soporte de medios digitales.

La contratación tradicional supone una igualdad entre las partes, en la cual todos pueden negociar. Además, existen tratos preliminares, conversaciones entre las partes y declaraciones concordantes, incluso sobre el contenido del contrato. En cambio, en la contratación electrónica, dada la utilización de la tecnología y la eliminación de fronteras creadas por la globalización, se produce una despersonalización de la contratación; pues la autonomía de la voluntad se ve disminuida, además de que existe un desequilibrio entre las partes, una de ellas tiene más poder sobre la otra, ya que la parte más poderosa tiene la capacidad de determinar la mayor parte del contrato. Por esto, se puede afirmar que no existe igualdad entre las partes, como sí sucede en la contratación tradicional.

Por otro lado, la contratación electrónica se realiza en masa, esto obedece a las necesidades del mercado; por lo tanto, existe

[...] menos control entre las ofertas y los oferentes, y configuran los contratos por medio de condiciones generales, las cuales son accesadas y analizadas en muy pocas oportunidades por las partes contratantes que no las dispusieron. Tal situación ofrece una escasa posibilidad de control sobre el contenido del contrato, con lo cual se despersonaliza las transacciones en un alto grado.²⁹⁷

Según lo anterior, el Derecho Contractual en los contratos electrónicos obvia algunos de los supuestos de “la teoría general del contrato respecto a la formulación de la oferta, la manifestación de la aceptación, la formación del consentimiento, la despersonalización de las relaciones contractuales para llegar a ser sistemas mecanizados obedientes a las dinámicas del mercado esencialmente”.²⁹⁸

Una de las mayores diferencias entre los contratos electrónicos y los tradicionales se puede identificar durante la etapa de formación y en su validez, ya que en la contratación electrónica, la oferta y su aceptación puede darse mediante

²⁹⁷ González Bolaños, *op. cit.*, 146.

²⁹⁸ *Idem.*

mensajes de datos, los cuales tendrán la misma fuerza para ser obligatorios que los contratos tradicionales, dados los principios que rigen la contratación electrónica, específicamente el principio de equivalencia funcional.

De tal modo, resulta importante destacar que se crea una nueva concepción de contrato al introducir medios electrónicos en su formación; pues el transporte de información se realiza mediante nuevas tecnologías. Por esto, es posible agilizar los procesos de contratación, para adaptarse a las nuevas exigencias de los mercados y la rapidez de la demanda. Es importante saber que el contrato electrónico “se distingue por diversos matices respecto al contrato tradicional. Entre estos rasgos distintivos podemos mencionar que el contrato electrónico consta en un soporte informático o en redes, los contratantes pueden identificarse por medios electrónicos y son negociados y perfeccionados a través de estos medios”.²⁹⁹

Además, algunos autores afirman que las particularidades que identifican a la contratación electrónica, no se adaptan a la normativa vigente, por lo cual las legislaciones actuales deben crear cuerpos normativos suficientes, generales y tecnológicamente neutros para que aumente la percepción de seguridad que puede brindar la contratación realizada mediante medios electrónicos, además de que se adapte a futuros medios tecnológicos utilizados para este tipo de contratación.

El Derecho Contractual no debe aspirar a acelerar el desarrollo del proceso de integración de todas las modalidades de formación de contratos en una sola normativa, sino que debe buscar una normativización que evite resultados contradictorios en la regulación jurídica de una misma institución. Con tal iniciativa crea un común denominador de formas contractuales, con el cual deja las particularidades de cada modalidad para temas reglamentarios que puedan ser modificados con mayor agilidad, sin dejar inhabilitados los marcos normativos generales por los constantes cambios del mundo mercantil.³⁰⁰

En otro orden de ideas, la principal diferencia entre contratación tradicional y la electrónica, radica en el medio a través del cual se da la comunicación entre las partes contratantes. Esto significa que en la contratación tradicional, como ya se ha

²⁹⁹ González Bolaños, *op. cit.*, 147.

³⁰⁰ *Ibid*, 149.

analizado previamente, se presenta mediante contacto directo entre las partes y existe la posibilidad de que los contratantes discutan temas como la oferta, el precio del servicio o el bien objeto del contrato, así como la forma de perfección del contrato.

Por su parte, el contrato electrónico, surge como una nueva forma de contratación, como ya se ha mencionado anteriormente, en el cual se utilizan medios electrónicos como medio para la formación y transmisión de las voluntades de los contratantes, por esto la legislación civil y comercial existente puede llegar a ser aplicable a esta figura de contratación.

Ante lo expuesto, se puede afirmar que no hay modificaciones significativas a la teoría general de contrato. “Por lo que se concluye que no se está en frente a la creación de una nuevas teoría general del contrato, con matices diferentes en virtud de los nuevos medios utilizados para contratar”³⁰¹. Dado lo anterior, se puede concluir que no se está en presencia de una nueva teoría general del contrato.

Por esto, se puede indicar que, en el contrato electrónico, las declaraciones de voluntad de las partes producen los mismos efectos que se dan en la contratación convencional; por lo tanto, se cree que no se alteran las estructuras básicas del contrato. Esto se puede confirmar; pues la modificación que se presenta en la contratación electrónica es en el lugar donde se encuentran las partes y la utilización de medios electrónicos para transmitir la oferta y las voluntades de las partes.

Una de las características generales del contrato electrónico, es la nueva modalidad de formación del consentimiento, la cual se convierte en una condición esencial para la validez del contrato. Por esto, cabe destacar que no existe contradicción alguna entre los contratos electrónicos con los tradicionales. Además, debido al medio por el cual se concretan los contratos electrónicos, se produce un

³⁰¹ *Ibid*, 150.

cambio en su forma, en el procedimiento para su perfección, el consentimiento, lugar, y su expresión, la oferta y la aceptación. Por otra parte,

[...] los problemas que se han denotado en los contratos electrónicos sobre la autenticidad e integridad de un documento electrónico, fallas en la transmisión de la voluntad entre otras situaciones son problemas tecnológicos, meramente, los cuales no vienen a modificar la estructura contractual, tal como se conoce. La esencia de la teoría general del contrato se mantiene, en tanto, estos problemas devienen del medio utilizados para contratar y no sobre el acuerdo de voluntades de quienes contratan.³⁰²

En la actualidad, la tecnología brinda un nuevo soporte y medio de transmisión de voluntades negociales, sin embargo:

[...] no es la creadora de un nuevo derecho regulador de estas voluntades. En este sentido, es que es posible afirmar que la incorporación al ordenamiento jurídico del comercio electrónico, como un fenómeno que ha modificados las concepciones contractuales y comerciales, conlleva cambios sobre conceptos básicos, mas no indica que se busque crear una nueva normativa obligacional o contractual. Es decir, el cambio a introducir normativamente no se trata de un cambio sustancial, ya que los cambios que urge la contratación electrónica no versan sobre la perfección, ejecución y consumación de los contratos privados, esencialmente, no discurren sobre como concuerdan las voluntades de los contratantes al momento de aceptación de una oferta.³⁰³

En conclusión, no es de importancia el medio por el cual se contrata, el contrato llega a ser tal. por el acuerdo entre partes de naturaleza patrimonial. La esencia del contrato sigue siendo la misma, produce efectos jurídicos entre las partes que tienen la voluntad de contratar y expresaron su consentimiento para hacerlo.

³⁰² González Bolaños, *op. cit.*,154.

³⁰³ *Ibid*, 155.

Capítulo V. Derecho del consumidor aplicable a contratos celebrados con la plataforma Airbnb

La protección al consumidor surge como respuesta al desequilibrio existente entre las partes de la relación de consumo; con esto se pretende proteger la parte débil de la relación de consumo, la cual por lo general es la del consumidor.

Igualmente, el comercio ha evolucionado en los últimos años y ha originado una nueva forma practicarlos, esta es el comercio electrónico. Con dicho cambio, nace el concepto de consumidor electrónico, el cual se analizará en el presente capítulo.

En el caso de los contratos de Airbnb, al constituirse en contratos electrónicos para consumidores turistas que buscan hospedaje, resulta necesario analizar la normativa que puede defender sus derechos; por esto, en el presente capítulo se estudiará la legislación nacional e internacional aplicable a esta materia y algunos modelos de protección al consumidor.

5.1. Sección I. Generalidades sobre el derecho del consumidor

5.2. Naturaleza jurídica del derecho del consumidor

El derecho del consumidor es un conjunto de principios y normas jurídicas que protegen al consumidor en la relación jurídica de consumo³⁰⁴.

Este derecho “hace parte de una tendencia del derecho privado moderno, encaminada a la búsqueda del equilibrio contractual en ciertas relaciones jurídicas que son consideradas asimétricas o desproporcionadas por la calidad de las partes que intervienen en ésta”.³⁰⁵

³⁰⁴ Vélez Matamoros, *Los conflictos de consumo en contratos electrónicos [...] Costa Rica*, 9.

³⁰⁵ Villaba Cuellar, Juan Carlos. «La Noción de Consumidor en el Derecho Comparado y en el Derecho Colombiano». *Revista Universitas*, n.º 119, (2009): 307, <https://www.redalyc.org/pdf/825/82515353018.pdf> (último acceso: 23 de setiembre 2021).

El nacimiento del Derecho del consumidor tiene como origen una serie de acontecimientos históricos en los cuales los consumidores, por su posición desfavorable frente al comerciante, resultó gravemente perjudicado. Como principal consecuencia de dichos acontecimientos, nacen diversos movimientos de lucha en pro de sus derechos y del desarrollo de regulación para que les brindara protección.³⁰⁶

Como se puede observar, a lo largo de la historia, los consumidores siempre se han encontrado en desventaja frente a los comerciantes; por esto, fue necesaria la intervención de un tercero para intentar equilibrar la balanza entre estas partes, ya que esta desventaja se traduce en una opresión hacia los consumidores. Aunado a esto, otro aspecto que origina la necesidad de regulación de un tercero es la aparición de los contratos masivos o adhesión, los cuales ya fueron estudiados anteriormente en la presente investigación.

Como ya se analizó, estos contratos masivos o adhesión tenían como objetivo facilitar el intercambio de bienes y servicios por medio de la estandarización de las cláusulas de contratación que solo podían ser aceptadas o rechazadas por los consumidores³⁰⁷.

Los contratos de adhesión, significan una limitación al principio de la autonomía de la voluntad; pues el consumidor no tiene la oportunidad de negociar el contenido del contrato, como tampoco le es posible ejercer la etapa previa de negociación contractual.

En cuanto a este alegado desequilibrio entre ambos sujetos en la relación contractual, se identifican dos posiciones que tratan de responder cuál es el origen de dicha desigualdad; por un lado, se indica que la principal causa de dicho

³⁰⁶ Vélez Matamoros, *op.cit.*, 7.

³⁰⁷ Vega Mere, Yuri. «El derecho del consumidor y la contratación contemporánea. Consideraciones preliminares a favor de la construcción dogmática de los contratos». *Contratación contemporánea: contratación electrónica y tutela del consumidor 2* (2000): 540. https://app-vlex-com.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/#search/*ElDerecho+del+Consumidor+y+la+contrataci%C3%B3n+contempor%C3%A1nea.+Consideraciones+preliminares+a+favor+de+la+construcci%C3%B3n+dogm%C3%A1tica+de+los+contratos+de+consumo/WW/vid/365587014 (último acceso: 24 de setiembre 2021).

desequilibrio es la falta de acceso a la información por parte de los consumidores, y por otro, se apunta más a la posición económica ventajosa que tiene el empresario sobre el consumidor.³⁰⁸

Pese a esta desventajosa posición del consumidor, nace una serie de movimientos que pretendían hacer frente a los abusos ejercidos en su contra por parte de los comerciantes. De acuerdo con esto, existen tres momentos claves en materia de protección al consumidor, sus orígenes surgen en los Estados Unidos de América.

El primero tuvo lugar durante la mitad del siglo XX, cuando se promulgó la Ley sobre las sustancias alimenticias y farmacias, Ley sobre inspección de carne y la creación de la Comisión Federal para el Comercio, las cuales nacieron producto del aumento de los precios de los artículos de consumo y los escándalos relativos a las sustancias farmacéuticas.

El segundo momento surge durante la mitad de los años treinta, “con la propuesta de los consumidores por el aumento incontrolable de los precios en plena crisis económica, originando las reformas para fortalecer la *Pure Food and Drug Act* y con la ampliación de poderes normativos de la Comisión para el Comercio, a fin de combatir las actividades ilícitas o fraudulentas”.³⁰⁹

Y el tercer y último período se inició a comienzos del siglo XX en el periodo de posguerra de la Segunda Guerra Mundial, en los Estados Unidos, “el presidente John F. Kennedy, en un discurso que se hiciera famoso, el día 15 de marzo del año 1962, pronunció la frase “consumidores somos todos”³¹⁰, en este discursó mencionó los siguientes derechos de los consumidores:

- Derecho a la seguridad.
- Derecho a ser escuchado.

³⁰⁸ Vélez Matamoros, *op. cit.*, 8.

³⁰⁹ *Ibid*, 9

³¹⁰ Villaba Cuellar, *op. cit.*, 307.

- Derecho a ser informado.
- Derecho a elegir libremente.³¹¹

En 1973, la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa aprobó la Carta Europea de protección de los consumidores, siendo el primer documento que reconoció los derechos de los consumidores al establecer las siguientes prerrogativas³¹²:

- a. el derecho a la protección y a la asistencia de los consumidores;
- b. el derecho a la reparación del daño que resienta el consumidor por la circulación de productos defectuosos o por la difusión de mensajes engañosos o erróneos;
- c. el derecho a la información y a la educación;
- d. el derecho de los consumidores a organizarse en asociaciones y a ser representados en diversos organismos, para expresar opiniones sobre decisiones políticas y económicas inherentes a la disciplina del consumo.³¹³

Desde una visión nacional, la Procuraduría General de la República de Costa Rica definió el Derecho del consumidor como un sistema global de normas, principios e instituciones y medios instrumentales consagrados en el ordenamiento jurídico, los cuales pretenden lograr el equilibrio de la posición del consumidor dentro del mercado y sus relaciones con los proveedores de bienes y servicios en forma masiva³¹⁴. Con lo anterior es que se justifica la intervención del Estado, como interés público de proteger a la sociedad en las relaciones de consumo. Además, el artículo 46 de la Constitución Política, párrafo quinto, establece que:

[...] los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos; a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y aun trato equitativo. El Estado apoyará los organismos que ellos constituyan para la defensa de sus derechos. La ley regulará esas materias.³¹⁵

³¹¹ Juan Carlos Villaba Cuellar, “La Noción de Consumidor en el Derecho Comparado y en el Derecho Colombiano”: 307

³¹² *Idem.*

³¹³ *Idem.*

³¹⁴ Vélez Matamoros, *op. cit.*, 9.

³¹⁵ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. «Constitución Política de Costa Rica». *Sistema Nacional de Legislación Vigente*, s.f.

https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=871 (último acceso: 24 de setiembre 2020).

Expuesto lo anterior, cabe afirmar que el movimiento protector de los consumidores es reciente, y, en pocos años, gracias a los cambios en los modelos de consumo, se ha convertido en un fenómeno normativo complejo.

5.3. Concepto de consumidor

5.3.1. Concepto general

Para las ciencias económicas, el consumidor es el sujeto del mercado que adquiere bienes o usa servicios, con el fin de emplearlos para su propio uso o bien, satisfacer sus propias necesidades, tanto personales como familiares. “Lo que busca el consumidor es hacerse con el valor de uso de lo adquirido, al no emplearlo en su trabajo para obtener bienes o servicios”³¹⁶.

Las ciencias económicas ofrece el concepto de consumidor; “sin embargo, en los últimos años ha adquirido relevancia en el ámbito del derecho debido a la regulación de las relaciones económicas productor-consumidor”.³¹⁷ Por su parte, en el Derecho no existe un concepto único con el cual pueda identificarse un consumidor, no hay unanimidad doctrinal ni legal sobre la noción de consumidor.

Existe una serie de características que permiten identificar a un consumidor, las cuales son las siguientes:

i. Es una persona que se sitúa al final del circuito y pone fin a la vida económica de un bien, producto o servicio.

i. En el momento de la adquisición y la utilización del bien aparece aislado.

³¹⁶ Wajtraub, Javier. «La Noción de Consumidor tras la reforma de la ley 24.240». Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor, Buenos Aires, 2008, 155. En R. Vásquez Ferreyra (Coord.).

³¹⁷ Villaba Cuellar, *op. cit.*, 307.

