

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE GRADUADOS
DOCTORADO EN DERECHO**

**EL DERECHO DEL CONSUMIDOR COMO DISCIPLINA
JURÍDICA AUTÓNOMA**

TESIS DOCTORAL PRESENTADA POR

JULIO BALTAZAR DURAND CARRIÓN

LIMA, SETIEMBRE DE 2004

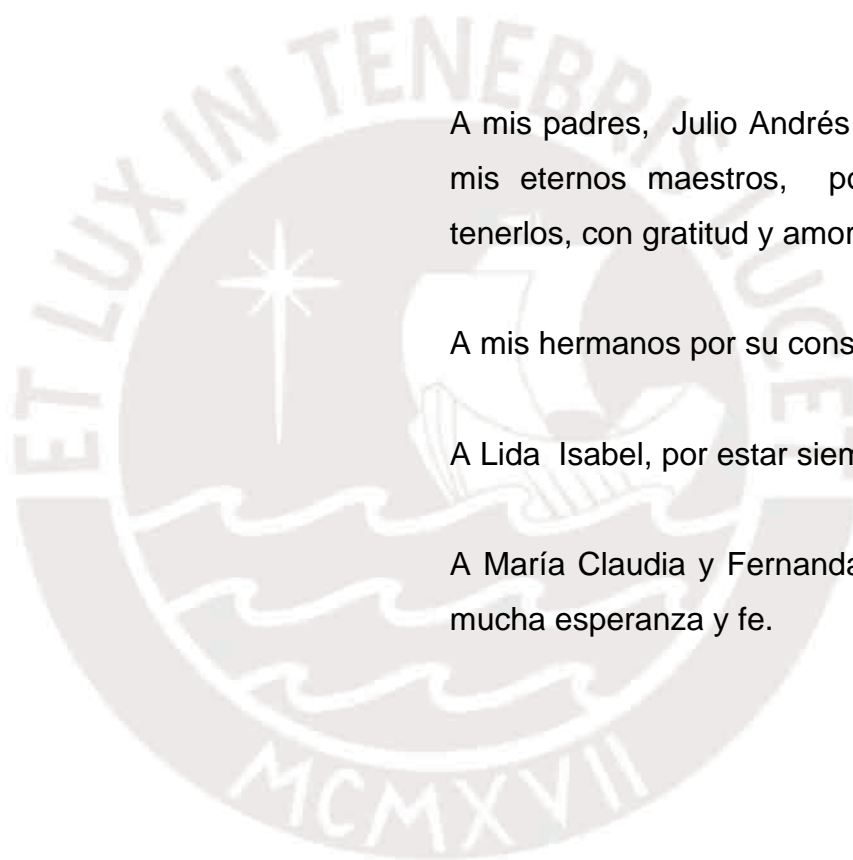
Está claro que hoy el problema no es sólo ofrecer una cantidad de bienes suficientes; sino el de responder a una demanda de calidad; calidad de la mercancía que se produce y se consume, calidad de los servicios que se disfrutan, calidad del ambiente y de la vida en general.

Juan Pablo II

Una de las dimensiones más importantes de la economía social de mercado es la lealtad al consumidor, en la medida que el último destinatario de las transacciones es él.

Difícilmente habrá un mercado confiable y en expansión si el consumidor queda a merced del poder de quienes producen y distribuyen.

Marcial Rubio Correa

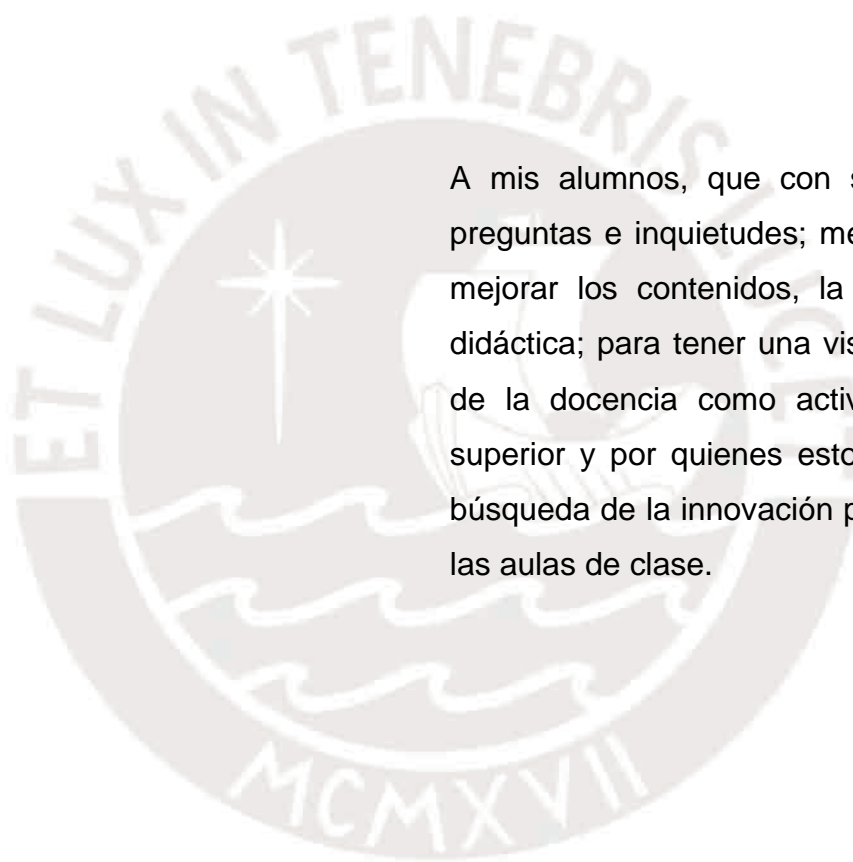


A mis padres, Julio Andrés y Jesús María, mis eternos maestros, por la dicha de tenerlos, con gratitud y amor.