- ii. No es un experto, diferenciándose de otros agentes del circuito económico en el hecho de carecer de una especial capacidad técnica. Su actividad, en definitiva, no es profesional.³¹⁸

Sin embargo, cuando se estudia el concepto de consumidor desde la perspectiva legal, surgen desacuerdos respecto a los elementos fundamentales para calificar a una persona como consumidor. Los elementos en los que existe diferencias son:

1. Si se trata solamente de personas físicas o si también se pueden incluir las personas jurídicas: en la mayoría de legislaciones se considera como consumidor solamente a las personas naturales; sin embargo, en otros países se permite calificar a las personas jurídicas como consumidores. Incluso, en otras jurisdicciones se ha creado una sub categoría específica para personas jurídicas.
2. El comportamiento de las personas que compran los bienes o servicios:

Muchas jurisdicciones únicamente protegen al consumidor pasivo. Estos son los que no toman la iniciativa en la compra del producto o servicio, sin tomar pasos particulares para obtenerlo. Otra manera de definirlo, es ver a estos consumidores como el mercado audiencia que busca la empresa. Es esta última la que toma la iniciativa de la relación comercial al proponerla por medio de campañas de publicidad.³¹⁹

3. El propósito que se le da a los productos o servicios adquiridos: muchos excluyen a los sujetos profesionales, a pesar de que lleguen a ser los últimos eslabones de la cadena de consumo. Se excluirían, por tanto, las compras hechas con motivos profesionales. En muchos casos, se añade el elemento de la experticia profesional: se puede llegar a considerar al profesional como consumidor, en tanto a que la compra que haga no se refiera al área o actividad en la que tenga experiencia como tal. Así por ejemplo, un dentista que compra una computadora para llevar las cuentas de su oficina, sería considerado como consumidor final.³²⁰

³¹⁸ González, María Luisa. *La comunicación publicitaria en el entorno de la protección al consumidor*. Tesis para optar por el grado de doctorado, Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2001, 54.

³¹⁹ Badilla Badilla y Carrillo Goyenaga, *op. cit.*, 100.

³²⁰ *Ibid*, 100.

Por otro lado, existe una diferencia entre la concepción del consumidor objetiva y subjetiva. La concepción objetiva está compuesta por un elemento positivo, el cual es la exigencia de que el acto de intermediación se realice por un profesional del comercio. Por su parte, el elemento positivo se refiere al sujeto consumidor, quien no debe actuar de manera profesional, esto se resume en la contraposición de dos sujetos: un sujeto profesional y otro que no lo es.

A la par de lo anterior, se encuentra la concepción subjetiva que propone que para que se sea consumidor, debe destinar la adquisición para su uso personal o familiar; por lo tanto, resulta indiferente la calidad de profesional del intermediario.

Se puede afirmar además que el concepto de consumidor varía según cada legislación; por ejemplo, “en el caso de la Unión Europea, es posible encontrar toda una evolución histórica del consumidor, y la normativa que lo protege. En un inicio era considerado como el beneficiario de las actividades del mercado común. Con el tiempo, se observa la creciente necesidad de protegerlo como un sujeto especial de derecho, por su desigualdad frente al mercado”³²¹.

La legislación europea indica que el consumidor no se le considera solamente “como un comprador o un usuario de bienes o servicios para un uso personal, familiar o colectivo, sino como una persona a la que conciernen los diferentes aspectos de la vida social que pueden afectarle directa o indirectamente como consumidores”.³²²

Igualmente, en el caso de España, la legislación actual define el término de consumidor o usuario como las personas físicas que actúen como un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores, las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que

³²¹ Badilla Badilla y Carrillo Goyenaga, *op. cit.*, 101.

³²² Consejo de la Comunidad Europea. «Resolución n.º C 92/16». Consejo de la Comunidad Europea, 1975. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31975Y0425\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31975Y0425(01)&from=ES) (último acceso: 28 de setiembre 2020).

actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial".³²³

La Unión Europea ha divulgado directrices³²⁴ en materia del derecho del consumidor, en las cuales se establece que el consumidor es únicamente la persona física, quien realiza actividades no comerciales y no profesionales; por esto se puede afirmar que se limita el concepto y deja por fuera a la persona jurídica. Tampoco incluye a personas físicas que actúan de forma profesional en su área.

Esta tendencia se fortalece con el Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio del 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Este reglamento sustituye al Reglamento Roma I, del Convenio de Roma de 1980. En su artículo 6 define, por medio del concepto de los "contratos de consumo", las características de la relación de

³²³ Vélez Matamoros, *op. cit.*, 14.

³²⁴ Aparecen las directivas del CEE, en las cuales se define el consumidor y son las siguientes:

Directiva 85/577/CEE del Consejo, 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales. El consumidor es definido en el artículo 2 como "toda persona física, que, para las transacciones amparadas por la presente Directiva, actúe para un uso que pueda considerarse como ajeno a su actividad profesional".

Directiva 87/5102/CEE del Consejo, 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de crédito al consumo. Define el artículo 1: a) Consumidor: la persona física que, en las operaciones reguladas por la presente Directiva, actúa con fines que puedan considerarse al margen de su oficio o profesión".

Directiva 93/13/CEE del Consejo, 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. El artículo 2.b define al consumidor como: "toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional".

Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. Dice el artículo 2.2: "Consumidor: toda persona física que, en los contratos contemplados en la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional".

Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 16 de febrero de 1998, relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores. El artículo 2.e lo define como: "cualquier persona física que compre un producto con fines ajenos a su actividad comercial o profesional".

Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior. Define el artículo 2.e: "cualquier persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión".

Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 23 de setiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores. El artículo 2.d establece: "toda persona física que, en los contratos a distancia, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial o profesional."

Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 11 de mayo de 2005, sobre prácticas desleales de las empresas a los consumidores en el mercado interior. Dice en el artículo 2.a): "cualquier persona física que, en las 103 prácticas comerciales contempladas por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio, oficio o profesión."

Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos del consumidor. Deroga varias directivas anteriores, y define consumidor en su artículo 2.1): "toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión".

consumo entre el empresario y el consumidor. Dice que estos contratos son los celebrados “por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional (“el consumidor”) con otra persona (“el profesional”) que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional.³²⁵

Por otra parte, la normativa estadounidense, regula el concepto de consumidor, basándose en la *Consumer Product Safety Act*, donde se define el término de “*consumer product*” o producto de consumidor, de la cual se desprende la concepción de consumidor, e indica que “producto de consumidor” se refiere a cualquier artículo o componente de un artículo, producido o distribuido para:

- i. La venta a un consumidor para su uso permanente o temporal en, o cerca de su residencia, escuela, recreación.
- ii. Uso personal, consumo o disfrute del consumidor temporal o permanente o temporal en, o cerca de su residencia, escuela, recreación.

Dado lo anterior se puede reafirmar que el consumidor es el usuario final, se delimita el concepto a partir del uso que se le da al producto, el cual debe ser personal o familiar, para consumo o disfrute. Por lo anterior, quedan excluidos de la definición los artículos que no se acostumbre vender a consumidores finales, los cuales no se producen o distribuyen para su uso final.

Por otra parte, en el sistema estadounidense se hace una diferenciación entre el consumidor y el comerciante, se indica que es consumidor el ciudadano promedio que se involucra en un negocio con una compañía, u otro ciudadano que regularmente se involucra en ese negocio.

El sistema norteamericano hace la misma distinción que se mencionó previamente, en cuanto a que una persona jurídica no puede ser considerada un consumidor; pero dejando en claro que un comerciante sí puede ser una persona

³²⁵ Jorge Badilla Badilla, y Alberto Carrillo Goyenaga, “*Protección efectiva del consumidor costarricense en el comercio electrónico: una propuesta basada en el derecho comparado*”: 103

jurídica. Finalmente, se afirma que el consumidor se define por su uso final, no comercial del producto que adquiere.³²⁶

En el caso de la legislación costarricense, el artículo 2° de la Ley de promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, define el concepto de consumidor, al indica que es:

[...] toda persona física o entidad de hecho o de derecho, que, como destinatario final, adquiere, disfruta o utiliza los bienes o los servicios, o bien, recibe información o propuestas para ello. También se considera consumidor al pequeño industrial o al artesano -en los términos definidos en el Reglamento de esta Ley- que adquiera productos terminados o insumos para integrarlos en los procesos para producir, transformar, comercializar o prestar servicios a terceros.³²⁷

De la definición anterior se desprende que el sistema nacional protege tanto a las personas físicas como jurídicas; por ello, se puede deducir que se considera como consumidor a ambas figuras, de tal forma que además ofrece protección a los *bystanders*³²⁸ o consumidores equiparados.

Esta definición es única, porque incluye dentro del concepto “un grupo que normalmente entraría en la categoría de profesionales empresarios, el de los pequeños industriales y artesanos”.³²⁹

5.3.2. Consumidor internacional

Dado el objeto de estudio de la presente investigación, resulta indispensable analizar el concepto de consumidor internacional, el cual se puede definir como quien forma parte de contratos que involucran dos o más jurisdicciones nacionales;

³²⁶ Badilla Badilla y Carrillo Goyenaga, *op. cit.*, 104.

³²⁷ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. «Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor n.º 7472». *Sistema Nacional de Legislación Vigente*. s.f. https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=26481 (último acceso: 30 de setiembre 2021).

³²⁸ La legislación que regula los derechos del consumidor en el Mercosur, en países tales como Argentina o Brasil, se regula la concepción de *bystander* o consumidor equiparado, que se puede definir como una persona o grupo de ellas que no son parte de la relación de consumo 'base' o 'fuente', pero que, además, no adquieren o utilizan bienes como destinatarios finales, sino que solamente se encuentran expuestos a ellos o a las consecuencias del acto o relación de consumo que introdujo esos bienes en el mercado”.

³²⁹ Badilla Badilla y Carrillo Goyenaga, *op. cit.*, 108.

es decir, el consumidor internacional tiene las mismas características de un consumidor, ya se han mencionado previamente; sin embargo, la mayor diferencia radica en que este se domicilia en un Estado diferente al del comerciante del cual adquiere el bien o servicio.³³⁰ De acuerdo con lo expuesto: “Esto hace la relación de consumo internacional más compleja que la de consumo nacional, pues puede llegar a incluir elementos adicionales como labores de importación o un contrato de transporte”.³³¹

Como se ha mencionado a lo largo de esta investigación, el fenómeno de la globalización ha causado muchos cambios en el comercio, turismo, transporte, telecomunicaciones, y, a su vez, ha generado la necesidad de definir el concepto de consumidor internacional. Sin embargo, aunque sea un fenómeno en auge y de gran relevancia en la actualidad, no existe la suficiente protección jurídica sobre este tema. Se puede observar que la normativas nacionales reguladoras del comercio internacional: “[...] y el derecho uniforme del comercio internacional o la denominada *lex mercatoria*, en general no se preocupan de proteger al consumidor y, al contrario, tratan de excluir estos contratos de su campo de aplicación”.³³²

A pesar de la importancia que tiene el hecho que el consumidor internacional tenga una serie de normas que lo protejan, los Estados no han desarrollado un marco jurídico suficiente para este fin. Según las directrices de las Naciones Unidas, es importante que se les resguarden los derechos de seguridad, salud, acceso a la información, compensación efectiva, libre asociación y consumo sostenible. También considera que se les deben proteger sus intereses económicos, por medio de la toma de medidas que aseguren la libre competencia y la eficacia de los mecanismos de aplicación de las normas jurídicas”.³³³

³³⁰ Aristizabal Johnson, Cristina. «Falta de protección del consumidor internacional como situación que desfavorece el desarrollo económico global». 2014.

<https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/ejil/article/view/2470/2367> (último acceso: 1° de octubre 2021).

³³¹ *Idem*.

³³² Lima Marqués, Claudia. «La insuficiente protección del consumidor en las normas del Derecho Internacional Privado - De la necesidad de una Convención Interamericana (CIDIP) sobre la ley aplicable a algunos contratos y relaciones de consumo». *CIDIP*. 2001.

http://www.oas.org/dil/agreementspdf/cidipvii_home_temas_cidip-vii_proteccionalconsumidor_leyaplicable_apoyo_propuestabrasil.pdf (último acceso: 2 de octubre de 2021).

³³³ Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, Directrices. «Directrices de las Naciones Unidas para la protección al consumidor». *Organización de las Naciones Unidas*. s.f.

<http://es.consumersinternational.org/who-we-are/un-guidelines-on-consumer-protection#.UkrfEt-KUbpX> (último acceso: 3 de octubre 2021).

A pesar de la importancia del consumidor internacional, resulta evidente que este no se encuentra suficientemente protegido, lo cual se debe a que no hay cuerpos jurídicos que resguarden todos sus derechos; y, en caso de que los haya, no se encuentran organismos que respalden el cumplimiento de estas normas.

5.3.3. Consumidor electrónico

Las nuevas formas de consumo han generado la necesidad de redefinir algunos aspectos del derecho del consumidor, es en vista de lo anterior que algunos vislumbran que, quien adquiere bienes y servicios en línea, responde a una nueva categoría de consumidor, y por lo tanto, debe elaborarse un concepto de consumidor electrónico como tal.³³⁴

Por lo anterior, se afirma que existe una serie de características, las cuales diferencian al consumidor tradicional del electrónico, lo que pretenden otorgar un nivel de protección más específico para este último.

En la medida que se globaliza la definición de consumidor, se avanza para una definición amplia del mismo, previéndose la protección del individuo frente a la organización de sistemas complejos e hipertecnológicos de la sociedad globalizada. En este sentido, se elaboró el criterio de “Consumidor electrónico” que sería entendido como el consumidor híper-vulnerable, pues la tecnología amplía el abanico de opciones de modo significativo en un mercado virtual.³³⁵

Dentro de las características que identifican al consumidor electrónico se encuentran:

- Interactividad: el consumidor tiene la oportunidad de elegir entre varias opciones de información que desee recibir.
- Espontaneidad: la comunicación entre las partes se realiza de manera espontánea.

³³⁴ Vélez Matamoros, *op. cit.*, 22.

³³⁵ Tinajeros Arce, Erika. «Protección del Consumidor en el MERCOSUR: Primeras observaciones sobre publicidad y oferta en el comercio electrónico». *Revista Consumo y Legal*, n.º 7, (2007). <http://vlex.com/vid/mercosur-primeras-observaciones-oferta-38250615> (último acceso: 24 de setiembre 2021).

- Pasividad del oferente: hasta cierto punto el oferente precisa la autorización del consumidor para establecer una comunicación. Sin embargo, la actitud del oferente puede ser activa; pues le resulta posible recabar información de los usuarios que han visto su web y efectuar estudios sobre sus preferencias, para posteriormente modificar el contenido de su oferta con el fin de lograr mayor efectividad comercial.³³⁶
- Generalidad de la oferta: internet es una herramienta con acceso abierto a todas las personas y las empresas que deseen utilizarla para ofrecer cualquier bien o servicio.
- Globalidad: al realizarse mediante el uso de internet, los contratos son parte de un medio de comunicación global, dentro de un mercado global, que pueden acceder todos los usuarios de la red.

Además, es importante reiterar que el consumidor electrónico tiene la capacidad de calificarse tanto como consumidor nacional como internacional. Cuando se califica como internacional, no es necesario que exista un traslado físico del consumidor; pues el contrato se acepta mediante un “clic”.

Lo anterior se refiere al consumidor electrónico como consumidor internacional, lo cual se comprende como aquel sujeto cuya relación de consumo sin fines profesionales y frente a un profesional se encuentra vinculada con más de un ordenamiento jurídico³³⁷.

Entonces, en resumen, se puede afirmar que el consumidor electrónico es quien adquiere bienes y servicios al utilizar medios electrónicos, tales como el internet, con el objetivo de satisfacer sus necesidades personales.

En las normativas actuales no existe mucha legislación que ahonde en el tema; pues es una cuestión relativamente nueva. Sin embargo, los países europeos se han encargado de crear directivas que guíen el tratamiento del consumidor

³³⁶ Vélez Matamoros, *op. cit.*, 23.

³³⁷ *Ibid*, 24.

electrónico. Por ejemplo, la Unión Europea advierte que consumidor es cualquier persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión. Esta definición se reitera en varias Directivas Europeas, lo cual otorga una definición amplia y precisa sobre el consumidor electrónico.

Ahora bien, en el caso de Costa Rica, no existe legislación especializada sobre el tema; por lo tanto, no se puede hallar una definición adecuada para el concepto de consumidor electrónico.

5.3.4. Consumidor turista

El consumidor turista se define como “la persona que se encuentra lejos de su entorno habitual cuya finalidad principal del viaje no es la de ejercer una actividad económica, más bien es la de generar un gasto por el consumo de productos turísticos”.³³⁸ El turista, “a diferencia de otros consumidores, es en esencia alguien que contrata servicios que serán prestados necesariamente fuera de su domicilio. Se trata de una persona que se encuentra en la especial situación de deslocalización”.³³⁹

La situación se agrava con un turista internacional, cuando su contrato debe ser cumplido en un Estado que no es el suyo y se tiene que someter a normas o reglas diferentes; sino también eventualmente debe moverse y defenderse en un territorio ajeno, estos factores aumentan la vulnerabilidad del consumidor.

El turista es “en principio un desplazado, dado que se encuentra fuera del área que conoce y domina, ya sea país, región o pueblo, por lo que se pueden listar

³³⁸ Daikokú Calero, Alex Rubén. «Comportamiento del consumidor turístico». 9. 2012. <https://www.aiu.edu/applications/DocumentLibraryManager/upload/1-10222012-75637-686484881.docx> (último acceso: 5 de octubre 2021).