A mis hermanos por su constante apoyo.

A Lida Isabel, por estar siempre a mi lado.

A María Claudia y Fernanda Sollange, con mucha esperanza y fe.



A mis alumnos, que con sus constantes preguntas e inquietudes; me han permitido mejorar los contenidos, la metodología y didáctica; para tener una visión profesional de la docencia como actividad formativa superior y por quienes estoy siempre a la búsqueda de la innovación para volcarla en las aulas de clase.



Agradecimiento

Un agradecimiento especial a mi asesora de tesis, Dra. María del Carmen Arana Courrejolles por su constante apoyo y dedicación en las jornadas de debate y discusión del tema de tesis y cuyas orientaciones y aportes se ven hoy reflejados en este trabajo.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	14
CAPÍTULO I NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR	
1. Desarrollo y Evolución Histórica de los Derechos del Consumidor	26
1.1 Evolución Histórica	28
1.2 Época Actual	36
2. Teorías sobre la Naturaleza Jurídica del Derecho del Consumidor	41
2.1 Derecho del Consumidor como Derecho Constitucional	41
2.2 Derecho del Consumidor como Derecho de la Persona	46
2.3 Derecho del Consumidor como Derecho Multidisciplinario	49
2.4 Teoría de los intereses difusos.	50
CAPITULO II DETERMINACIÓN DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR COMO DISCIPLINA JURÍDICA AUTÓNOMA	
1. Construcción de la Noción Jurídica del Consumidor al interior de la Disciplina Jurídica.	55
2. El Derecho del Consumidor como Disciplina Jurídica Autónoma	62
2.1 Actualidad del Tema	68
2.2 Determinación del carácter autónomo del Derecho del Consumidor como disciplina jurídica	69
2.3 Derecho del Consumidor, un Derecho Autónomo Especializado o un Estatuto para consumidores?	71
2.4 Cuestión Terminológica, Derecho del Consumo o Derecho del Consumidor.	73
3. Contenido del Derecho del Consumidor	75
4. El Derecho del Consumidor como Sistema Flexible	77

5. Marco Conceptual General del Derecho del Consumidor	81
6. Perspectivas del Derecho del Consumidor	83

**CAPITULO III
LAS ESCUELAS DEL DERECHO EN LA CONSTRUCCIÓN DEL
DERECHO DEL CONSUMIDOR COMO DISCIPLINA JURÍDICA
AUTÓNOMA.**

1. La Escuela Exegética	90
2. La Escuela Histórica	92
3. La Escuela Dogmática	94
4. Escuela del Sincretismo	96
5. La Escuela del Derecho Natural	98
6. El Principio pro Consumidor como aporte de la Escuela del Derecho Natural	101
7. Las Escuelas del Derecho y su relación con la realidad Jurídica del Consumidor	107
8. Argumentos de autoridad en la construcción del Derecho del Consumidor como Disciplina Jurídica Autónoma	114
8.1 Derechos el Consumidor Establecidos por John Kennedy	114
8.2 Lineamientos Generales de Protección del Consumidor establecidos por Las Naciones Unidas	116
8.3 Directivas Generales del Consumidor Europeo establecidas por la Unión Europea	118
8.4 Ley Marco sobre Defensa del Consumidor y del Usuario aprobada por el Parlamento Latinoamericano, junio de 1997, Guayaquil-Ecuador	121

**CAPÍTULO IV:
LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN EL SISTEMA JURÍDICO**

1. Constitución Política: Art. 58°, 59°, 61°, 62° y 65°	124
2. Ley Protección del Consumidor, Decreto Legislativo 716	134
2.1 Objeto y alcance de la Ley	134

3. Los Derechos del Consumidor	171
3.1 Derecho a la Salud y la Seguridad	172
3.2 Derecho a Ser Informado	177
3.3 Derecho a Elegir	180
3.4 Derecho a ser Representado	182
3.5 Derecho a la Protección de Intereses Económicos	183
3.6 Derecho a la Reparación de Daños	185
3.7 Derecho a la Educación	187
3.8 Derecho a un Medio Ambiente Saludable	188
3.9 Derecho a la No Discriminación o Derecho a la Igualdad de Trato	190
3.10 Derecho a la Revocación	196
3.11 Derecho a la Intimidad, el Honor y la Buena Reputación	201
4. Ley de Publicidad Comercial en Defensa del Consumidor	
Decreto Legislativo 691	215
4.1 El Derecho a la información	215
4.2 Principios de la Publicidad	216
4.3 Manifestaciones Ilícitas de la publicidad	218
5. Cronología de la Legislación de Protección del Consumidor	237
6. Acepciones y Criterios de Interpretación	238
6.1 Relación de Consumo	238
6.2 Asimetría informativa	247
6.3 Información Relevante	247
6.4 Idoneidad	249

CAPÍTULO V

EL DERECHO DEL CONSUMIDOR Y SUS EFECTOS EN EL DERECHO CIVIL

1. Contratación de Consumo y Contratación Clásica	254
2. Contrato de Consumo	255
3. Crisis de la Contratación Clásica	256
3.1 Replanteamiento de Autonomía de la Voluntad	258