³³⁹ Medina, Flavia Andrea. *Derecho del Consumidor y comercio electrónico en el ámbito internacional: Capítulo VI, El consumidor Turista en el contexto Electrónico*. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2013, 213.

las principales problemáticas que enfrenta hoy como consumidor en los lugares de destino”³⁴⁰:

- En los alojamientos: conflictos con los servicios previamente contratados que se prestan en el lugar de destino, desde los planteados con el alojamiento y su categoría, hasta los que se suscitan con carácter más local; calificación de establecimientos hoteleros; servicios complementarios a los contratados; información de precios: la factura; reserva de habitaciones; sobre-contratación; reenvío de clientes de un hotel a otro o de unos apartamentos a otros en épocas de elevada ocupación y plena-ocupación.
- Incumplimientos contractuales en establecimientos de hospedaje y comercios. Por ejemplo, la exhibición de tarifas sin denominación de moneda en los carteles expuestos o diferencias entre la tarifa publicitada y la que efectivamente se cobra”.³⁴¹

Por lo anterior, se debe proteger al consumidor en la relación de turismo, ya que como se pudo observar, se encuentra en una relación de vulnerabilidad y desequilibrio. En ese sentido, cabe agregar que “en la inmensa mayoría de las ocasiones, la brevedad del desplazamiento imposibilita o dificulta extraordinariamente tanto la reclamación del turista frente a la prestación defectuosa realizada o frente a su ausencia (incumplimiento total), como la exigencia de un cumplimiento específico”.³⁴²

Actualmente, la legislación sobre el tema no es muy extensa; sin embargo, la Organización Mundial del Turismo se encuentra trabajando en un código internacional para proporcionar una mayor protección legal a los turistas.

5.4. Derechos del consumidor en la contratación electrónica

5.4.1. Fase pre-contractual

³⁴⁰ Racet Morciego, María Soledad. «La protección jurídica al turista como consumidor». *Revista Retos Turísticos*, 2012, n.º 3: 5, <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/08/doctrina41632.pdf> (último acceso: 7 de octubre 2021).

³⁴¹ *Ibid*, 5.

³⁴² *Idem*.

i. Deber de información

El derecho a la información indica que el consumidor debe obtener información clara, veraz y precisa sobre los bienes y los servicios que está contratando. Este deber de información se protege en la contratación electrónica; pues suele suceder que los comerciantes en este tipo de contratación, no brinden al consumidor la información necesaria sobre los bienes o servicios.

Es por lo anterior que los Estados deben asegurar que el consumidor cuente con toda la información en el momento de realizar la contratación.

ii. Identificación del comerciante

Al tratarse de contratos en línea, es indispensable que el consumidor conozca quién es la persona con quien está contratando y “sobre todo, que esta se presente como un profesional”.³⁴³

El artículo 10 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, menciona la información general que debe brindar el comerciante al consumidor:

- a. Nombre o denominación social, domicilio, dirección de correo electrónico y cualquier otro dato que permita establecer con él una comunicación directa y efectiva.
- b. Datos de su inscripción en el Registro Mercantil o de algún otro registro público en el que lo estuvieran inscritos.
- c. Información sobre una autorización administrativa previa y la información sobre el órgano competente encargado de su supervisión.
- d. Si ejerce una profesión regulada deberá indicar: (a) datos del Colegio profesional al que pertenezca y número de colegiado, título académico y Estado de la Unión Europea donde se expidió el título y las normas profesionales aplicables al ejercicio de su profesión y los medios a través de los cuales se puedan conocer, incluidos los electrónicos.
- e. Número de identificación fiscal que le corresponda.
- f. Información clara y exacta sobre el precio del producto o servicio, indicando si incluye o no los impuestos aplicables y, en su caso, sobre los gastos de envío.

³⁴³ Acuña Navas y Cordero Esquivel, *op. cit.*, 126.

g. Códigos de conducta a los que esté adherido y la manera de consultarlos electrónicamente.³⁴⁴

iii. Información del bien o servicio

El artículo 32 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor manifiesta que un derecho fundamental e irrenunciable del consumidor es el acceso a una información, veraz y oportuna, sobre los diferentes bienes y servicios, con especificación correcta de cantidad, características, composición, calidad y precio. Es por ello que “Todo consumidor tiene derecho a información clara y verdadera sobre los bienes y los servicios que pretende adquirir. Lo anterior, no sólo es un derecho del consumidor, sino una obligación del comerciante, productor o prestador de servicios”.³⁴⁵

Además, el artículo 34 del mismo cuerpo normativo afirma que el comerciante tiene la obligación de:

- Informar suficientemente al consumidor.
- Hacerlo en idioma español, de manera clara y veraz, sobre los elementos que incidan de forma directa sobre su decisión de consumo.
- Debe enterarlo de la naturaleza, la composición, el contenido, la fecha de caducidad, el peso, cuando corresponda, de las características de los bienes y servicios.
- País de origen, el precio de contado en el empaque, el recipiente, el envase o la etiqueta del producto y la góndola o el anaquel del establecimiento comercial, así como de cualquier otro dato determinante, como sustancias adicionales que se le hayan agregado al producto original.³⁴⁶

Por otro lado, el comerciante asume la responsabilidad de emitir la factura en el momento en que se perfeccione el contrato. Esto es importante para que el consumidor pueda ejercer la garantía del bien que adquirió, además de tener la posibilidad ejercer el derecho de retracto.

³⁴⁴ Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, Gobierno de España. *Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico*. 11 de julio 2002.

<https://ssi.mineco.gob.es/Paginas/index.aspx> (último acceso: 7 de octubre de 2021).

³⁴⁵ Acuña Navas y Cordero Esquivel, *op. cit.*, 129.

³⁴⁶ «Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor».

iv. Oferta y publicidad por medios electrónicos

En el comercio electrónico se deben implementar controles especiales; pues se exigen mayores condiciones que en una compra realizada de forma física o presencial. En el momento de realizar la oferta, resulta esencial que se efectúe una descripción sumamente detallada de los bienes o servicios, con el fin de evitar engañar o hacer caer en error a los consumidores.

Existe una serie de puntos que deben tomarse en cuenta al momento de verificar la veracidad de una oferta en internet, a continuación se enumerarán los puntos aplicables a contratos de servicios en internet³⁴⁷:

- Identidad del proveedor: el proveedor debe establecer su identidad, esto incluye nombre o razón social, así como también su domicilio.
- Características especiales de los productos o servicios: el comerciante debe diferenciar, de manera clara y precisa, cada uno de los productos o servicios que se incluyen en la oferta.
- El precio: la oferta debe establecer el precio de manera clara, o establecer de manera precisa e inequívoca los criterios para su determinación.
- Gastos de transporte, debidamente separados del precio: el comerciante debe ofrecer varias opciones y precios a los consumidores para que exista la posibilidad de elegir la opción que más se adapte a sus requerimientos.
- Forma de pago: en la oferta se deben determinar los métodos de pago.
- Plazo de validez de la oferta: es recomendable establecer un plazo para la validez de la oferta. Cabe destacar que la oferta electrónica será válida durante el tiempo que considere prudente el oferente o por el tiempo que la oferta sea accesible en internet.

³⁴⁷ Acuña Navas y Cordero Esquivel, *op. cit.*, 134.

Antes de que el consumidor apruebe la oferta, la ley española agrega además otros datos que el comerciante debe compartir con el consumidor, tal como la garantía, duración del contrato, idioma del contrato y los procedimientos para realizar reclamos³⁴⁸. Cuando en la oferta se incluyen descuentos o promociones, las condiciones para acceder a estos deben ser claras y precisas.

En la contratación realizada por medios electrónicos es sumamente importante que la información de la oferta sea la adecuada; pues el consumidor no está en presencia del bien o el servicio en el momento de aceptar el contrato. Por esto, es necesario evitar que se realice publicidad ilícita, tal como publicidad que atente contra la dignidad, valores y derechos de las personas, la engañosa, desleal, la subliminal, entre otros.

Finalmente, la publicidad sobre los servicios y los bienes que ofrece el comerciante, son parte de la oferta del contrato y se considera como vinculante para el contrato final. En ese sentido, Torrealba la considera como una oferta pública, al indicar que además de la propuesta que se da entre el comerciante y el consumidor, la propuesta pública integra todas las condiciones y los términos que el comerciante pone a disposición del público en general.³⁴⁹

i. Otras obligaciones previas del oferente o prestador

En la frase previa del contrato el comerciante debe compartir información sobre detalles como los trámites que deben seguirse para celebrar el contrato, cuál será el tratamiento que se le va a dar al documento electrónico, así como el idioma en el cual se formalizará el contrato.³⁵⁰

El comerciante además de entregar el bien o servicio que adquirió el consumidor, debe ofrecerle actos que le aseguren la satisfacción adecuada, tales como: servicios de postventa y garantías del producto o servicio. Entonces, el comerciante tiene el deber de garantizar el bien o servicio y brindar la información

³⁴⁸ Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, *op. cit.*

³⁴⁹ Badilla Badilla, y Carrillo Goyenaga, *op. cit.*, 128.

³⁵⁰ Ministerio de asuntos Económicos y Transformación Digital, *op. cit.*

necesaria sobre reparación o repuestos, si estos servicios se dan de manera internacional.

5.4.2. Fase post-contractual

i. Acuse de recibido y confirmación: las partes deben confirmar que han recibido el mensaje de datos, mediante el acuse de recibido, el cual es realmente importante para eliminar la incertidumbre de las partes sobre la llegada de la oferta del contrato.

Gran parte de la doctrina existente sobre el acuse de recibido afirma que este es un elemento práctico de buena fe, y no debe considerarse como indispensable para el perfeccionamiento del contrato; sin embargo, se debe tomar como una obligación que el comerciante cumple en la relación de consumo.

ii. Derecho al retracto o derecho de desistimiento: este derecho consiste en la capacidad del consumidor de deshacer el negocio de manera unilateral, dentro de un periodo determinado después de su perfeccionamiento, en las ventas a distancia, o fuera del establecimiento comercial.³⁵¹

Se puede hacer si existe un defecto en el bien o servicio que se entregó, o si el consumidor no quedó satisfecho con el bien o servicio. Esta situación beneficia al consumidor electrónico; pues no está presente para examinar el producto o servicio hasta que es entregado.

Dentro de las excepciones a este derecho, en la legislación costarricense se puede encontrar:

- [...] bienes que por su naturaleza son consumibles, perecederos o que no puedan ser luego revendidos, una vez que hayan sido instalados o usados.
- Cuando los bienes objeto del contrato deban ser confeccionados o elaborados a la medida, o importados por encargo especial de acuerdo a las necesidades propias del comprador; si el vendedor demuestra que al recibir el aviso de rescisión ya había confeccionado o preparado los

³⁵¹ Badilla Badilla y Carrillo Goyenaga, *op. cit.*, 128.

bienes, o enviado la orden de compra irrevocable al proveedor extranjero.
352.

Para que el derecho al retracto se vuelva efectivo, solamente es necesaria la voluntad unilateral del consumidor, no se requiere probar ningún tipo de incumplimiento.

iii. Cláusulas abusivas: las cláusulas generales de un contrato de adhesión deben pasar por varios filtros, para determinar si cumplen con la condición de abusivas, esto con el fin de evitar que se conviertan en medios para que el comerciante abuse del consumidor; los filtros son los siguientes:

- a. Control de incorporación/inclusión: obligación de verificar que el adherente o consumidor entienden perfectamente todas las cláusulas del contrato. Por lo anterior, el contrato debe tener todas las condiciones totalmente claras. Las cláusulas deben redactarse de forma explícita, expresa, clara y precisa, antes de que el consumidor emita su consentimiento.
- b. Control de interpretación: el consumidor tiene la oportunidad de interpretar las cláusulas del contrato, gracias al principio *proferentem* (establece que la parte que no propone el contrato puede interpretar el contrato a su favor). Este se encuentra regulado en el artículo 42 de la LPCDEC, en la cual se indica que las condiciones particulares prevalecen las condiciones generales de los contratos de adhesión, y en caso de que sean ambiguas, se interpretarán en favor del adherente. Entonces, este control se caracteriza por interpretar las cláusulas a favor del consumidor.
- c. Control de contenido: las cláusulas abusivas de un contrato no tienen razón para ser válidas; sin embargo, la voluntad del consumidor les puede otorgar validez. Este control se ubica también en el artículo 42, ya que

³⁵² *Idem.*

acá se define una lista de cláusulas consideradas como abusivas que pueden resultar en nulas o relativamente nulas.

- d. Límite a la libertad de contratación: los comerciantes tienen la imposibilidad de negarse a prestar un servicio o vender un bien justificado en motivos arbitrarios.
- e. Principio contra *proferentem*: establece que cuando no es posible interpretar una cláusula de manera literal, la interpretación que se haga debe beneficiar a la parte que no redactó el contrato.

iv. Promoción de la competencia: con esto se intenta fomentar el funcionamiento competitivo de los mercados mediante diversas actuaciones dirigidas, bien a los actores presentes durante la celebración del contrato, al difundir valores positivos asociados a la existencia de una competencia efectiva en los mercados, fundamentalmente para prevenir la aparición de conductas anticompetitivas; lo anterior se establece en el artículo 30 de la LPCDEC.³⁵³

De acuerdo con el artículo mencionado anteriormente, el Estado debe garantizar a los consumidores mecanismos efectivos de acceso para la tutela administrativa y judicial de sus derechos.

En el acceso a la justicia, España ha establecido en el artículo 29 de la LSSICE, que los contratos realizados por medios electrónicos en los cuales una de las partes sea un consumidor, se presumirán como celebrados en el lugar donde el consumidor tenga su residencia habitual. Por otro lado, cuando sea entre empresarios, será en el lugar donde esté establecido el prestador de servicios.³⁵⁴

Esta ley también menciona que las normas de Derecho Internacional Privado serán las que determinen cuál es la ley aplicable a los contratos de comercio electrónico.

³⁵³ Agencia de la Competencia y de la Regulación Económica de Andalucía. «¿Qué es la promoción de la competencia». s.f. <http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/promocion-de-la-competencia/que-es-la-promocion-de-la-competencia> (último acceso: 8 de octubre 2021).

³⁵⁴ Acuña Navas y Cordero Esquivel, *op. cit.*, 159.

5.5. Sección II. Regulación del derecho del consumidor en la legislación costarricense aplicable a los contratos de Airbnb

Como se ha mencionado en la presente investigación, el Estado tiene la responsabilidad de crear normativa para proteger y velar por el bienestar de los consumidores. Además, en Costa Rica existen organizaciones estatales y no gubernamentales que velan por la aplicación de la normativa de protección al consumidor. Por lo anterior, se debe analizar la normativa costarricense que existe sobre el tema.

De manera general, el artículo 46 de la Constitución Política de Costa Rica establece que “los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos; a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a un trato equitativo. El Estado apoyará los organismos que ellos constituyan para la defensa de sus derechos. La ley regulará esas materias”.³⁵⁵ Este artículo constitucional convierte los derechos de los consumidores como un derecho fundamental y abre la puerta para las normas especiales que regulen la situación de los consumidores dentro del territorio nacional.

Este numeral constitucional otorga a los consumidores tutela directa sobre sus derechos; es decir, otorga derechos concretos hacia el consumidor que el Estado debe tutelar.

Antes de la promulgación de la Ley n.º 7472, existía la Ley de Protección del Consumidor, Ley n.º 5665, del 28 de febrero de 1975, la cual fue derogada por la ley actual. A diferencia de su antecesora, la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, desarrolla los derechos básicos del consumidor, así como un régimen de responsabilidad objetiva y sanciones para su protección. En Costa Rica y por mandato del propio legislador,

³⁵⁵ Asamblea Legislativa. «Constitución Política [...]».

[...] los derechos otorgados al consumidor cuentan con la característica de ser “fundamentales e irrenunciables” según la doctrina de artículo 32 de la Ley n.º 7472. Sobre, este punto, es importante destacar que el legislador los estableció que eran fundamentales antes de la reforma del artículo 46 Constitucional, situación que puede encontrar fundamento en las normas internacionales citadas y básicamente la Resolución 39/246 de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas del 16 de abril de 1985.³⁵⁶

Los derechos del consumidor en Costa Rica, se regulan mediante dos cuerpos jurídicos: la Ley n.º 7472, Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, y el Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor n.º 7472, n.º 37899-MEIC, este último tuvo una reforma en el 2017, con la cual se agregó el Capítulo X: Sobre la protección al consumidor en el contexto del comercio electrónico.

Gracias a este reglamento, y mediante el artículo 245, se establece por primera vez en la legislación costarricense el reconocimiento de los derechos de los consumidores electrónicos, con ello se hace la salvedad de que este capítulo aplica sin detrimento de la demás normativa de protección del consumidor. En el artículo 246 de este mismo cuerpo normativo, se establece el principio de equivalencia que ya ha sido analizado en esta investigación, e indica que la:

[...] información dirigida a los consumidores y las transacciones de comercio electrónico cuentan con la misma tutela que las efectuadas mediante otras formas de comercio.

Cualquier manifestación con carácter representativo o declarativo, expresada o transmitida por un medio electrónico o informático, se tendrá por jurídicamente equivalente a los documentos que se otorguen, residan o transmitan por medios físicos.

La protección que tiene el consumidor en este ámbito no podrá ser menor a la protección otorgada por las disposiciones del Capítulo V y VI de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley n.º 7472, relativo a la Defensa Efectiva del Consumidor, y este Reglamento.³⁵⁷

³⁵⁶ Salazar Solórzano, Randall. «La Tutela Constitucional del Consumidor». Ministerio de Economía, Industria y Comercio. San José, s.f. <http://reventazon.meic.go.cr/informacion/cnc/tutelaconstitucional.pdf> (último acceso: 9 de octubre 2021).

³⁵⁷ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. «Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor n.º 7472», *Sistema Nacional de Legislación Vigente*. s.f. https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=26481 (último acceso: el 28 de setiembre 2021).

Entonces, de este artículo se desprende que, todas las transacciones que se realicen mediante comercio electrónico, tendrán la misma importancia y protección que las transacciones efectuadas mediante comercio tradicional.

El artículo 247 establece el derecho que tiene el consumidor a la información sobre el comerciante y asimismo indica que el comerciante debe informar de manera cierta, fidedigna, suficiente, clara, accesible y actualizada sobre los siguientes datos:

- su verdadera identidad,
- ubicación geográfica principal,
- nombre o razón social,
- documento de identidad o cédula jurídica,
- domicilio social,
- teléfono, correo electrónico y demás puntos de contacto,
- información adecuada del registro del nombre del dominio para los sitios web que estén promoviendo o que participen en transacciones comerciales con consumidores y cualquier registro del gobierno o información de licencia pertinentes.³⁵⁸

Es importante que el consumidor esté consciente de toda esta información para conocer con quién está tratando, y, en caso de que sea necesario, realizar reclamos el consumidor y para ello debe contar con esta información a disposición para proceder a la defensa de sus derechos.

El artículo anterior se relaciona con el numeral 248; pues plantea:

[...] cuando un comerciante hace pública su pertenencia a un programa de autorregulación, asociación empresarial, organización de resolución de controversias u otro organismo, debe proporcionar información suficiente al consumidor para que este pueda contactar directamente al organismo. El comerciante debe brindar a los consumidores métodos de fácil uso para verificar esta membresía, acceder a los códigos y prácticas de la organización, y utilizar cualquier mecanismo de resolución de controversias que esta ofrezca.³⁵⁹

³⁵⁸ *Ibid.*

³⁵⁹ *Ibid.*

Con esto, una vez más se presenta el derecho a la información que tiene el consumidor; pues el comerciante tiene la obligación de otorgarle todos los datos necesarios, en este caso, sobre los medios a los cuales el consumidor puede acceder para hacer valer sus derechos. En ese sentido, el numeral 249, establece que

[...] el comerciante debe proporcionar al consumidor información clara, precisa, fácilmente accesible, en un lenguaje sencillo y fácil de comprender acerca de los bienes y servicios ofrecidos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes o servicios de que se trate, de modo que el consumidor tenga información suficiente para tomar una decisión informada, por lo que no deberá inducir a error o prestarse para interpretaciones, limitaciones o condiciones que puedan afectar la capacidad del usuario final de adquirir, acceder o usar el bien o servicio.³⁶⁰

Cuando proceda, esta información debe incluir los siguientes elementos:

- a. La funcionalidad de los contenidos digitales, incluidas las medidas técnicas de protección aplicables;
- b. Toda interoperabilidad relevante del contenido digital con los aparatos y programas conocidos por el comerciante o que quepa esperar razonablemente que este pueda conocer; y.
- c. Los principales requisitos técnicos o contractuales, limitaciones o condiciones que puedan afectar la capacidad del consumidor de adquirir, acceder o usar el bien o servicio.³⁶¹

El artículo 250 del Reglamento manifiesta que el comerciante tiene la obligación de informar al consumidor de manera clara y completa acerca de los términos y condiciones de la transacción. Por lo tanto, los consumidores deben tener fácil acceso a dicha información en el momento que la requieran y en cualquier etapa del proceso de la operación. Según resulte aplicable y apropiado a la transacción, la información debe incluir los siguientes elementos³⁶²:

- a. el sistema de tratamiento de las reclamaciones adoptado por el comerciante, incluidos los datos de contacto donde se atiendan las quejas del consumidor;
- b. los procedimientos de pago, entrega y ejecución;

³⁶⁰ *Ibid*

³⁶¹ *Ibid.*

³⁶² *Ibid*

- c. cuando proceda, la fecha para la entrega del bien o el inicio de la prestación del servicio.
- d. los términos del contrato en idioma español;
- e. las condiciones, el plazo y los procedimientos para ejercer el derecho de retracto;
- f. un recordatorio de la existencia de una garantía legal de conformidad para los bienes, así como las condiciones para hacerla valer;
- g. cuando proceda, la existencia de asistencia posventa al consumidor, servicios posventa y garantías comerciales, así como sus condiciones;
- h. la duración del contrato y, cuando proceda, el plazo mínimo de duración del mismo. Si el contrato es de duración indeterminada o si se prorroga de forma automática, las condiciones para su resolución³⁶³.

Una vez más, con el artículo anterior se evidencia el hecho de que el derecho a la información del consumidor es un pilar para su debido amparo; pues debe contar con toda la información necesaria para tomar una decisión sobre el bien o producto que quiere adquirir; y con los artículos mencionados supra, queda evidenciado que la Administración no se limita a proteger al consumidor electrónico –no solo de obtener el producto o servicio que adquirió–, sino también los momentos previos a hacerlo, como lo es en el momento de utilizar las plataformas electrónicas para adquirir el bien o servicio. Además, debe contar con la protección después de haber finalizado la transacción; por lo tanto, para el comerciante se convierte en una obligación el brindar al consumidor la información pertinente, con el fin de realizar reclamos en caso de que no haya quedado satisfecho con el bien o servicio.

Lo anterior se confirma con el artículo 251, en el cual se establece que

[...] el comerciante está obligado a informar al consumidor, de forma clara y fácilmente visible, sobre el precio total de los bienes o servicios, el cual incluirá el precio y los costes adicionales, siempre y cuando tales costes se encuentren asociados a la provisión de ese bien o servicio. Cuando se contraten servicios adicionales cuya provisión dependa de un tercero, esos costes deben ser informados por este tercero.³⁶⁴

³⁶³ «Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor».

³⁶⁴ *Ibid*

Además, estipula lo siguiente:

- En el caso de que el precio o costes adicionales no puedan ser calculados razonablemente de antemano, debe indicarse la forma en que se determinará.
- Cuando se trate de un contrato de duración indeterminada o un contrato de suscripción, el precio incluirá el total de los costes adicionales por período de facturación.
- El comerciante siempre debe dar un desglose de los rubros incluidos en el precio total.

Los artículos anteriores se relacionan con inciso b) del artículo 32 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor; pues este presenta los derechos fundamentales e irrenunciables del consumidor, uno de ellos es el acceso a la información veraz y oportuna son especificaciones de los bienes o servicios. Este artículo será analizado más adelante.

Por su parte, el artículo 253 menciona el proceso de confirmación, y menciona que el “comerciante debe garantizar que el consumidor conozca de manera previa, suficiente, clara e inequívoca el momento en el cual se requiere que este confirme la transacción, así como los pasos necesarios para completarla”.³⁶⁵

Durante este proceso de confirmación, el comerciante deberá presentarle al consumidor un resumen de la transacción, que incluya los bienes y servicios de que se trate, el tiempo de entrega, el precio, los eventuales costos adicionales de la transacción y el monto total de la operación; así como cualquier otro elemento relevante que integre la transacción, a fin de que el consumidor pueda verificar la información, modificar su contenido y corregir errores, así como decidir acerca de si continúa o desiste la transacción. Esta información no deberá presentarse de forma desagregada.³⁶⁶

El comerciante no debe procesar una transacción sin que conste de manera inequívoca que el consumidor ha consentido todos sus términos expresamente.

³⁶⁵ *Idem.*

³⁶⁶ *Idem.*

Además, el artículo 254 propone que “Los contratos celebrados por medios electrónicos quedarán perfeccionados desde que se reciba la aceptación de la propuesta o de las condiciones con que ésta fuere modificada. La simple visita al sitio de Internet en el cual se ofrecen determinados servicios o bienes, no impone al consumidor obligación alguna”.³⁶⁷

El consentimiento solo se entenderá formado si el consumidor:

- a. ha tenido previamente acceso a las condiciones generales del contrato, las cuales deben estar expresadas en términos claros, comprensibles e inequívocos;
- b. ha aceptado expresamente las condiciones del contrato; y.
- c. ha contado con la posibilidad de almacenarlas digitalmente y/o imprimirlas.³⁶⁸

Por otra parte, otro de los aspectos a destacar es que los contratos regulados se tendrán por celebrados en el lugar del domicilio del consumidor. “Si el consumidor que no reside permanentemente en el país celebra el contrato encontrándose en Costa Rica, podrá decidir que los eventuales diferendos sean conocidos en Costa Rica, aplicándose el Derecho costarricense”.³⁶⁹

El perfeccionamiento del contrato es un tema importante para el desarrollo de este trabajo; pues al ser una modalidad de contrato novedosa no es fácil delimitar el momento cuando el contrato se perfecciona, en cuanto al contrato de Airbnb y de acuerdo con el artículo 1008 del Código Civil, “el consentimiento de las partes debe ser libre y claramente manifestado. La manifestación puede ser hecha de palabra, por escrito o por hechos de que necesariamente se deduzca”.³⁷⁰

Por lo anterior, es que el consumidor electrónico que acepta la oferta del comerciante, lo hará de acuerdo con las instrucciones del oferente y dará clic sobre

³⁶⁷ *Idem.*

³⁶⁸ *Ibid.*

³⁶⁹ *Ibid.*

³⁷⁰ «Código Civil».

un ícono y esto bastará para dar a entender o deducir que el consumidor ha aceptado la oferta.³⁷¹

Por otra parte, es importante mencionar que la voluntad debe ser libre de vicios; por lo tanto, el consumidor debe leer muy bien los términos y las condiciones del contrato, en este caso de Airbnb; pues como se establecerá más adelante con el artículo 42 de la Ley n.º 7472, el adherente debe tener conocimiento efectivo de las cláusulas del contrato. Entonces, el adherente no podrá declarar un vicio en la voluntad al asumirlo como efecto de no haber leído las cláusulas del contrato.

En línea con lo anterior, el artículo 255, versa sobre el comprobante que debe obtener el consumidor e indica que sin en detrimento de “las disposiciones del artículo anterior, el comerciante, una vez perfeccionado el contrato, estará obligado a enviar al consumidor un comprobante íntegro, preciso y duradero de la transacción” .³⁷² El comprobante podrá ser enviado vía electrónica o por cualquier medio de comunicación acordado previamente entre las partes.

Este comprobante resulta de mucha importancia; pues con este el consumidor tiene constancia de que adquirió el bien o servicio y, en caso de que exista algún problema, podrá hacer los reclamos pertinentes con la prueba de la transacción. Por su lado, el artículo 256, alude sobre

- [...] la seguridad en los medios de pago, los comerciantes deberán adoptar sistemas de seguridad efectivos, confiables y certificados, con el objeto de garantizar la seguridad, la integridad y la confidencialidad de las transacciones y de los pagos realizados por los consumidores. El comerciante deberá informar oportunamente en su sitio de Internet sobre³⁷³:
- a. el nivel de protección que se aplica a los datos entregados por los consumidores y las posibles limitaciones de los sistemas de seguridad empleados;
 - b. la seguridad de los medios de pago y la tecnología que se esté utilizando para proteger la transmisión, procesamiento y almacenamiento de los datos financieros; y.
 - c. el nombre de la entidad certificadora de los sistemas de seguridad³⁷⁴.

³⁷¹ Acuña Navas y Cordero Esquivel, *op. cit.*, 115.

³⁷² «Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor».

³⁷³ *Ibid*

³⁷⁴ *Ibid*.

Esta protección que se otorga a los consumidores se halla amparada además por el artículo 32 de la Ley n.º 7479; pues en su artículo 32, en sus incisos a) y b), pretende otorgar seguridad para el consumidor y lo protege de riesgos que afecten su seguridad; además de velar por sus intereses económicos y sociales.

Por otro lado, el artículo 258 establece “el plazo para la prestación del servicio contratado, diciendo que el comerciante deberá respetar el plazo para la prestación del servicio, de no ser así, se entenderá que ha incumplido el contrato y deberá devolverle al consumidor la suma de dinero pagada, sin ninguna deducción”.

375

Cuando no se informa sobre el plazo definido, “se entenderá que el contrato se cumplirá dentro de las veinticuatro horas siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 465 del Código de Comercio”.³⁷⁶

En el caso de Airbnb, la plataforma al ofrecer el servicio de hospedaje principalmente para turistas, debe respetar las fechas que el consumidor haya reservado; esta protección es importante mencionarla; pues como se estableció en forma previa, la situación del consumidor turista es aún más frágil que la de un consumidor electrónico normal; por lo tanto, se debe velar por su bienestar y protegerlo en esta situación tan vulnerable.

El siguiente artículo del Reglamento, el numeral 259, establece que “El comerciante debe establecer un mecanismo gratuito, transparente y eficaz para recibir las quejas y reclamaciones de los consumidores. Para tales efectos, deberá utilizarse el mismo medio empleado de comercio electrónico empleado para completar la transacción”.³⁷⁷ En el entendido de que ese mecanismo será de fácil acceso y uso para el consumidor; por otro lado, el comerciante informará los plazos de respuesta, los cuales serán razonables, según el caso de que se trate, así como

³⁷⁵ *Ibid.*

³⁷⁶ *Ibid.*

³⁷⁷ *Ibid.*

los medios u opciones con los que cuenta el consumidor para darle seguimiento a su reclamación.³⁷⁸

Con este artículo se establece que el comerciante debe brindar al consumidor mecanismos accesibles para realizar reclamaciones; esto además se mencionará nuevamente en la Ley n.º 7472.

El artículo 260 define el tema de las evaluaciones del consumidor, para ello, el comerciante debe establecer un mecanismo gratuito y transparente para recibir y publicar las evaluaciones que los consumidores realicen acerca de la calidad de los bienes y servicios que han adquirido del comerciante, tanto si estas son positivas como negativas. Dicho mecanismo será de fácil acceso y utilización para el consumidor; el cual deberá saber de su existencia.³⁷⁹

Esto es importante porque permite al consumidor analizar su decisión de contratar con ese comerciante, de tal manera que lo realiza con toda la información que necesita y de antemano sabe la calidad del servicio que obtendrá. Es una oportunidad para que el consumidor realice la contratación y no haya vicios de por medio. El artículo 261 trata sobre las

[...] reglas para realizar la publicidad y el mercadeo, dice que la publicidad y el mercadeo que efectúe el comerciante deben ser claramente identificables como tales. Asimismo, deben detallar la empresa en cuyo nombre se realizan, cuando el no hacerlo pueda resultar engañoso. El comerciante debe garantizar que cualquier publicidad o mercadeo de bienes o servicios sea consistente con sus características, acceso y uso reales. Asimismo, deberá informar el precio final del bien o servicio, de manera que no se tergiverse el costo total incluidos todos los rubros que lo componen, de conformidad con lo establecido por la Ley 7472 y el presente reglamento.³⁸⁰

El artículo anterior se complementa con el numeral 262, el cual declara que “los comerciantes deberán tener especial cuidado en que la publicidad dirigida a menores de edad, consumidores vulnerables o desfavorecidos, y otros que podrían

³⁷⁸ *Ibid.*

³⁷⁹ *Ibid.*

³⁸⁰ *Ibid.*

no tener la facultad de comprender la información con la cual se representan, no atente contra su dignidad y bienestar integral”.³⁸¹

Los comerciantes están obligados, en relación con la publicidad dirigida a menores de edad, que se difunda por medio de sus sitios de Internet o por otros medios electrónicos, a saber:

- a. identificar los contenidos dirigidos únicamente a adultos;
- b. adoptar las medidas necesarias para prevenir que los menores puedan acceder a bienes y servicios que por ley no son aptos para menores de edad;
- c. abstenerse de presentar a niños en situaciones peligrosas, salvo que se trate de advertencias en materia de seguridad; o en situaciones que atenten contra la ley, la moral, las buenas costumbres o el orden público;
- d. abstenerse de hacer publicidad que incentive a los menores a realizar conductas impropias, ilegales, que atenten contra su dignidad y bienestar integral, o contra el de los demás; y.
- e. respetar las otras obligaciones que, en materia de publicidad dirigida a menores de edad, establece la legislación.³⁸²

Tanto el artículo 261 y 262, se basan en la claridad que debe brindar el comerciante al consumidor sobre los servicios o bienes que ofrece, asimismo, confirma lo establecido en el inciso c) del artículo 32 y los incisos b) y c) del artículo 34 de la Ley n.º 7472, que se analizarán más adelante.