3.2	Carácter vinculante de las Normas Contractuales Dispositivas	259
3.3	Resolución Unilateral del Contrato de Consumo	259
4.	Cambios que genera el Derecho del Consumidor en el Derecho Civil	260
4.1	La Información en la Contratación Civil	262
5.	Derecho del Consumidor y el Régimen Jurídico de las Cláusulas Generales de Contratación y del Contrato por Adhesión	264
6.	El Contratante Débil	268
CAPÍTULO VI		
EL INTERÉS DE LOS CONSUMIDORES Y SU RELEVANCIA JURÍDICA.		
1.	Planteamiento del tema	273
1.1	El Interés y el Derecho Subjetivo	275
1.2	Los Intereses Legítimos	276
2.	Intereses Difusos e Intereses Colectivos	278
3.	El interés de los Consumidores como Interés Difuso	281
4.	Interés Difuso	285
5.	Implicancias Procesales de los Intereses Difusos	287
5.1	Legitimidad para Obrar	288
5.2	La Cosa Juzgada	289
5.3	La Carga de la Prueba	290
5.4	Terminación del Proceso	292
6.	Acceso de los Consumidores a los Órganos Jurisdiccionales	294
6.1	Ineficacia del Sistema Procesal en defensa de los consumidores	295
6.2	Regulación de la Tutela Procesal de los Consumidores	297
6.3	Procedencia de la Acciones de Amparo en la defensa de los Intereses difusos de los consumidores	298
7.	La Acción Colectiva o Class Action	304
7.1	El Problema de la Legitimidad para Obrar en la Class Action	307

8. El Arbitraje y la Conciliación como medios de solución de conflictos en materia de consumo	319
8.1 El servicio de Atención al Consumidor del Indecopi como Sistema de Mediación en las Reclamaciones de Consumo	323
8.2 Modelo de Arbitraje de Consumo en la Legislación Española	325
8.3 Modelo de Arbitraje de Consumo en la Legislación Argentina	333
8.4 Resolución Extrajudicial de Reclamaciones de Consumo en la Unión Europea	339

CAPITULO VII LAS MARCAS Y LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

1. Consideraciones Generales	346
2. La marca como signo distintivo sujeto a confusión	349
3. Marco Conceptual de la Marca	350
3.1 Funciones de las Marcas	354
3.2 Características de la Marca	361
4. Confusión Marcaria	363
5. Criterios para establecer las semejanzas y el grado de confusión de los signos distintivos	365
6. Confusión Marcaria y la Protección del Consumidor	373

CAPÍTULO VIII EL DERECHO DEL CONSUMIDOR Y LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN EL MERCADO

1. Relación de los Principales Conceptos Económicos y Jurídicos sobre Protección del Consumidor	
1.1 Consumidor Razonable	384
1.2 Ciudadanía Económica	387
1.3 Información Relevante	391
1.4 Contratación Moderna	393
2. El Estado Como Proveedor de Servicios en una Relación de Consumo	395
2.1 El Estado Proveedor de Servicios	398

2.2 Servicio Público	401
2.3 Relación de Consumo respecto al Servicio Público	402
3. Desregulación de Servicios Públicos	403
3.1 Desregulación o Liberalización	403
3.2 El Nuevo Concepto de Servicio Público en la Desregulación	406
4. La Responsabilidad del Estado en la Prestación de Servicios Públicos	409
5. El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI	411
5.1 Creación	411
5.2 Significado y Principios	412
5.3 Estructura de Indecopi	413
5.4 Servicio Nacional de Metrología	416
5.5 Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual	416
5.6 Las Comisiones	417
5.7 Las Oficinas	423
6. Principales Organismos Encargados de la Supervisión de Servicios Públicos	425
6.1 Osinerg	427
6.2 Ositran	430
6.3 Sunass	433
6.4 Osiptel	434

CAPÍTULO IX LA COMUNIDAD DE CONSUMIDORES Y SU ORGANIZACIÓN

1. Marco Conceptual	442
2. Cómo nacen las Asociaciones de Consumidores	443
3. Rol de las Asociaciones de Consumidores en la Educación del Consumidor	445
4. Asociaciones de Consumidores Peruanas más Importantes del Perú	446

5. Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (ASPEC)	
y su rol en el Mercado Peruano	446
5.1 Creación de ASPEC	447
5.2 Estructura de ASPEC	448
5.3 Quiénes Conforman ASPEC	448
5.4 Instituciones de las que ASPEC es Integrante	449
5.5 Servicios que brinda ASPEC	450
5.6 Principales Rubros en los que trabaja ASPEC	451
5.7 Encuestas de Consumo de ASPEC	452
5.8 Procesos Emprendidos por ASPEC	454
6. La Organización Internacional de Consumidores y Usuarios (IOCU)	462
7. Los Consumidores en América Latina	471
8. La Información, Participación del Consumidor y la Autorregulación	473
8.1 La Información y Capacitación del Consumidor	473
8.2 Función de Gobierno	476
8.3 Función de los Consumidores	447
8.4 La Autorregulación de los Consumidores	477
CAPÍTULO X	
LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN EL CONTEXTO JURÍDICO INTERNACIONAL	
Antecedentes	482
1. Legislación Americana	
1.1 Legislación de los Estados Unidos de América	487
1.2 Legislación Argentina	489
1.3 Legislación Brasileira	494
1.4 Legislación Colombiana	497
1.5 Legislación Chilena	498
1.6 Legislación Mexicana	500
2. Legislación Europea	503
2.1 Legislación Española	506
2.2 Legislación Alemana	511

CONCLUSIONES	515
PROPUESTAS	525
BIBLIOGRAFÍA	545

ANEXOS

1. Precedentes de Observancia Obligatoria en Protección del Consumidor y Publicidad Comercial en Defensa del Consumidor	560
2. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú sobre Protección del Consumidor	623
Análisis de la Jurisprudencia Constitucional	692
3. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República.	704
Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Suprema	708
4. Directivas Europeas sobre Derecho del Consumidor	715
Directiva sobre Contratos a distancia	716
Directiva sobre Cláusulas Abusivas	728
5. Acta de la VI Reunión de la Comisión de Defensa del Usuario y del Consumidor del Parlamento Latinoamericano – Parlatino, Guayaquil, Ecuador 1997	742
6. Ley Modelo de Defensa del Consumidor del Parlamento Latinoamericano-Parlatino.	746
7. Acta de la VIII Reunión de la Comisión de Defensa del Usuario y del Consumidor del Parlamento Latinoamericano – Parlatino, México 1999	766
8. Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios de Argentina	780
9. Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios de España	802
10. Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 716, Ley de Protección al Consumidor.	838

INTRODUCCIÓN

El actual sistema de economía social de mercado ha generado una serie de situaciones nuevas que presionan el contenido clásico del Derecho, como la globalización económica, la innovación tecnológica, el libre comercio, la libertad contractual, la libre competencia, la regulación de servicios, la autorregulación empresarial entre otras manifestaciones que han motivado una mayor apertura e integración de los mercados y por ende mayor competitividad comercial. Estas condiciones socioeconómicas abren para el consumidor un nuevo panorama como beneficiario del sistema, a tal punto que hoy hablamos de protección del consumidor, pero ¿quién es el consumidor?, ¿contra qué debería protegerse?. Un consumidor es una persona que para atender sus necesidades o para su propio placer compra o arrienda productos y utiliza servicios ofrecidos por entes públicos o privados. Esta es al menos la definición más simple que nos servirá de derrotero para el estudio del tema, y ¿Contra qué debería protegerse al consumidor?, para decirlo sencillamente, debe protegerse contra el engaño y el abuso de los proveedores.

¿Puede hablarse de una contratación de consumo como regla general?, ¿Se ha desplazando al Código Civil?, ¿Existe el Derecho del Consumidor como disciplina autónoma? Estas preguntas son las primeras premisas aparentemente sencillas que servirán de base para avocarnos al estudio del Derecho del Consumidor que es complejo y que aparentemente parece un tema nuevo en el actual contexto jurídico, sin embargo no es así. En efecto, el consumidor como persona, al igual que los demás derechos que le son inherentes a su condición de protagonista del quehacer jurídico, ha tenido siempre el derecho de recibir de los proveedores toda la información necesaria que le permita tomar una decisión o realizar una adecuada elección para adquirir un producto o un servicio, pero como estos derechos están íntimamente relacionados con el entorno socioeconómico del país y como éste ha tenido un manejo ineficiente en nuestro medio, pues también los derechos

del consumidor fueron tímidamente promovidos por distintas disposiciones normativas de carácter generalmente administrativo que estaban diseminadas en varios textos legales sin conexidad material alguna, hasta la década de los noventa en que el tema va tomando mayor contenido y propiedad con disposiciones mas especializadas a la par de un desarrollo institucional mas completo que el anterior .

Por otra parte, los escasos gremios de consumidores agrupados en su mayoría en los llamados Comités o Juntas Vecinales, estaban desprovistos de normas adecuadas que les permitieran canalizar con celeridad y eficacia los diferentes reclamos de los muchas veces engañados y estafados consumidores. El Estado a su vez para suplir el vacío normativo que existía para proteger los derechos de quienes damos vida a la economía de mercado llevó a cabo varios proyectos para tratar de centralizar las denuncias y aplicar sanciones, además de supervigilar el intercambio de bienes y servicios. Dentro de este contexto podemos deducir con plena validez que el desarrollo de una institución tan importante como la protección del consumidor no había merecido una atención especial de parte de los juristas ni del Estado. Es a partir de 1991 que con la dación del Decreto Legislativo 716 y la creación de la Comisión de Protección del Consumidor que empieza a tomar forma esta disciplina que poco a poco ha ido desarrollando una serie de innovaciones legislativas para la promoción, protección y desarrollo de los derechos del consumidor y la cultura de consumo; por ello es importante profundizar los estudios sobre el tema a fin de analizar las actuales disposiciones legales y verificar su operatividad en el plano social y económico dentro del cual son aplicadas, para llegar a establecer como una de las hipótesis de la tesis, que si al hablar del Derecho del Consumidor, estamos frente a una disciplina jurídica autónoma, con su propio contenido.

Todos los seres humanos somos consumidores y usuarios de productos y servicios. La actividad económica siempre tiende a la satisfacción de necesidades y toda la actividad comercial está siempre dirigida a satisfacer

necesidades, comodidades, gustos e inclusive vanidades humanas. Los consumidores podemos existir sin que haya actividad comercial, como ha ocurrido en las civilizaciones primitivas; pero no puede existir el comercio sin consumidores, por ello el Derecho del Consumidor tiene un alto grado de relación con normas del Derecho Contractual, Económico, Comercial y Administrativo tal como estudiaremos en la presente tesis .