Este Reglamento también protege los datos personales de los consumidores, mediante el artículo 263, el cual dicta que los comerciantes están obligados a:

- a. adoptar medidas de seguridad eficaces en sus procesos para proteger la integridad, veracidad y confidencialidad de los datos personales existentes en sus bases de datos;
- b. informar sobre el nivel de protección que otorgan a los datos personales de los consumidores, en especial en lo relativo a la transmisión, tratamiento y almacenamiento de sus datos personales; y.
- c. introducir en los contratos que suscriban con otros comerciantes, cláusulas que tengan por objeto proteger la confidencialidad de los datos personales de los consumidores.³⁸³

³⁸¹ *Ibid.*

³⁸² *Ibid.*

³⁸³ *Ibid.*

Este tema es relevante para los consumidores turistas internacionales; pues tanto la legislación europea como la estadounidense es fuerte sobre el tema, en cuanto a la protección de datos. Por ello, es un artículo necesario para proteger este sector. Los datos personales son información muy importante que debe tratarse con cautela, por lo que este artículo otorga protección para estos datos sensibles. Finalmente, el artículo 264, trata sobre

[...] las comunicaciones electrónicas no solicitadas, diciendo que el comerciante debe abstenerse de enviar comunicaciones por cualquier medio electrónico; cuando las mismas no han sido previamente solicitadas por los consumidores. Para el otorgamiento de dicho consentimiento, deberá el comerciante desarrollar e implementar procedimientos efectivos y fáciles de usar por parte de los consumidores, para que estos elijan si desean recibir o no mensajes comerciales y, cuando elijan no recibirlos, su decisión debe ser acatada de forma inmediata.³⁸⁴

[...]

Cualquier comunicación realizada con sistemas automáticos de comunicación sin el consentimiento previo del usuario o cuando se oculte o falsee el origen de la comunicación y no se cuente con una alternativa para poner fin a dichas comunicaciones, corresponde a una comunicación no solicitada.³⁸⁵

Por su parte, la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor cuenta con siete capítulos, en el Capítulo I se establecen las disposiciones generales, el capítulo II define la desregularización, el III regula la promoción de la competencia, en el IV se instaure la Comisión de Mejora Regulatoria y la Comisión para Promover la Competencia, en el Capítulo V la defensa efectiva del consumidor, el VI las disposiciones sobre la Comisión Nacional del Consumidor y en el Capítulo VII las disposiciones finales. Este cuerpo normativo tiene como objetivo, de acuerdo con el artículo 1º,

[...] proteger, efectivamente, los derechos y los intereses legítimos del consumidor, la tutela y la promoción del proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención, la prohibición de monopolios, las prácticas monopolísticas y otras restricciones al funcionamiento eficiente del

³⁸⁴ «Ley de Promoción de la Competencia [...] Consumidor».

³⁸⁵ *Idem*.

mercado y la eliminación de las regulaciones innecesarias para las actividades económicas.³⁸⁶

Entonces, se puede observar que este artículo pretende crear los pilares para la defensa del consumidor, los cuales son los derechos e intereses del consumidor y la promoción de la competencia. Además, con este artículo se pretende eliminar la creación de monopolios, así como restricciones innecesarias para el mercado. Por otra parte, la Sala Constitucional en su voto n.º 1441-92, de las 15:45 horas del 2 de junio de 1992:

Es notorio que el consumidor se encuentra en el extremo de la cadena formada por la producción, distribución y comercialización de los bienes de consumo que requiere adquirir para su satisfacción personal, y su participación en ese proceso, no responde a razones técnicas ni profesionales, sino en la celebración constante de contratos a título personal. Por ello relación en **esa secuencia comercial es de inferioridad y requiere de una especial protección frente a los proveedores de los bienes y servicios**, a los efectos de que previo a externar su consentimiento contractual cuente con todos los elementos de juicio necesarios, que le permitan expresarlo con toda libertad y ello implica el conocimiento cabal de los bienes y servicios ofrecidos. Van incluidos por los expresados, en una mezcla armónica, varios principios constitucionales, como la preocupación estatal a favor de los más amplios sectores de la población cuando actúan como consumidores, la reafirmación de la libertad individual al facilitar a los particulares la libre disposición del patrimonio con el concurso del mayor posible conocimiento del bien o servicio a adquirir, la protección de la salud cuando esté involucrada, el ordenamiento y la sistematización de las relaciones recíprocas entre los interesados, la homologación de las prácticas comerciales internacionales al sistema interno y en fin, la mayor protección del funcionamiento del habitante en los medios de subsistencia.³⁸⁷

Por otra parte, el artículo 2 de esta ley, instaura definiciones importantes que se utilizarán a lo largo de la norma. A continuación, se analizarán las definiciones pertinentes para esta investigación.

³⁸⁶ *Ibid*

³⁸⁷ Jorge Badilla Badilla, y Alberto Carrillo Goyenaga, "Protección efectiva del consumidor costarricense en el comercio electrónico: una propuesta basada en el derecho comparado": 141.

Artículo 2°.- Definiciones.

Las expresiones o las palabras, empleadas en esta Ley tienen el sentido y los alcances que, para cada caso, se mencionan en este artículo:

Agente económico.

En el mercado, toda persona física, entidad de hecho o de derecho, pública o privada, participe de cualquier forma de actividad económica, como comprador, vendedor, oferente o demandante de bienes o servicios, en nombre propio o por cuenta ajena, con independencia de que sean importados o nacionales, o que hayan sido producidos o prestados por él o por un tercero.³⁸⁸

El agente económico se refiere a todas las personas a las cuales va dirigida esta ley, que participen en actividades económicas.

Consumidor.

Toda persona física o entidad de hecho o de derecho, que, como destinatario final, adquiere, disfruta o utiliza los bienes o los servicios, o bien, recibe información o propuestas para ello. También se considera consumidor al pequeño industrial o al artesano -en los términos definidos en el Reglamento de esta Ley- que adquiera productos terminados o insumos para integrarlos en los procesos para producir, transformar, comercializar o prestar servicios a terceros.³⁸⁹

Esta definición ya fue analizada previamente en la presente investigación, pero de ella se deriva que en la legislación costarricense este concepto es particular; pues incluye tanto a personas físicas como jurídicas. Asimismo, se incluye al destinatario del bien como consumidor, y sea profesional sin que incorpore el producto o servicio en su cadena de producción, o incluso califica como consumidor al profesional que incluye el bien o servicio en su cadena de producción, siempre y cuando sea pequeño industrial³⁹⁰ o artesano³⁹¹.

³⁸⁸ *Idem.*

³⁸⁹ *Ibid*

³⁹⁰ Pequeño industrial: persona física o entidad de hecho o de derecho, que adquiera productos terminados o insumos para integrarlos en la producción o transformación de artículos manufacturados, bajo los criterios establecidos para la pequeña empresa en la Ley de Impuesto sobre la Renta y su Reglamento. El pequeño industrial se considerará como "consumidor" para los efectos de la Ley y de este reglamento.

³⁹¹ Artesano: persona física o entidad de hecho o de derecho que adquiera productos terminados o insumos para producir, transformar o reparar bienes, mediante un proceso en el que la mano de obra resulta el factor predominante, dando por resultado un producto individualizado, en que quede impreso el sello personal y que no corresponda a la producción industrial mecanizada y en serie. El artesano se considerará como "consumidor" para los efectos de la Ley y este reglamento.

Por otra parte, se le reconocen derechos al consumidor *bystander*, lo cual significa que no es necesario suscribir un contrato para ser considerado como consumidor. Una vez mencionado esto es relevante referirse a los conceptos de consumidor jurídico y consumidor material. El consumidor jurídico se puede definir como quien ejecute el acto de contratación del servicio o compra del producto³⁹², este es conocido también como contratante. Ahora, el consumidor material se refiere a la persona que no contrata el servicio, pero puede llegar a hacerlo, se conoce también como cliente.

Con lo anterior se afirma que la corriente moderna del Derecho pretende la protección del consumidor material; por lo tanto, se puede concluir que la ley costarricense sí pretende proteger esta figura.

Comerciante o proveedor.

Toda persona física, entidad de hecho o de derecho, privada o pública que, en nombre propio o por cuenta ajena, se dedica en forma habitual a ofrecer, distribuir, vender, arrendar, conceder el uso o el disfrute de bienes o a prestar servicios, sin que necesariamente esta sea su actividad principal.

Para los efectos de esta Ley, el productor, como proveedor de bienes, también está obligado con el consumidor, a respetarle sus derechos e intereses legítimos.³⁹³

Esta definición se refiere a cualquier persona que se dedique al comercio, sin importar si constituye su actividad principal, lo que genera una esfera más amplia la cual recoge el concepto. Establece además que, las obligaciones de respetar a la otra parte de la relación, también aplica para el productor.

Contrato de adhesión.

Convenio cuyas condiciones generales han sido predispuestas, unilateralmente, por una de las partes y deben ser adheridas en su totalidad por la otra parte contratante.³⁹⁴

Predisponente.

Sujeto del contrato de adhesión que dispone, por anticipado y unilateralmente, las condiciones generales a las que la otra parte deberá

³⁹² Sosa Olán, Henry. «El Concepto de Consumidor en el Ordenamiento Jurídico Europeo y Español». *Revista Dialnet*, n.º. 2, (2015): 178. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5853817.pdf> (último acceso: 30 de setiembre 2021).

³⁹³ «Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor».

³⁹⁴ *Idem*.

prestar su adhesión total, si desea contratar.³⁹⁵

Adherente.

Sujeto del contrato de adhesión que debe adherirse, en su totalidad, a las condiciones generales dispuestas unilateralmente por el predisponente.³⁹⁶

El concepto de contrato de adhesión ya fue analizado previamente en esta investigación; sin embargo, se resalta que los consumidores al contratar bajo esta modalidad necesitan especial protección, aunado a esto el consumidor turista, que atañe este trabajo, merece aún más apoyo; pues su situación es aún más vulnerable que la de un consumidor electrónico regular.

Para los objetivos de esta investigación, el capítulo más importante de la Ley es el V, en el cual se ubica el marco normativo que regula la defensa efectiva del consumidor. El artículo 32 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, presenta derechos fundamentales e irrenunciables del consumidor, esto son los siguientes:

- a. Protección contra los riesgos que puedan afectar su salud, su seguridad y el medio ambiente.
- b. Protección de intereses económicos y sociales.
- c. Acceso a la información veraz y oportuna son especificaciones de los bienes o servicios.
- d. Educación y divulgación sobre el consumo adecuado de bienes o servicios, que aseguren la libertad de escogencia y la igualdad en la contratación.
- e. La protección administrativa y judicial contra la publicidad engañosa, las prácticas y las cláusulas abusivas, así como los métodos comerciales desleales o que restrinjan la libre elección.
- f. Mecanismos efectivos de acceso para la tutela administrativa y judicial de sus derechos e intereses legítimos, que conduzcan a prevenir adecuadamente, sancionar y reparar con prontitud la lesión de estos, según corresponda.
- g. Recibir el apoyo del Estado para formar grupos y organizaciones de consumidores y la oportunidad de que sus opiniones sean escuchadas en los procesos de decisión que les afecten.³⁹⁷

³⁹⁵ *Ibid.*

³⁹⁶ *Ibid.*

³⁹⁷ *Ibid.*

De este artículo se desprende que es sumamente importante proteger los derechos económicos y sociales de los consumidores; además de procurar que cuenten con información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios que puede adquirir. Este derecho a la información es un pilar importante de los derechos de los consumidores y ya se ha analizado previamente en esta investigación.

Además, los incisos d), e), f) y g), establecen la responsabilidad de la Administración para procurar el cumplimiento de los derechos de los consumidores. El Estado no solo debe informar a los consumidores cuáles son sus derechos, sino también tiene la responsabilidad de impulsar programas para la información a la ciudadanía sobre estos derechos, para así generar un pensamiento crítico y consumo responsable.

Se concentra en este artículo la responsabilidad del Estado de generar no solo un marco normativo de protección al consumidor, también mecanismos efectivos para que los consumidores realicen reclamos y reciban justicia pronta y cumplida. Finalmente, el inciso g) se refleja en

[...] la participación activa de organizaciones como Consumidores de Costa Rica, Pro Consumidor y la Asociación de Consumidores Libres han resultado fundamentales en la creación de una conciencia crítica en el consumidor costarricense. Establecen denuncias públicas y campañas de información en épocas de consumo clave, y ofrecen servicios de consultoría y representación en casos administrativos y judiciales.³⁹⁸

El artículo 33 establece las funciones del Poder Ejecutivo.

Artículo 33°.-Funciones del Poder Ejecutivo.

En los términos establecidos en la presente Ley, son funciones esenciales del Estado las siguientes:

a) Velar porque los bienes y servicios que se vendan y se presten en el mercado, cumplan con las normas de salud, seguridad, medio ambiente y los estándares de calidad.

En especial, deberá disponer de los laboratorios y reactivos necesarios para evaluar la información revelada por los productores, sobre los ingredientes que representan alérgenos y en particular la presencia de gluten o trigo, avena, cebada y centeno, así como sus subproductos.

³⁹⁸ Badilla Badilla y Carrillo Goyenaga. *Protección efectiva del consumidor* [...] en el derecho comparado, 165

- b) Formular programas de educación e información para el consumidor, con el propósito de capacitarlo para que pueda discernir y tomar decisiones fundadas acerca del consumo de bienes y servicios, con conocimiento de sus derechos.
- c) Fomentar y promover las organizaciones de consumidores y garantizar su participación en los procesos de decisión y reclamo, en torno a cuestiones que afectan sus intereses.
- d) Garantizar el acceso a mecanismos efectivos y ágiles de tutela administrativa y judicial, para defender los derechos y los intereses legítimos de los consumidores.
- e) Estructurar una canasta básica que satisfaga, por lo menos, las necesidades de los costarricenses cuyo ingreso sea igual o inferior al salario mínimo establecido por ley y regular, cuando lo considere necesario, los bienes y servicios que la componen.³⁹⁹

En este artículo se revela la intención de que el Estado sea una parte activa respecto de la protección de los derechos de los consumidores; además de que la responsabilidad de la Administración Pública debe velar tanto por el cumplimiento de comerciantes tanto nacionales como internacionales.

Por su parte, el artículo 34 establece las obligaciones correspondientes al comerciante y al productor, se analizarán los incisos que aplican a los contratos de Airbnb.

Artículo 34°.-Obligaciones del comerciante.

Son obligaciones del comerciante y el productor, con el consumidor, las siguientes:

- a) Respetar las condiciones de la contratación.
- b) Informar suficientemente al consumidor, en español y de manera clara y veraz, acerca de los elementos que incidan de forma directa sobre su decisión de consumo. Debe enterarlo de la naturaleza, la composición, el contenido, la fecha de caducidad, el peso, cuando corresponda, de las características de los bienes y servicios, el país de origen, el precio de contado en el empaque, el recipiente, el envase o la etiqueta del producto y la góndola o el anaquel del establecimiento comercial, así como de cualquier otro dato determinante, como sustancias adicionales que se le hayan agregado al producto original.

De acuerdo con lo dispuesto en el reglamento de la presente ley, cuando el producto que se vende o el servicio que se presta se pague al crédito, deben indicarse siempre, de forma visible, el plazo, la tasa de interés anual sobre saldos, la base, las comisiones y la persona física o jurídica que brinda el

³⁹⁹ «Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor».

financiamiento, si es un tercero.

c) Ofrecer, promocionar o publicitar los bienes y servicios de acuerdo con lo establecido en el artículo 37 de esta Ley.

g) Garantizar todo bien o servicio que se ofrezca al consumidor, de conformidad con el artículo 43 de esta Ley.

l) Cumplir con los artículos 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44 y 44 bis de esta ley.

m) Cumplir con lo dispuesto en las normas de calidad y las reglamentaciones técnicas de acatamiento obligatorio.

ñ) Extender la factura o el comprobante de compra, donde conste, en forma clara, la identificación de los bienes o servicios, así como el precio efectivamente cobrado. En los casos de ventas masivas, se faculta al Ministerio de Economía, Industria y Comercio para autorizar el establecimiento de otros sistemas mediante los cuales se compruebe la compra.

o) Apegarse a la equidad, los buenos usos mercantiles y a la ley, en su trato con los consumidores.

Toda información, publicidad u oferta al público de bienes ofrecidos o servicios por prestar, transmitida por cualquier medio o forma de comunicación, vincula al productor que la transmite, la utiliza o la ordena y forma parte del contrato.

El incumplimiento de alguna de las obligaciones enumeradas en este artículo, faculta al interesado para acudir a la Comisión nacional del consumidor creada en esta Ley, o a los órganos jurisdiccionales competentes y para hacer valer sus derechos, en los términos que señala el artículo 46 de la presente Ley⁴⁰⁰.

En este artículo se vuelve a mencionar el derecho a la información que tiene el consumidor; pues el comerciante se encuentra en la de obligación informar suficientemente al consumidor, en español y de manera clara y veraz, acerca de los elementos que incidan de manera directa sobre su decisión de consumo. El hecho de que se regule que los términos del contrato deben estar en español deja por fuera a los consumidores internacionales y consumidores electrónicos que no manejan este idioma.

Acá se dispone que las condiciones a las cuales se sometan los consumidores deben ser prudentiales, y la información, publicidad u oferta que se transmita se vuelve vinculante para el producto que la transmite, la utiliza o la ordena y formará entonces parte del contrato. Cabe mencionar que en el caso de

⁴⁰⁰ *Idem.*

Costa Rica no se limita la publicidad a medios escritos o audiovisuales, sino también abarca cualquier información que se comuniquen al público.

El artículo 35 define la responsabilidad civil del comerciante, “el productor y el proveedor, y deben responder de manera concurrente e independientemente de la existencia de culpa, si el consumidor resulta perjudicado por razón del bien o el servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos”.⁴⁰¹ Además, se debe mencionar que no excluye de la culpa quien demuestre que ha sido ajeno al daño.