Otra de las razones para estudiar el Derecho del Consumidor es la necesidad de conocer como la comunidad organizada está haciendo respetar sus derechos como consumidores a través de sus diversas organizaciones de base o a escala individual, tendencia que ha tomado hoy mucha fuerza como respuesta a la exquisitez de los proveedores en la atención al cliente y al creciente abanico de posibilidades que hoy tiene el consumidor para elegir un producto o un servicio a su entera satisfacción.

Por lo expuesto, creemos que es de capital importancia hacer un estudio analítico de todo el contexto legal que ha sido creado actualmente para proteger al consumidor y garantizar la defensa de sus derechos, poniendo énfasis especialmente en el Decreto Legislativo N° 716, que es la principal norma sobre el tema, además de revisar obviamente otros cuerpos legales íntimamente vinculados al tema; y esta tesis pretende hacer una exposición integral de las complejas relaciones jurídicas y categorías conceptuales que se presentan dentro del Derecho del Consumidor, para verificar si estamos frente a una simple regulación administrativa del consumo o si estamos frente a una disciplina jurídica autónoma y hacia ello apunta la presente investigación.

La economía social de mercado que ha sido establecida por nuestra Constitución, funciona sobre la base de las relaciones existentes entre los individuos, entre los que compran y los que venden. En efecto, el mercado debe funcionar solo, con fuerzas equilibradas entre consumidores y proveedores, y para que el mercado funcione correctamente y encuentre su propia dinámica, el consumidor debe intervenir fortaleciendo la demanda, por lo

que un consumidor educado, que conoce el papel que le toca desarrollar en el mercado, puede cumplir eficientemente ese rol.

En tal virtud, consideramos que el estudio de la protección del consumidor desde todos sus puntos de vista nos debe llevar a concluir en que dicha protección no debe significar barreras al libre comercio, es decir que no sea la defensa tan exagerada que termine finalmente trabando el desarrollo de la actividad económica que hoy está creciendo; y en este sentido creemos que el trabajo conjunto de INDECOPI y de los propios consumidores organizados debe garantizar en el futuro una elección libre y adecuada para adquirir un producto o tomar un servicio, sin deficiencias y sin engaños.

Otro punto muy importante sobre el cual vamos a incidir en la tesis es el estudio de la Ley del Consumidor con relación al Código Civil en la parte referida a contratos, analizando la influencia de la norma del consumidor en la legislación civil y determinar si ambos estatutos jurídicos deben articularse o mantenerse por separado y si persiguen o no el mismo objetivo. Asimismo analizaremos si las normas de protección del consumidor tienen el alcance normativo suficiente para proteger y responder a las expectativas que un consumidor medio espera después de haber sido víctima de la violación de sus derechos o simplemente después de haber sido engañado.

Cabe señalar que esta tesis ha sido elaborada sobre la base del esquema expuesto ante la Comisión del Doctorado y como tal nos hemos preocupado por establecer en primer lugar la aproximación metodológica que marca la forma cómo se ha ido abordando el trabajo de investigación, así como también hemos señalado los principales planteamientos que han dado lugar a la formulación de las hipótesis respecto de las cuales se ha desarrollado el trabajo, así como de los objetivos. El desarrollo de la tesis se ha efectuado a través del método dogmático constructivista en tanto se ha analizado las categorías conceptuales; el método exegético, en tanto se ha analizado la ley del consumidor para verificar si existe racionalidad y certeza

legal en su contenido; el iusnaturalismo, en tanto la persona como ser social y humano es el centro de referencia de la legislación del consumo; y el método sincrético y sociológico en cuanto hemos analizado el contenido de las normas y los fenómenos reales y concretos de la dinámica social que nutre el contenido del Derecho del Consumidor como disciplina jurídica

En el desarrollo de la tesis haremos una integración dinámica de las escuelas del Derecho estudiadas en el seminario doctoral tomando lo mejor de cada una de ellas para contrastarlas con la realidad social y jurídica relacionada con nuestro tema de investigación, lo cual nos facilita la labor para plantear la hipótesis y desarrollar los diferentes esquemas conceptuales que nos hemos propuesto en la tesis. Es decir que las escuelas nos van a servir como telón de fondo de esta investigación y los postulados de cada una de ellas se aplicaran conforme al esquema de investigación diseñado. Las fuentes de este trabajo las encontramos en los postulados de la doctrina nacional y extranjera, la legislación de la materia, los precedentes de observancia obligatoria, las instituciones vinculadas, el análisis documental, la observación de la realidad y la comparación legal, entre otras.

Hemos querido abarcar diversas aristas del tema a fin de tener una visión totalizadora del mismo y en tal sentido hemos elaborado un esquema de acuerdo a la forma como es concebido el tema en el sistema jurídico actual y al plantear la discusión sobre determinado tema expresamos también nuestro punto de vista como resultado de la investigación, es decir planteamos propuestas que no necesariamente coinciden con posiciones doctrinarias clásicas, o con disposiciones rígidas de la ley o razonamientos puramente teóricos establecidos inclusive por el propio INDECOPI como ente oficial encargado de la protección del consumidor a nivel administrativo.

Describimos a continuación el planteamiento general sobre la forma como abordaremos el tema de la tesis.

En primer lugar es importante el nivel doctoral que la tesis debe tener y al respecto debemos señalar que actualmente el tema del consumidor en el contexto jurídico internacional ha alcanzado una gran relevancia, derivada del desarrollo económico y la cultura de consumo imperante hoy en casi todos los sistemas. Esto se explica por la revisión que hemos efectuado de la doctrina y donde encontramos una continua línea de investigación sobre la protección de los consumidores enfocada desde diferentes aspectos como, la tutela procesal, los efectos civiles, económicos, la regulación administrativa y contractual, etc.

En este sentido considero que uno de los sectores de nuestro ordenamiento en donde está influyendo con relativa intensidad la protección del consumidor es el de los contratos, no sin razón ha comenzado a inspirar las decisiones de nuestros órganos jurisdiccionales por lo que es necesario que una investigación como la que nos hemos propuesto, revise los eventuales efectos y/o problemas que las leyes de Protección al Consumidor plantean a la doctrina y a nuestro sistema jurídico en general.

En este sentido la tesis apunta al estudio de la problemática jurídica de los contratos de consumo y las razones para que el legislador intervenga protegiendo a la parte contractual más débil, los derechos del consumidor frente a la eventual agresividad de quienes utilizan estudiadas técnicas comerciales, el derecho del consumidor como interés difuso y sus implicancias en el sistema jurídico, la tutela procesal de los consumidores, su defensa organizada, y el desarrollo institucional, entre otros temas, estudiados a través del análisis de la Ley de Protección al Consumidor en relación con otras disposiciones, articulándolas con sus efectos en el Código Civil.

Tratar el tema del consumidor no es simplemente estudiarlo a partir de la Ley de Protección del Consumidor, sino enfocarlo desde un punto de vista más amplio, con más cobertura y propiedad, para lo cual hablaremos de “Sistema de Protección del Consumidor”, el cual aborda otros campos relacionados con el Derecho Administrativo, Mercantil, Civil, la cultura de consumo y otras

disciplinas, que implican analizar otras leyes para ver si guardan armonía con la legislación especial sobre el consumidor. No obstante surge una interrogante, ¿existe un sistema de protección o estamos frente a un modelo de defensa constituido por normas de distinta naturaleza en el contexto jurídico nacional? Esto obviamente lo determinaremos en el curso de la investigación.

Es necesario precisar para efectos de la tesis, sí en el contexto legal peruano hablamos de un sistema de protección, cómo un Derecho del Consumidor propiamente dicho, como disciplina autónoma o simplemente hablamos de un estatuto de defensa del consumidor, puesto que ambos términos aunque se parezcan no aluden a lo mismo; por lo tanto vamos a estudiar cuál es el tratamiento que institucionalmente se le ha dado al tema del consumidor.

Para un sector de la doctrina, la ley al hablar de defensa se refiere a toda la normatividad que los agentes económicos deben observar al ofrecer sus productos y servicios en el mercado y cuyo cumplimiento debe ser exigido por el consumidor.

Para otro sector, la protección en cambio se refiere al compromiso asumido por el Estado y las distintas disposiciones administrativas y legales establecidas respecto a los derechos del consumidor, así como su difusión y promoción, la forma como se ha organizado administrativamente para mantener esta política, y las atribuciones conferidas a las asociaciones de consumidores con el fin de sancionar una actividad desleal cuando no ilícita de las empresas y sus distribuidores, protección que se desplegará aún cuando la víctima no lo solicite. Este es el planteamiento que tomaremos como referencia para desarrollar la tesis, por que tiene mayor cobertura sobre el tema, puesto que las últimas disposiciones legales que han modificado y complementado la Ley de Protección del Consumidor, (Ley 27311, del 18 de Julio del 2000), hablan de “Ley de Fortalecimiento del Sistema de Protección del Consumidor”, de manera que esta sola nomenclatura, nos da una idea de hacia donde

apunta la temática del Derecho del Consumidor.

Debemos señalar que precisamente el reciente Texto Único Ordenado del Decreto legislativo No 716, Ley de Protección del Consumidor, publicado el 11 de diciembre del 2000 trae aparejado temas nuevos relacionados con la conciliación como un sistema alternativo de solución de conflictos derivados del consumo, las medidas correctivas y la fuerza ejecutiva y vinculante de las resoluciones, la publicidad comparativa y la competencia desleal, convenios de cooperación institucional con Asociaciones de Consumidores, entre otras disposiciones destinadas a fortalecer el sistema.

El Derecho del Consumidor implica hacer un estudio del tema a través de los postulados metodológicos de las escuelas, el desarrollo de los órganos administrativos del Estado con relación al consumidor y su actuación en el mercado y la dimensión social de los intereses que protegen (intereses difusos), para verificar si su funcionamiento es adecuado frente a los principales problemas que hoy plantea el mundo del consumo.

En el enfoque general de la tesis es preciso señalar que ésta ha sido estructurada de tal forma que permita entender cómo es que en el Derecho del Consumidor se ha armonizado el interés colectivo de los ciudadanos consumidores, y el interés público del Estado para desarrollar un sistema de protección eficiente; así como también los eventuales efectos de la normativa del consumidor en el Derecho Civil, particularmente en el tema de los contratos.