Los representantes legales de los establecimientos mercantiles o, en su caso, los encargados del negocio son responsables por los actos o los hechos propios o por los de sus dependientes o auxiliares. Los técnicos, los encargados de la elaboración y el control responden solidariamente, cuando así corresponda, por las violaciones a esta Ley en perjuicio del consumidor.⁴⁰²

Para establecer la culpa, es necesario comprender el giro del negocio, para determinar si existe responsabilidad objetiva; asimismo, se establece la responsabilidad en caso de que el comerciante no brinde la información completa y correcta al consumidor.

Existe una tendencia por parte de los consumidores de reclamar el pago de daños superfluos contra grandes empresas; por lo tanto, los comerciantes en los contratos han incluido cláusulas para protegerse de esta situación. Sin embargo, la Sala Primera ha considerado que aún en estos casos, dichas cláusulas son nulas, en virtud de que los derechos de los consumidores son irrenunciables y corresponden a la responsabilidad objetiva del comerciante.⁴⁰³

⁴⁰¹ *Ibid*

⁴⁰² *Ibid*

⁴⁰³ *Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia*. Voto n.º 2007-1333. (Corte Suprema de Justicia, 2 de noviembre 2007, diez horas quince minutos). <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-393294> (último acceso: 1º de octubre 2021).

Por su parte, el artículo 37 establece la prohibición de la publicidad engañosa y el carácter vinculante de la oferta del bien o servicio, para el consumidor. El artículo reza que:

- La oferta, la promoción o la publicidad de los bienes y los servicios debe realizarse de acuerdo con la naturaleza de ellos, de modo que no induzca a error o engaño al consumidor y no pueden omitirse tales informaciones, si de ello puede derivarse daño o peligro para la salud o la seguridad del consumidor.
- Deben prevalecer las cláusulas estipuladas en los contratos, si son más beneficiosas que el contenido de la oferta, la promoción o la publicidad de los bienes y los servicios.
- La comparación entre productos en publicidad solo se admite respecto a datos esenciales, afines y objetivamente demostrables, siempre que se comparen con otros similares, conocidos o de participación significativa en el mercado.
- El productor o al comerciante están obligados a corregir la información errónea en la publicidad, en el mismo medio y forma antes empleados.

El artículo 38 por su lado, alude sobre la indeterminación de la especie y la calidad. “Si en la venta no se determinan con precisión, la especie ni la calidad de los productos por entregarse o los servicios por prestarse, el consumidor no puede exigir los mejores, pero tampoco el comerciante puede cumplir entregando los peores. En este caso, el consumidor debe conformarse con los de especie y calidad media”⁴⁰⁴.

De este numeral se desprende que, en caso de que el consumidor no exija las condiciones o calidad del bien o servicio, debe conformarse con calidad media

⁴⁰⁴ «Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor».

en el bien o servicio; por lo tanto, resulta importante para el consumidor siempre tener clara la calidad del producto o servicio que recibirá.

El artículo 40 manifiesta el derecho de retracto que ya ha sido mencionado previamente, en el cual el consumidor tiene un plazo de ocho días para devolver el bien contados a partir del perfeccionamiento del contrato. Podrá devolver el bien, siempre y cuando su naturaleza lo permita. El artículo no aclara si los ocho días son naturales o hábiles, pero interpretando la norma en favor del consumidor, se tomarán entonces como días hábiles.

Como ya se indicó, existen varias excepciones al derecho de retracto, como son las ventas a empresas, venta de bienes perecederos y venta de bienes hechos a la medida.

A la par, se encuentra el artículo 41, instaurando los lineamientos para las promociones y ofertas especiales, e indica que toda promoción u oferta especial debe mostrar el precio anterior del bien o el servicio, el nuevo precio o el beneficio que de aprovecharlas, obtendría el consumidor.

La ley en el artículo 42 menciona el tema de las cláusulas abusivas y menciona que en los contratos de adhesión “la eficacia de las condiciones está sujeta al conocimiento efectivo de ellas por parte del adherente o a la posibilidad cierta de haberlas conocido mediante una diligencia ordinaria”.⁴⁰⁵

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

- a. Restrinjan los derechos del adherente, sin que tal circunstancia se desprenda con claridad del texto.
- b. Limiten o extingan la obligación a cargo del predisponente.
- c. Favorezcan, en forma excesiva o desproporcionada, la posición contractual de la parte predisponente o importen renuncia o restricción de los derechos del adherente.
- d. Exoneren o limiten la responsabilidad del predisponente por daños corporales, cumplimiento defectuoso o mora.

⁴⁰⁵ *Idem.*

- e. Faculten al predisponente para rescindir unilateralmente el contrato, modificar sus condiciones, suspender su ejecución, revocar o limitar cualquier derecho del adherente, nacido del contrato, excepto cuando tal rescisión, modificación, suspensión, revocación o limitación esté condicionada al incumplimiento imputable al último.
- f. Obliguen al adherente a renunciar con anticipación a cualquier derecho fundado en el contrato.
- g. Impliquen renuncia, por parte del adherente, a los derechos procesales consagrados en el Código Procesal Civil o en leyes especiales conexas.
- h. Sean ilegibles.
- i. Estén redactadas en un idioma distinto del español.
- j. Los que no indiquen las condiciones de pago, la tasa de interés anual por cobrar, los cargos e intereses moratorios, las comisiones, los sobreprecios, los recargos y otras obligaciones que el usuario quede comprometido a pagar a la firma del contrato.⁴⁰⁶

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

- a. Confieran, al predisponente, plazos desproporcionados o poco precisos para aceptar o rechazar una propuesta o ejecutar una prestación.
- b. Otorguen, al predisponente, un plazo de mora desproporcionado o insuficientemente determinado, para ejecutar la prestación a su cargo.
- c. Obliguen a que la voluntad del adherente se manifieste mediante la presunción del conocimiento de otros cuerpos normativos, que no formen parte integral del contrato.
- d. Establezcan indemnizaciones, cláusulas penales o intereses desproporcionados, en relación con los daños para resarcir por el adherente.⁴⁰⁷

Cuando surge incompatibilidad, evidentemente las condiciones particulares de los contratos de adhesión deben prevalecer sobre las generales y, por lo tanto, las condiciones generales ambiguas se interpretan en favor del adherente.⁴⁰⁸

El artículo 42 establece el Principio *Contra Proferentem* en la legislación costarricense: “Las condiciones generales ambiguas deben interpretarse en favor del adherente. Además, también define la regulación de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión. Estos no solamente incluyen las cláusulas generales

⁴⁰⁶ *Idem.*

⁴⁰⁷ *Ibid.*

⁴⁰⁸ *Ibid.*

presentes en el cuerpo del contrato, sino también “sus modificaciones, anexos o adenda”.

Debe entenderse que esto también incluye toda información pública presente en promociones o publicidad, como se ha estudiado. La eficacia de estas condiciones se sujeta a “las condiciones generales está sujeta al conocimiento efectivo de ellas por parte del adherente o a la posibilidad cierta de haberlas conocido mediante una diligencia ordinaria”. Es decir, se busca proteger al consumidor de las condiciones ocultas, o de la comúnmente llamada “letra pequeña” del contrato. La “diligencia ordinaria” debe interpretarse a favor del consumidor, “no considerándosele como un profesional dentro del mercado”.⁴⁰⁹

El artículo 43 comenta sobre la garantía e indica que “todo bien que se venda o servicio que se preste debe estar implícitamente garantizado en cuanto al cumplimiento de los estándares de calidad y los requerimientos técnicos que, por razones de salud, medio ambiente y seguridad, establezcan las leyes, los reglamentos y las normas respectivas, dictadas por la Administración Pública”.⁴¹⁰

Para hacer válida la garantía cuando se obtiene un servicio, debe indicar, por lo menos, el alcance, la duración, las condiciones, las personas físicas o jurídicas que las extienden y son responsables por ellas y los procedimientos para hacerlas efectivas. Estos extremos de la garantía deben explicitarse claramente, anotarse en la factura que debe entregarse al consumidor en el momento de venderle el bien o de prestarle el servicio.

Los consumidores tienen hasta treinta días, contados a partir de la entrega del bien o la prestación del servicio, para hacer valer la garantía ante la Comisión para promover la competencia. Si el contrato entre las partes establece plazos mayores, estos prevalecen.

⁴⁰⁹ Badilla Badilla y Carrillo Goyenaga, *op. cit.*, 176.

⁴¹⁰ «Ley de Promoción de la Competencia [...]».

Finalmente, respecto a las vías de reclamo administrativo y judicial se establece el artículo 46, que dicta que “Para hacer valer sus derechos, el consumidor puede acudir a la vía administrativa o a la judicial, sin que estas se excluyan entre sí, excepto si se opta por la vía judicial”.⁴¹¹

En la vía judicial debe seguirse el proceso sumario establecido en el Código Procesal Civil. Los procesos que se entablen para reclamar la anulación de contratos de adhesión o el resarcimiento de daños y perjuicios en virtud de violaciones a esta ley, para los cuales la Comisión Nacional del Consumidor no tiene competencia, serán conocidos solo por los órganos jurisdiccionales competentes, de conformidad con este artículo.⁴¹²

El Capítulo VI genera la Comisión Nacional del Consumidor, como figura adscrita al Ministerio de Economía, Industria y Comercio, ente que se encarga de velar por la protección del consumidor en vía administrativa. Al final, “[...] rectifica de oficio, o por instancia de parte, violaciones a los derechos de los Capítulos IV y V, así como de establecer sanciones a los comerciantes culpables, establecidas en el artículo 57, así como las medidas cautelares del artículo 61”.⁴¹³

Finalmente, se debe hacer referencia al artículo 1023 del Código Civil costarricense, el cual reza lo siguiente:

ARTÍCULO 1023.- 1) Los contratos obligan tanto a lo que se expresa en ellos, como a las consecuencias que la equidad, el uso o la ley hacen nacer de la obligación, según la naturaleza de ésta.

2) A solicitud de parte los tribunales declararán la nulidad absoluta de las siguientes cláusulas contractuales:

- a) Las de conformidad con las cuales el vendedor u oferente se reserva el derecho de modificar unilateralmente el contrato o de determinar por sí solo si el bien vendido es conforme al mismo;
- b) La de fijación por el vendedor u oferente de un plazo excesivo para decidir si acepta o no la oferta de compra hecha por el consumidor;
- c) La cláusula según la cual, los bienes pueden no corresponder a su descripción, al uso normal o al uso especificado por el vendedor u oferente y aceptado por el comprador o adherente;

⁴¹¹ *Idem.*

⁴¹² *Ibid.*

⁴¹³ Jorge Badilla Badilla, y Alberto Carrillo Goyenaga, “Protección efectiva del consumidor costarricense en el comercio electrónico: una propuesta basada en el derecho comparado”: 190.

- d) La de reenvío a una ley extranjera para aplicarla a la ejecución o interpretación del contrato, con el fin de impedir que rijan los preceptos nacionales que protegen al consumidor;
- e) Las que excluyen o restringen el derecho del comprador o adherente para recurrir a los tribunales comunes;
- f) Las de renuncia por el comprador o adherente al derecho de rescisión del contrato en caso de fuerza mayor o en caso fortuito;
- g) Las que reservan al vendedor u oferente el derecho de fijar la fecha de entrega del bien;
- h) La que impone a una de las partes del contrato la carga de la prueba, cuando ello corresponde normalmente al otro contratante;
- i) La que prohíbe al comprador o adherente la rescisión del contrato, cuando el vendedor u oferente tiene la obligación de reparar el bien y no la ha satisfecho en un plazo razonable;
- j) La que obliga al comprador o adherente a recurrir exclusivamente al vendedor u oferente, para la reparación del bien o para la obtención y reparación de los repuestos o accesorios, especialmente fuera del período de garantía;
- k) La que imponga al comprador o adherente plazos excesivamente cortos para formular reclamos al vendedor u oferente;
- l) La que autorice al vendedor u oferente, en una venta a plazos, para exigir del comprador o adherente garantías excesivas a juicio de los tribunales;
- m) La que excluya o limite la responsabilidad del vendedor u oferente;
- n) La que faculta al vendedor u oferente para sustraerse de sus obligaciones contractuales, sin motivo justificado o sin la contraprestación debida;
- o) La que establezca renuncia del comprador o adherente a hacer valer sus derechos por incumplimiento del contrato o por defectuosa ejecución de éste;
- p) La que no permita determinar el precio del bien, según criterios nítidamente especificados en el contrato mismo;
- q) Las que autoricen al vendedor u oferente para aumentar unilateralmente el precio fijado en el contrato, sin conceder al comprador o adherente la posibilidad de rescindirlo;
- r) Las que permiten al vendedor u oferente o al prestatario de un servicio, eximirse de responsabilidades para que sea asumida por terceros;
- s) La que imponga al comprador o adherente, por incumplimiento del contrato, obligaciones de tipo financiero sin relación con el perjuicio real, sufrido por el vendedor u oferente.

3) Toda persona interesada u organización representativa de los consumidores podrá demandar la nulidad de las cláusulas abusivas de los contratos tipo o de adhesión enumeradas en este artículo.

4) Para demandar la nulidad de una cláusula abusiva de un contrato tipo o de adhesión, quienes carecieren de asistencia legal y de recursos económicos para pagarla tienen derecho a ser asistidos por los defensores públicos.

Este numeral es importante ya que, al igual que el artículo 42 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, establecen los supuestos para considerar una cláusula contractual como abusiva. Resulta relevante, puesto que como ya se ha mencionado en esta investigación, limita la posibilidad de declarar como nulas o relativamente nulas cláusulas que no se encuentran en las listas de los artículos mencionados.

Por medio de esta norma se aprecia que el “legislador costarricense optó por el sistema de nulidades absolutas, el cual posee la desventaja de no tener amplios márgenes de apreciación y de flexibilidad para las legislaciones que lo adoptan.”⁴¹⁴

La jurisprudencia nacional habla sobre las cláusulas abusivas y dice lo siguiente:

“La moderna doctrina se ha ocupado sistemáticamente del problema de las llamadas cláusulas abusivas. Al respecto se ha dicho: "Concretamente, se puede entender por cláusulas abusivas, las impuestas unilateralmente por el empresario, que perjudiquen de manera inequitativa a la otra parte, o determinen una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de los contratantes, en perjuicio, por lo común, de los consumidores y usuarios (aunque también de cualquier otro contratante que no llegue a revestir el carácter de consumidor, como puede suceder, p. ej., en el contrato celebrado entre una empresa monopólica y una que deba someterse a las condiciones impuestas por aquella)". (Así: Juan M. Farina, *Contratos comerciales modernos*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1994, p. 138). Por otra parte, la misma doctrina reconoce que las cláusulas abusivas, en última instancia, entrañan una lesión del principio de la buena fe contractual. En este sentido se sostiene: "Podemos decir que, en síntesis, todo el problema referido a las cláusulas abusivas debe hallar su adecuado remedio en la necesaria observancia de la buena fe en la celebración de estos contratos..." (Farina, *op.cit.*, p. 149).⁴¹⁵

⁴¹⁴ Jorge Badilla Badilla, y Alberto Carrillo Goyenaga, “*Protección efectiva del consumidor costarricense en el comercio electrónico: una propuesta basada en el derecho comparado*”: 38.

⁴¹⁵ *Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia*. Voto n.º 1996-00065. (Corte Suprema de Justicia, 28 de junio 1996, catorce horas cuarenta y cinco minutos). <https://nexuspj.poderjudicial.go.cr/document/sen-1-0034-175486> (último acceso: 1º de octubre 2021).

En el caso de los contratos de adhesión, como lo es el acuerdo de Airbnb, se puede afirmar que prácticamente no interviene la voluntad del consumidor, simplemente se limita a adherirse a los términos del contrato. Es por esto que el principio de buena fe debe adquirir más fortaleza, ya que el turista no podrá modificar el marco contractual.

“El Tribunal Contencioso Administrativo reconoce la importancia de que el Ordenamiento Jurídico conceda mecanismos que vayan más allá incluso que el control de cláusulas leoninas establecido en el artículo 1023 del Código Civil.”⁴¹⁶

"Conforme con el artículo 1023 del Código Civil, los contratos obligan tanto a lo que se expresa en ellos, como a las consecuencias que la equidad, el uso o la ley hacen nacer de la obligación, según la naturaleza de éstos. Esto significa que el contrato no solo se compone de lo escrito expresamente por las partes, sino que lleva implícito en sí mismo una serie de obligaciones que deben adoptar las partes, según la naturaleza del contrato suscrito. La equidad, la buena fe y la colaboración entre las partes son requisito esencial en la actividad que realicen las partes para cumplir con su prestación, y a la vez, permitirle a la contraparte cumplir con la suya. Si alguna de las partes se aleja de ese norte, su falta de colaboración, de buena fe o de equidad pueden considerarse como una falta grave, según afecte el correcto cumplimiento de lo acordado"⁴¹⁷

De lo anterior se refleja que, en Costa Rica se ha optado por una posición activa en cuanto a decretar la nulidad absoluta de cláusulas abusivas, y se afirma la necesidad de contar con un sistema que les permita responder eficazmente a las nuevas modalidades de cláusulas abusivas que surgen dentro del comercio

⁴¹⁶ Jorge Badilla Badilla, y Alberto Carrillo Goyenaga, “*Protección efectiva del consumidor costarricense en el comercio electrónico: una propuesta basada en el derecho comparado*”: 39.