Nos hemos planteado las siguientes hipótesis

a) El Derecho del Consumidor, es una prerrogativa propia del derecho de las personas, pero es también un tema relacionado con políticas públicas que incluyen tanto normas legales, como medidas de carácter administrativo

que promuevan el respeto a los derechos del consumidor y por ende la cultura de consumo.

b) En el futuro la contratación civil va a ser la excepción y la regla estaría dada por los principios de la contratación de consumo.

c) Las normas referidas a la protección consumidor y las normas del Código Civil referidas a los contratos, están desarticuladas, pese a que el consumidor es tal en cuanto contratación.

d) El objeto de la protección de las normas del consumidor está determinado por su debilidad en una relación contractual.

e) Los conceptos jurídicos y económicos que subyacen en las normas de protección del consumidor determinan las notas características del Derecho del Consumidor como disciplina jurídica autónoma.

f) La naturaleza jurídica del consumidor determina el alcance normativo de su protección.

g) En la actual economía de mercado las normas referidas a los derechos del consumidor han modificado la legislación civil sobre contratación a fin de equilibrar la debilidad de una de las partes y preservar la eficiencia social, jurídica y económica de los contratos.

h) El desarrollo del Derecho del Consumidor depende no solo de la ley, sino del desarrollo institucional del tema, desde el punto de vista legal, administrativo, social, económico y judicial.

i) Las normas sobre derechos del consumidor constituyen ya un sistema de protección y forman como parte de una disciplina jurídica autónoma, el Derecho del Consumidor.

El Objetivo de la tesis es hacer un estudio de la teoría de los derechos del consumidor para determinar si en la legislación especializada y en la legislación civil hay armonía entre el interés general en la fluidez del mercado y el interés particular de las personas para hacer respetar sus derechos frente a una relación de consumo, y a partir de este estudio hacer una reflexión teórica normativa que promueva el desarrollo legal, institucional y social del tema para poder hablar en el futuro del Derecho del Consumidor como una disciplina jurídica autónoma que facilite el conocimiento de la materia y la correcta aplicación de la ley por parte de los operadores del derecho y en especial de aquellos que administran justicia en esta materia.

Nos hemos centrado con particular interés en la parte de la tesis relacionada con el análisis de la naturaleza jurídica del Derecho del Consumidor, establecida en el Capítulo I revisando si estamos frente a un derecho de la persona, un derecho constitucional o un desarrollo simplemente administrativo. Asimismo hemos estudiado el tema de la determinación conceptual del Derecho del Consumidor para ver cuál es su alcance normativo y su relación con el Derecho Civil en la parte referida a contratos y ver si estamos frente a un Derecho nuevo, autónomo, especializado, o simplemente ante un sistema de regulación administrativa del consumo o un estatuto del consumidor muy singular. También hemos tratado la figura del contratante débil.

El Capítulo II está referido a la protección del consumidor en el sistema jurídico, donde hemos analizado las disposiciones legales tanto a nivel de la Constitución como en el Decreto Legislativo 716 y el Decreto Legislativo 691 sobre Publicidad Comercial en Defensa del Consumidor.

Es pertinente también precisar que el Capítulo III está referido a la protección del consumidor y sus efectos en el Código Civil, hemos tratado el tema referente a las cláusulas generales de contratación, la contratación

masiva de consumo y la crisis de la contratación clásica, la figura del contratante débil entre otros temas.

En el Capítulo IV referido al interés de los consumidores y su relevancia jurídica, hemos tratado el tema del interés difuso y sus implicancias procesales, analizando si las normas guardan relación con el objetivo de la legislación del consumidor y hacemos un planteamiento especial sobre la posibilidad de interponer una acción de amparo en el supuesto caso de violación de un derecho del consumidor y el problema de la legitimidad procesal de las asociaciones de consumidores y el INDECOPI.

En el Capítulo V referido a las marcas y la protección del consumidor, hacemos una análisis de la incidencia de la confusión marcaria en el mercado, como producto de la creación de signos distintivos genéricos, descriptivos, y asociados que provocan finalmente eventuales situaciones de engaño y falta de distintividad.

El Capítulo VI referido a la protección del consumidor y el sistema de la economía de mercado y en el Capítulo VII referido a la comunidad de consumidores y su organización; hacemos un análisis de la comunidad organizada frente a los derechos del consumidor, estudiamos las asociaciones de consumidores a nivel nacional e internacional.

En el capítulo VIII hacemos una referencia sobre el panorama de la protección del consumidor en el contexto jurídico internacional y hemos tomado como base de estudio la legislación de algunos países latinoamericanos donde el tema se ha desarrollado orgánicamente.

Esperamos que esa tesis constituya un singular aporte al estudio y debate de los Derechos del Consumidor, tema tan importante en el mundo moderno de economía de mercado, donde las leyes de la oferta y la demanda, la libre competencia, entre otras; vienen signadas por el liberalismo

y se requiere proteger al consumidor para que pueda elegir libremente, para que no lo defrauden, para que la publicidad se realice dentro de un marco ético, para que se le indemnice en caso de daño; en fin para que pueda desenvolverse libremente dentro de un mercado como el de hoy, lleno de presiones crecientes y extendidas.