⁴¹⁷ *Ibid.*

Conclusiones

A lo largo de la presente investigación se han tratado temas sobre la economía colaborativa, el turismo en Costa Rica, así como el comercio y la contratación electrónica, con el fin de entender el fenómeno del servicio de hospedaje de Airbnb en del territorio costarricense.

Sobre la economía colaborativa se debe reiterar que es un modelo que ya ha existido por varios años; sin embargo, en un periodo reciente ha tomado más relevancia en Costa Rica, esto gracias a la llegada de plataformas colaborativas como *couchsurfing* y, por supuesto, Airbnb.

Este modelo de economía colaborativa ofrece sus ventajas, como el ahorro que se le ofrece a los consumidores, mediante el principio de “compartir en lugar de comprar”; lo cual significa que Airbnb no debe comprar bienes inmuebles para funcionar; pues los anfitriones rentan los inmuebles a los consumidores por periodos cortos, lo que permite ofrecer precios más accesibles para los usuarios, y, por otro lado, la plataforma cobra un pequeño arancel, con esto disminuye sus tarifas, sin la necesidad de cargar montos de mantenimiento de los bienes.

Aunado a este beneficio, se encuentra la ampliación de la oferta, el consumidor tendrá más opciones que se adapten a sus requerimientos; y finalmente, se ofrece la oportunidad al sector informal de tener una entrada económica mediante esta actividad, lo cual genera oportunidades y mejoras de las condiciones socioeconómicas para esta población.

Sin embargo, aunque la economía colaborativa trae beneficios, también presenta desventajas, tales como la falta de regulación normativa y el vacío en la protección del consumidor. Ambas desventajas van de la mano; pues la falta de regulación legislativa genera un impacto en la protección al consumidor.

Aunque en Costa Rica se ha intentado subsanar el hecho de que no existe la suficiente regulación sobre el tema, mediante la promulgación de la Ley n.º 9742, Ley marco para la regularización del hospedaje no tradicional y su intermediación a

través de plataformas digitales, este cuerpo normativo aún no soluciona por completo los problemas de la regulación de las plataformas digitales de hospedaje.

Lo que sí se nota subsanado, es el hecho de la protección del consumidor de los servicios de las plataformas digitales de hospedaje, porque como se analizó en el Capítulo V de la presente investigación, el Estado tiene la responsabilidad de regular la competencia dentro del territorio nacional; por lo tanto, con la creación de la Ley Marco la Administración cumple con este objetivo.

Con la Ley citada en el párrafo anterior, el Estado pretende regular esta actividad, y aunque no comenta expresamente sobre los derechos de los consumidores y presenta algunas falencias, resulta indispensable rescatar que intenta proteger a los consumidores y regula las obligaciones de las plataformas, con el fin de evitar así abuso para los usuarios de estos servicios.

Ahora bien, es importante analizar si la economía colaborativa sigue manteniendo sus principios, o si en cambio ha evolucionado para convertirse en un modelo económico basado en el lucro. Para esto hay que tener claro que los principios de este tipo de economía radican en la disminución de transacciones que reducen los costos de “poseer”, mayor interacción social, democratización y las plataformas digitales que conectan la oferta y la demanda.

De acuerdo con lo anterior, entonces se puede concluir que la economía colaborativa –en específico el modelo de Airbnb–, mantiene su esencia; pues elimina gastos de propiedad de los bienes, pone en contacto a los consumidores con los anfitriones y la comunidad donde se hospedan, de tal forma que así genera mayor interacción social; además utiliza plataformas digitales que conectan la oferta con la demanda, a la vez que crea nuevas formas de emprender.

Sin embargo, resulta fundamental destacar que sí se genera un lucro; pues los usuarios deben pagar una tarifa para hospedarse en los inmuebles que la plataforma tiene a disposición y, a la vez, Airbnb cobra un arancel por su función como intermediario en la relación.

Además, se puede afirmar que Airbnb no es parte de la economía bajo demanda, porque el servicio lo brindan personas particulares y no profesionales; por lo tanto, se puede concluir que Airbnb sí pertenece a la economía colaborativa.

Ahora bien, respecto a Airbnb, evidentemente es la plataforma digital de hospedaje más conocida y utilizada tanto en Costa Rica como alrededor del mundo, se plantea como un modelo que se adapta a las necesidades actuales y la globalización del mercado. Funciona cuando pone en contacto a los anfitriones con los huéspedes o usuarios de los servicios, mediante la utilización de una plataforma digital.

Costa Rica es un país que se mantiene en gran parte con los ingresos del turismo; sin embargo, este sector ha sufrido un cambio con la llegada de esta forma de hospedaje (plataformas digitales de hospedaje), ya que anteriormente la mayoría de los lugares para ofrecer alojamiento a los turistas se hallaban regulados bajo el sistema convencional o formal.

El Instituto Costarricense de Turismo (ICT) regula los contratos turísticos, estos contratos tienen la función de limitar a las personas físicas o jurídicas que pueden obtener la autorización para funcionar como empresa de hospedaje turístico; pues deben ser empresas que cumplen con ciertas características estipuladas por el ICT.

Ahora bien, esto no le permite al sector del turismo informal ofrecer hospedaje a los turistas; por lo tanto, el turismo colaborativo, al que pertenece Airbnb, es importante; pues otorga a este fragmento poblacional la posibilidad de generar empleo e ingresos económicos.

El turismo colaborativo funciona gracias al internet y ha revolucionado la forma de viajar, además permite emprender un negocio y ofrecer a los consumidores turistas nuevas opciones y precios más económicos.

Sin embargo, este tipo de turismo “P2P”, hasta el 2020, concurría en competencia desleal; pues no existía una legislación que estableciera las mismas

regulaciones tanto para el sector hotelero formal como para el sector del turismo colaborativo.

No obstante, esto cambió con la promulgación de la Ley Marco para la Regularización del Hospedaje no Tradicional a través de plataformas digitales. Desde la promulgación de este cuerpo normativo, Costa Rica cuenta con la regulación de este tipo de plataformas, lo cual genera una igualdad de condiciones entre el sector turístico formal y el sector de turismo colaborativo.

Este hecho es importante porque, como se mencionó antes, el Estado cumple con su responsabilidad de regular la competencia, además de que se protege al consumidor de estos servicios de abusos por parte empresas como Airbnb. Asimismo, vela por un entorno saludable para el huésped y vigila el derecho a la información de los consumidores, en este caso, de los servicios de Airbnb.

Otro punto importante de esta Ley es la prohibición que establece en el artículo 7, en el cual se menciona que los servicios no tradicionales no podrán generar cláusulas abusivas en los contratos, esto produce mayor protección al consumidor y se adecua a lo establecido en la Ley n.º 7472 y su Reglamento.

Por otra parte, esta Ley regula los requisitos que deben cumplir los anfitriones de Airbnb para poner su bien inmueble a disposición de los usuarios, lo que se traduce en la regulación de esta actividad por parte de la Administración Pública.

Otro aspecto importante a considerar sobre esta normativa es que deja de lado el tema de la resolución de los conflictos de los consumidores turistas que utilizan estas plataformas. Este cuerpo jurídico no establece cuáles mecanismos puede utilizar el consumidor para defender sus derechos; por lo tanto, deja un portillo sobre este tema.

Por lo anterior, los consumidores deben ampararse en la ley n.º 7472 y la regulación de la competencia de la legislación costarricense. Además, debe tener en cuenta la cláusula sobre Resolución de Controversias, Jurisdicción y Foro, Legislación Aplicables para el Resto del Mundo, de los Términos de Servicio de Airbnb, en los cuales se establecen los tribunales irlandeses como competencia no

exclusiva y permite a los consumidores emprender procesos judiciales en un tribunal competente del país de residencia; por ello, con esta cláusula el consumidor queda protegido, sin tener que depender de la Ley Marco.

Finalmente se puede concluir que, esta Ley, aunque intenta regular las plataformas digitales, aún es necesario estudiar a profundidad el tema, se pueden considerar importantes los aportes que hace a los consumidores y a la defensa de sus derechos; sin embargo, resulta conveniente seguir trabajando en este tema para generar legislación más precisa.

Por otro lado, se puede afirmar que en Costa Rica la contratación electrónica se ha incrementado considerablemente en los últimos años; por lo tanto, resulta imperioso para los consumidores conocer sus derechos en el momento de adquirir un bien o servicio bajo esta modalidad.

El comercio y la contratación electrónica se fundamentan sobre las bases del comercio tradicional; sin embargo, incluyen principios rectores para adaptarse a esta nueva realidad.

En el 2017, aconteció un gran avance en materia de los derechos de los consumidores, con la promulgación del Capítulo X del Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor n.º 7472 n.º 37899-MEIC, en el cual se incorpora la protección al consumidor electrónico.

El punto más importante incorporado fue el reconocimiento del principio de equivalencia, según el cual las manifestaciones de voluntad que se realicen mediante medios electrónicos, tendrán la misma validez que las manifestaciones que se generen tradicionalmente.

Ahora bien, en Costa Rica como se observó durante el desarrollo de esta investigación, se encuentran reguladas dos formas de contratación: la contratación tradicional o entre presentes y la contratación electrónica que se da entre partes ausentes. Esta última modalidad es la que aplica para la contratación de Airbnb, esto porque las voluntades de las partes se manifiestan en distintos momentos y lugares.

El contrato de Airbnb se puede calificar como un contrato atípico; puesto que no se encuentra regulado en la legislación costarricense e involucra al anfitrión y a al huésped o consumidor. Es un contrato oneroso; pues abarca una prestación económica por parte del usuario. Y, por supuesto, como la mayoría de los acuerdos electrónicos, son contratos de adhesión; acá se genera el mayor desequilibrio entre ambas partes, ya que Airbnb redacta el contrato previamente y el consumidor no tiene la oportunidad de realizar cambios en los términos y las condiciones. Es por esto por lo que resulta importante contar con un marco legal que proteja los derechos de los consumidores.

Estos contratos se clasifican bajo la categoría de adhesión, porque la contratación debe ser ágil y expedita; por lo tanto, una de las partes crean las cláusulas y resultan no negociables.

Aunado a esto, al ser contratos de adhesión, se pueden presentar eventualmente cláusulas abusivas, las cuales se encuentran indicadas en forma taxativa en la Ley y Reglamento n.º 7472 y, en caso de presentarse, habría una nulidad absoluta; esto limita la posibilidad de declarar nulas cláusulas que no se encuentran numeradas dentro de la legislación costarricense. Por lo tanto, sería conveniente que los cuerpos mencionados con anterioridad sean más flexibles en cuanto a cláusulas abusivas, de esta manera, habría una mejor protección hacia los consumidores.

Aunado a lo anterior, el contrato de Airbnb, de acuerdo al artículo 1023 del Código Civil, puede contener cláusulas abusivas, sin embargo, aunque la legislación costarricense intenta proteger al consumidor, al existir una lista taxativa de cláusulas abusivas, el consumidor turista puede quedar desprotegido, al dejar sin regulación el marco contractual de la plataforma de hospedaje.

Asimismo, es trascendente destacar que el perfeccionamiento del contrato electrónico se da cuando se reciba la aceptación de la propuesta o las condiciones con que esta fuera modificada. El consentimiento se entenderá formado si el consumidor: (i) en forma previa ha tenido acceso a las condiciones generales del contrato, las cuales deben estar expresadas en términos claros, comprensibles e

inequívocos; (ii) ha aceptado expresamente las condiciones del contrato; y (iii) ha contado con la posibilidad de almacenarlas de manera digital o imprimirlas.

Lo anterior expuesto significa que, una vez el consumidor hace clic para aceptar los términos y las condiciones de la contratación, el contrato queda oficialmente perfeccionado, por lo que a partir de ahí nacen las obligaciones tanto de la plataforma colaborativa como del consumidor.

Para que los consumidores puedan perfeccionar el contrato, deben tener previamente acceso a las condiciones generales del contrato, además de haberlas aceptado; por lo tanto, estos términos deben ser de fácil acceso para los usuarios y los mismos consumidores deben tener la posibilidad de leerlos con anterioridad.

También, es necesario referirse a que estos contratos se tendrán por celebrados en el lugar del domicilio del consumidor; sin embargo, si el consumidor no reside permanentemente en Costa Rica, pero celebra el contrato en este territorio, podrá decidir que los eventuales diferendos sean conocidos en Costa Rica, y así se aplica el Derecho costarricense.

Lo anterior se encuentra plasmado en el artículo 254 del ya mencionado Reglamento y se debe tener en cuenta que, en este caso, el turista puede decidir si quiere o no utilizar la jurisdicción costarricense para solucionar su conflicto, esto se encuentra alineado con los términos y las condiciones de Airbnb, como se señaló previamente, el consumidor puede elegir la competencia territorial que considere mejor para resolver su disputa. Esto se traduce en una ventaja para el consumidor; pues en caso de que no lo desee, no deberá transportarse ni someterse a una jurisdicción desconocida.

Es importante enfatizar en que la diferencia entre la contratación tradicional y la electrónica radica simplemente en los procedimientos que se utilizan para formalizar el contrato, por esto se confirma entonces que el cambio que se incluye es tan solo en los procedimientos.

Por lo anterior, se puede afirmar que, este tipo de contratación, puede someterse a las normas civiles y comerciales de contratación civil y mercantil costarricense actual que le sean aplicables.

Para continuar con el tema sobre la protección de los consumidores, resulta claro que los consumidores se encuentran en una relación de desventaja y vulnerabilidad; pues deben someterse a los términos y las condiciones que le imponen los comerciantes.

Existe también el concepto del consumidor turista, quien es la persona que se desplaza a un lugar que no es su entorno habitual, con el fin de utilizar servicios turísticos. La situación en especial de este consumidor es aún más vulnerable, ya que se encuentra en un entorno que no es el suyo y debe adaptarse al lugar donde se encuentra; es decir, se halla en una situación de deslocalización.

Estas personas se encuentran predispuestas a situaciones de incumplimiento contractual y a la dificultad de defender sus derechos, porque muchas veces se topan con una jurisdicción desconocida y en donde no hablan el mismo idioma.

Resulta significativo reiterar el aporte que tuvo el Capítulo X del Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor n.º 7472 n.º 37899-MEIC. Gracias a esta normativa, los consumidores electrónicos notan tutelados sus derechos, además de que se les otorga reconocimiento por la legislación costarricense.

Uno de los puntos más importantes que establece este Reglamento es la regulación del principio *contra proferentem*, el cual propone que las condiciones generales ambiguas de los contratos deben interpretarse en favor del consumidor, esto genera protección a los usuarios de plataformas como Airbnb; pues en caso de que alguna cláusula del contrato no sea clara, siempre debe interpretarse a su favor.

Igualmente, se le otorga relevancia al derecho a la información que tienen los consumidores, porque se establece como un derecho fundamental e

irrenunciable de los consumidores el acceso a la información veraz y oportuna, así como especificaciones de los bienes o los servicios.

También, se establece como obligación de los comerciantes informar suficientemente al consumidor, en español y de manera clara y veraz, acerca de los elementos que incidan de forma directa sobre su decisión de consumo.

El comerciante debe informar al consumidor, también sobre su verdadera identidad y brindarle al consumidor los datos para que pueda ser contactado e identificado de manera precisa.

Otro punto importante es la información sobre la transacción, en la cual el comerciante debe informar al consumidor de manera clara y completa acerca de los términos y las condiciones de la transacción y sobre el precio del bien o servicio.

Esto es importante para que el consumidor tenga un panorama claro sobre el bien o servicio que adquirirá y cuente con el conocimiento suficiente para tomar una decisión despejada, para no inducirle a error y evitar abusos hacia esta parte de la relación de consumo.

Además, uno de los cambios más importantes fue la introducción del derecho de retracto, en el cual el consumidor puede devolver el bien adquirido en los ocho días siguientes a la adquisición del bien.

En la contratación electrónica es muy importante el tema de la oferta; puesto que al momento de realizar la oferta, resulta trascendental que se efectúe una descripción sumamente detallada de los bienes o los servicios, con el fin de evitar engañar o hacer caer en error a los consumidores. Esto debe hacerse ya que el consumidor no está en presencia del bien o servicio al momento de aceptar el contrato.

Aún más, la publicidad sobre los servicios y los bienes que ofrece el comerciante, son parte de la oferta del contrato y se considera como vinculante para el contrato final. Esta oferta se considera como pública y debe integrar todas las

condiciones y los términos que el comerciante pone a disposición del público en general.

Finalmente, uno de los aportes más importantes del Reglamento es la obligación del comerciante, una vez perfeccionado el contrato, debe enviar al consumidor un comprobante íntegro, preciso y duradero de la transacción, esto con el fin de que el consumidor tenga un comprobante de la transacción y así, en caso de ser necesario, poder efectuar reclamos en caso de no haber recibido un buen servicio o producto.

Bibliografía

- Acuña Navas, Adriana y Cordero Esquivel, Eugenio. *Los contratos de shrinkwrap, clickwrap y browsewrap: un enfoque desde la perspectiva del Derecho del Consumidor*. Tesis de grado de licenciatura en Derecho, San José: Universidad de Costa Rica, 2014, 42.
- Agencia de la Competencia y de la Regulación Económica de Andalucía. «¿Qué es la promoción de la competencia?» s.f.
- AirBnB. *¿Qué son los servicios básicos?* s.f.
https://www.airbnb.co.cr/help/article/2343/qu%C3%A9-son-los-servicios-b%C3%A1sicos?_set_bev_on_new_domain=1634753823_ZDNmYmYwMT hmNGNi (último acceso: 23 de marzo de 2020).
- Airbnb. *Términos de servicio*. s.f.
https://www.airbnb.co.cr/help/article/2857/t%C3%A9rminos-de-servicio-archivo?_set_bev_on_new_domain=1574745100_MzVjOWZjNzkzZWEz (último acceso: 23 de marzo de 2020).
- Alonso Martínez, Sonia. «Blog INESEM.» *¿Sabemos qué es y cómo funciona un Banco de Tiempo?* 2016. <https://revistadigital.inesem.es/educacion-sociedad/sabemos-que-es-y-como-funciona-un-banco-de-tiempo/> (último acceso: 5 de febrero de 2020).
- Arias Espinoza, Luz Marina y Vásquez Carrillo, Yoryina. *Uber: ¿existe relación laboral entre los conductores que brindan el servicio de Uber y la empresa Uber?* Tesis de grado de licenciatura en Derecho, Costa Rica: Universidad de Costa Rica, 2017, 79.
- Aristizabal Johnson, Cristina. «Falta de protección del consumidor internacional como situación que desfavorece el desarrollo económico global.» 2014. <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/ejil/article/view/2470/2367> (último acceso: 1° de octubre de 2021).

- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. «Código Civil de Costa Ricas.» *Artículos, 37, 38, 39,; 627; 630; 631; 835; 836; 837; 838, 844; 1009; 1010; 1013; 1015; 1020.* s.f.
http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=15437&nValor3=90115&strTipM=TC (último acceso: 28 de julio de 2020).
- . «Código de Comercio.» *Sistema Nacional de Legislación Vigente.* s.f.
http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=6239&nValor3=89980&strTipM=TC (último acceso: 10 de agosto de 2020).
- . «Constitución Política de Costa Rica.» *Sistema Nacional de Legislación Vigente.* s.f.
https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=871 (último acceso: 24 de setiembre de 2020).
- . «Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos n.º 8454.» *Sistema Nacional de Legislación Vigente.* s.f.
http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=55666&nValor3=60993&strTipM=TC (último acceso: 28 de junio de 2021).
- . «Ley de incentivos para el Desarrollo Turístico.» *Sistema Nacional de Legislación Vigente.* 15 de julio de 1985.
http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=1388&nValor3=1495&strTipM=TC (último acceso: 10 de abril de 2020).
- . «Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor n.º 7472.» *Sistema Nacional de Legislación Vigente.* s.f.
https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=7472&nValor3=7472&strTipM=TC

pleto.aspx?nValor1=1&nValor2=26481 (último acceso: 28 de junio de 2021).

- . «Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor n.º 7472.» *Sistema Nacional de Legislación Vigente*. s.f.
https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=26481 (último acceso: 30 de setiembre de 2021).

- . «Ley Marco para la Regularización del Hospedaje No Tradicional y su Intermediación a través de Plataformas Digitales.» *Sistema Nacional de Legislación*. 29 de octubre de 2019.
http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=90073#ddown (último acceso: 30 de marzo de 2020).

- . «Ley Marco para la Regularización del Hospedaje No Tradicional y su Intermediación a través de Plataformas Digitales.» *Sistema Nacional de Legislación Vigente*. s.f.
http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=90073 (último acceso: 1º de octubre de 2020).

- . «Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor n.º 7472.» *Sistema Nacional de Legislación Vigente*. s.f.
https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=26481 (último acceso: 28 de setiembre de 2021).

Aza, María Luisa y Medrano, Marcos. «Economía colaborativa, oportunidades disruptivas.» *Revista de Estudios de Juventud* 118 (2017): 15.

Badilla Badilla, Jorge y Carillo Goyenaga, Alberto. *Protección efectiva del consumidor constarricense en el comercio electrónico: una propuesta*

basada en el derecho comparado. Tesis para optar por el grado de licenciatura, San José: Universidad de Costa Rica, 2015, 34.

Barquín Gómez, Mario y Otero Lastres, José Manuel. «Derecho-e: comercio electrónico y contratación electrónica.» *Máster Universidad de Derecho*. 2017. <https://core.ac.uk/download/pdf/230121173.pdf> (último acceso: 6 de mayo de 2021).

Baudrit Carrillo, Diego. *Derecho Civil IV. Teoría General del Contrato*. Vol. I. San José: Juricentro, 1990.

Baudrit Carrillo, Diego. «El contrato, acto jurídico.» *Revista de Ciencias Jurídicas*, nº 54 (1985): 121.

Blog Misiones del Turismo. «Turismo colaborativo: ¿un modelo de negocio original?» 13 de setiembre de 2016. <https://www.visionesdelturismo.es/turismo-colaborativo/> (último acceso: 8 de mayo de 2020).

Bulchand-Gidumal, Jaques y Melián-González, Santiago. «Relación entre sostenibilidad y turismo colaborativo a partir de las quejas recibidas en el alojamiento en vivienda vacacional.» *Revista Cuadernos Económicos de ICE*, nº 93 (s.f.): 93.

Bulgarelli, Pablo. «El turismo residencial busca un lugar en Costa Rica.» *Revista Tecnitur*, nº 119 (2006): 20.

CaixaBankla. «Blog de CaixaBank.» *¿En qué se diferencian la economía colaborativa, bajo demanda y de acceso?* 11 de setiembre de 2017. <https://blog.caixabank.es/blogcaixabank/en-que-se-diferencian-la-economia-colaborativa-bajo-demanda-y-de-acceso/> (último acceso: 12 de febrero de 2020).

Calvo Gómez, Joseph Alberto. *Los desarrollos inmobiliarios en Costa Rica, dedicados al hospedaje turístico y su posible competencia desleal en contra*

del sector hotelero, a través de la figura del turismo residencia. Tesis de grado de licenciatura en Derecho, Costa Rica: Universidad de Costa Rica, 2017, 8.

Centro de Información Jurídica en Línea. «Contrato de adhesión y las cláusulas abusivas.» *Universidad de Costa Rica.* s.f.

<https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/portal/descargar.php?q=NjM5> (último acceso: 9 de setiembre de 2020).

Colegio oficial de ingenieros en telecomunicación. «Informe sobre Economía Colaborativa: Grupo de Políticas Públicas y Regulación.» Madrid, 2016.

Consejo de la Comunidad Europea. «Resolución n.º C 92/16.» Consejo de la Comunidad Europea, 1975.

Daikokú Calero, Alex Rubén. «Comportamiento del consumidor turístico.» 9. 2012.

Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, Directrices. «Directrices de las Naciones Unidas para la protección al consumidor.» *Organización de las Naciones Unidas.* s.f. <http://es.consumersinternational.org/who-we-are/un-guidelines-on-consumer-protection#.UkrfEt-KUbPx> (último acceso: 3 de octubre de 2021).

Díez Picazo, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción Teoría del Contrato.* 6ta. Ed. Vol. I. Madrid: Editorial Civitas, 2007.

Diez Toribio, Sonia. *La economía colaborativa: un nuevo modelo de consumo que requiere la atención política económica.* Tesis de grado en Administración y Dirección de Empresas, Valladolid: Universidad Valladolid, 2015, 16.

Echeverri Salazar, Verónica María. «Del contrato de libre discusión al contrato de adhesión.» *Revista Opinión Jurídica*, nº 17 (2010): 139.

Enciclopedia Jurídica. «Capacidad.» s.f. <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/capacidad/capacidad.htm> (último acceso: 15 de mayo de

2021).

Espinoza, Ana Lucía. «Introducción a los Contratación Mercantiles.» *Derecho Comercial costarricense*. s.f. <http://www.derechocomercial-cr.com/contratos/introducci%C3%B3n> (último acceso: 20 de mayo de 2020).

Fernández, Nuria. «Turismo P2P o colaborativo: un reto para el ordenamiento jurídico.» *International Journal os Scientific management Tourism*, nº 2 (2016): 123.

García Montoro, Lourdes. «Agenda Europea para la economía colaborativa.» *Revista CESCO de Derecho de Consumo* 18 (2016): 109.

Garrone, José Alberto. *Diccionario Manuela Jurídico Abeledo-Perrot*. 3ra. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.

González Bolaños, Karla. *La Contratación Electrónica a la luz de la Teoría General del Contrato imperante en la legislación costarricense*. Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho, San José: Universidad de Costa Rica, 2014, 90.

González, María Luisa. *La comunicación publicitaria en el entorno de la protección al consumidor*. Tesis para optar por el grado de doctorado, Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2001, 54.

Gutiérrez, María y Máñez, Guillermo. «Informe especial. Matchmaking: el surgimiento de la economía colaborativa.» 2016.
https://www.ideas.llorenteycuenca.com/wp-content/uploads/sites/5/2016/03/160315_DI_informe_economia_colaborativa_ESP1.pdf (último acceso: 12 de febrero de 2020).

Hiernaux-Nicolas, Daniel. «La promoción inmobiliaria y el turismo residencial: el caso mexicano.» *Revista Scripta Nova: revista electrónica de geografía y ciencias sociales*, nº 194 (2005).

Irigaray García de la Serrana, Jorge. «Blog EAE Business School.» *¿Qué es la economía colaborativa y cuáles son sus beneficios?* 9 de abril de 2020. <https://retos-directivos.eae.es/que-es-la-economia-colaborativa-y-cuales-son-sus-beneficios/> (último acceso: 10 de mayo de 202).

Kluwer, Wolters. «Cláusulas Abusivas.» *Wolters Kluwer*. s.f. https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNDC1NDtbLUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhIQaptWmJOcSoAun-esDUAAAA=WKE (último acceso: 15 de setiembre de 202).

Lima Marqués, Claudia. «La insuficiente protección del consumidor en las normas del Derecho Internacional Privado - De la necesidad de una Convención Interamericana (CIDIP) sobre la ley aplicable a algunos contratos y relaciones de consumo.» *CIDIP*. 2001. http://www.oas.org/dil/agreementspdf/cidipvii_home_temas_cidip-vii_proteccionalconsumidor_leyaplicable_apoyo_propuestabrasil.pdf (último acceso: 2 de octubre de 2021).

Medina, Flavia Andrea. *Derecho del Consumidor y comercio electrónico en el ámbito internacional: Capítulo VI, El consumidor Turista en el contexto Electrónico*. San José: Editorial Jurídica Continental, 2013.

Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, Gobierno de España. *Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico*. 11 de julio de 2002. <https://lssi.mineco.gob.es/Paginas/index.aspx> (último acceso: 7 de octubre de 2021).

Observatorio ADEI. «Observatorio ADEI.» *Plataformas digitales: una oportunidad para la economía española*. s.f. <https://www.observatorioadei.es/> (último acceso: 18 de marzo de 2020).

Organización de las Naciones Unidas. «Convención de las Naciones Unidas sobre

la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales.» *Organización de las Naciones Unidas*. 2005.
https://uncitral.un.org/es/texts/ecommerce/conventions/electronic_communications (último acceso: 2 de febrero de 2020).

—. *Ley Modelo de la CNUDMI sobre las firmas electrónicas*. 2001.
https://uncitral.un.org/es/texts/ecommerce/modellaw/electronic_signatures (último acceso: 15 de enero de 2021).

Organización Mundial de Comercio. «Programa de trabajo sobre el Comercio Electrónico.» *Consejo General*. s.f.
https://www.wto.org/spanish/tratop_s/ecom_s/e_274s.doc (último acceso: 26 de octubre de 2020).

Organización Mundial del Turismo. «Organización Mundial del Turismo.» *Glosario de términos para turismo*. s.f. <https://www.unwto.org/es/glosario-terminos-turisticos> (último acceso: 3 de abril de 2020).

Parlamento Europeo y del Consejo. «Reglamento 593/2008.» 17 de junio de 2008.

Pérez Vargas, Víctor. *Derecho privado*. 3ra. Ed. San José: Litografía e Imprenta LIL, 1994.

Poder Judicial. Sentencia número 656-2005 (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 8 de setiembre de 2005).

Quintero Quintero, Juan David. «Plataformas digitales de economía colaborativa y su impacto en el mercado tradicional de servicios: caso Uber Colombia.» 2019.
https://www.repository.ucc.edu.co/bitstream/20.500.12494/14019/1/2019_impacto_plataformas_digitales.pdf (último acceso: 15 de febrero de 2020).

Racer Morciego, María Soledad. «La protección jurídica al turista como consumidor.» *Revista Retos Turísticos*, 2012: 5.

- Ramírez, Georgina. «Turismo P2P.» *UDLAP Contexto*. s.f.
<https://contexto.udlap.mx/turismo-p2p/> (último acceso: 1° de mayo de 2020).
- Ramos, Liana Gabriela y Sing Lam, Harry. *Los nuevos contratos electrónicos y sus efectos en la teoría general de los contratos*. Tesis de grado de licenciatura en Derecho, San José: Universidad de Costa Rica, 2013, 31.
- Rodríguez Velarde, Javier. «Contratación empresarial.» Lima, 1988.
- Rodríguez, Alessandri. «De los contratos.» 2009. <https://app-vlex-com.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr/#WW/vid/68987447> (último acceso: 1° de junio de 2020).
- Román Forastell, Marcela. *Mercados de tierra y turismo residencial. Propuestas metodológicas a partir de caso centroamericano*. Editado por Ernest Cañada Mullor y Macià Blázquez. Managua: EDISA, 2011.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia*. Voto n.º 2007-1333 (Corte Suprema de Justicia, 2 de noviembre de 2007).
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia*. Voto n.º 1996-00065. (Corte Suprema de Justicia, 28 de junio 1996)
- Salazar Solórzano, Randall. «La tutela constitucional del consumidor.» Ministerio de Economía, Industria y Comercio, San José, s.f.
- Secretaría Permanente del SELA. *Fundamentos de la firma digital y su estado del arte en América Latina y el Caribe*. Banco de Desarrollo de América Latina, 2012, 7-12.
- Segura Ulate, Óscar. *Análisis jurídico de distintos contratos de adhesión en el ámbito comercial moderno y sus implicaciones en los derechos del consumidor dentro de la perspectiva de las cláusulas abusivas y las prácticas comerciales desleales*. Tesis de grado de licenciatura en

- Derecho, San José: Universidad de Costa Rica, 2014, 101.
- Significados.com. *¿Qué es Profesional?* 2020.
<https://www.significados.com/profesional/> (último acceso: 23 de febrero de 2020).
- Silva Ruiz, Pedro. «La contratación electrónica.» Congreso Internacional de Derecho Mercantil, San Juan, 2006, 158.
- Sosa Olán, Henry. «El concepto de consumidor en el ordenamiento jurídico europeo y español.» *Revista Dialnet*, nº 2 (2015): 178.
- Suárez García, Nataly. *Economía colaborativa*. Tesis de grado en Administración y Dirección de Empresas, Valladolid: Universidad de Valladolid, 2016, 25.
- Tinajeros Arce, Erika. «Protección del Consumidor en el MERCOSUR: primeras observaciones sobre publicidad y oferta en el comercio electrónico.» *Revista Consumo y Legal*, nº 7 (2007).
- Torrealba Navas, Federico. *Lecciones de contratos. Primer parte: elementos del contrato*. San José: Isolma, 2009.
- UNCITRAL. «Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Comercio Electrónico.» *Naciones Unidas*. 1996. <https://tfig.itcilo.org/SP/contents/uncitral-model-law-ecommerce.htm> (último acceso: 15 de enero de 2021).
- Unión Europea. «Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.» *Unión Europea*. 1980. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:334:0001:0027:ES:PDF> (último acceso: 9 de junio de 2021).
- . «Directiva 2000/31/CE.» *Unión Europea*. 2000.
<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/eu/eu107es.pdf> (último acceso: 25 de junio de 2021).

- Vega Clemente, Virginia. «Principios jurídicos que inspiran el comercio electrónico.» *Revista Dialnet*, nº 32 (2015-2016): 22.
- Vega Mere, Yuri. «El derecho del consumidor y la contratación contemporánea. Consideraciones preliminares a favor de la construcción dogmática de los contratos.» *Contratación contemporánea: contratación electrónica y tutela del consumidor 2* (2000): 540.
- Vélez Matamoros, José David. *Los conflictos de consumo en contratos electrónicos y la aplicación de medios alternos de resolución de conflictos por medios electrónicos en Costa Rica*. Tesis de grado de licenciatura en Derecho, San José: Universidad de Costa Rica, 2018, 45.
- Villalba Cuellar, Juan Carlos. «La noción de consumidor en el Derecho Comparado y en el Derecho colombiano.» *Revista Universitas*, nº 119 (2009): 307.
- Wajtraub, Javier. «La Noción de Consumidor tras la reforma de la ley 24.240.» *Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor*, Buenos Aires, 2008, 155.