Finalmente, queremos expresar nuestro más profundo agradecimiento a la Dra. Carmen Arana C. por su constante apoyo y por acompañarnos en todas y cada una de las jornadas de debate sobre el tema a lo largo del curso de Seminario de Tesis Doctoral. También es preciso reconocer a nuestros profesores del Doctorado, al Dr. Roberto Mac Lean Ugarteche quien nos enseñó que una crítica por si sola es un derecho ciudadano, pero que una crítica a nivel académico es una responsabilidad para presentar una alternativa viable, y eso es lo que pretendemos hacer en esta tesis; al Dr. Marcial Rubio Correa, quien nos enseñó que la ley cumple una finalidad subsidiaria y que está al servicio del Derecho y que el legislador no tiene participación en la producción misma del Derecho, sino que se limita a recoger lo que fluye de la conciencia social y en ese sentido el jurista debe observar la realidad para ir creando nuevas categorías conceptuales e ir diseñando las disciplinas jurídicas; al Dr. Manuel de la Puente y Lavalle, quien en los debates sobre el tema, nos hizo ver que el “contratante débil” era todo aquel que en una relación contractual tenía un déficit de información sobre aquello que precisamente contrata, y que no está referido exclusivamente al consumidor; al Dr. César Delgado Barreto, quien también en el seno de los debates del seminario doctoral, nos hizo ver que temática del consumidor tiene aristas de marcado carácter internacional que necesitan ser reguladas para armonizar la legislación de los países en desarrollo de la región. Al Dr. Mario Castillo Freyre, un agradecimiento por sus coordinaciones permanentes y sus atenciones a lo largo de las clases del Doctorado.



CAPÍTULO I

NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR

CAPÍTULO I

NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR

Antes de estudiar de estudiar las teorías que explican la naturaleza jurídica de los Derechos del Consumidor, consideramos necesario abordar previamente algunas ideas centrales para la correcta demarcación del tema.

Etimológicamente la palabra CONSUMO proviene del vocablo latín "CONSUMERE", que significa último grado del proceso económico, en que los productos se utilizan ya para la satisfacción de las necesidades sociales y humanas, tanto mediatas como inmediatas.

De otro lado la palabra Derecho proviene del vocablo latín "DIRECTUS", directo, de dirigire, alinear, La conjunción de ambos términos nos demanda la idea principal que denota el significado del **Derecho del Consumidor**, pues todos los que están ligados al mundo jurídico saben que el Derecho implica orden y las ordenes integran el contenido normativo de Leyes, Reglamentos y costumbres como preceptos obligatorios regulares o establecidos por el Estado, respecto a una materia en especial; en este caso el consumo como componente principal del mercado.

El ser humano, en su condición de tal, es un ser lleno de necesidades por satisfacer, y el consumo es la forma natural de satisfacer las carencias naturales del hombre. Esta relación biunívoca establecida por la persona entre la necesidad y el consumo es complementaria y constituye una realidad en el mundo jurídico con una serie de repercusiones no solamente de carácter legal, sino también social y económico; y esta relación ha venido cambiando constantemente desde los tiempos de la Revolución Industrial hasta nuestros días y hoy constituye una preocupación que no puede ser negada ni discutida

por el Derecho, por ello surge hoy en día la necesidad de dotar el consumo de adecuadas disposiciones jurídicas que garanticen a la relación **necesidad-consumo**, una vigencia social libre de conductas engañosas, y desleales de quienes tienen eventualmente la ventaja de ofertar productos y servicios en el mercado.

1. DE SARROLLO Y EVO LUCIÓN HISTÓRICA DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR

Cuando surge la empresa como el principal actor económico dentro de la economía liberal, trajo consigo el aumento incontenible del tráfico comercial, y la necesaria estructuración de nuevos mecanismos jurídicos que hicieran posible la rápida interrelación de la empresa con el resto de la comunidad receptora de sus productos.

De esta nueva relación empresa-comunidad surgen dos temas importantes. Primero el nacimiento de los mecanismos jurídicos que facilitan tal relación, es decir, el contrato por adhesión y todas las otras formas de contratación en masa, tema que es tratado en otros esquemas jurídicos y en segundo lugar surge un nuevo tipo de actor económico, el individuo dentro de la sociedad, que pretende satisfacer sus necesidades a través de su relación con la empresa, que consume los productos o bienes que se ofrecen en el mercado. Este individuo debido a esta característica será conocido como “El Consumidor”

Hemos hecho referencia al “Consumidor” señalando su debilidad frente al ofertante (en varios casos la empresa) y la necesidad de establecer medios legislativos, administrativos y judiciales para su defensa. Sin embargo, debemos explicar el fenómeno de su existencia, sus derechos y obligaciones y los medios para su protección.

Se señala correctamente que el hombre debido a su condición de ser gregario, tiene necesidad de dar normas que hagan factible tal convivencia. Este conjunto de normas, de principios, y costumbres bajo las cuales se desarrolla el ser humano, las denominamos Derecho. Es así que encontramos que el Derecho para ser eficiente, debe regular equitativamente las relaciones humanas evolucionando constantemente, adaptándose a los cambios que se dan en la vida del hombre.

Esta pequeña introducción va dibujándonos como a través del Derecho podemos distinguir el momento histórico en que se desarrolla la humanidad.

En efecto, el consumo por estar ligado íntimamente a los derechos fundamentales de la persona humana ha tenido desde siempre una regulación especial, desde las mas primitivas desde el punto de vista jurídico, como el azote u otras formas de castigo físico, hasta las más modernas como la imposición de multas o rectificaciones públicas desarrolladas en todas las sociedades y en diferentes momentos históricos, pero el denominador común siempre ha sido el mismo; proteger al consumidor de los efectos nocivos de los vicios ocultos de los bienes y/o servicios y de las agresivas y engañosas estrategias de venta de los proveedores en su afán de ganar mercado.

Desde Egipto, la India, la Edad Media, el Reinado Británico hasta la actual sociedad norteamericana consumista por excelencia, siempre se ha estudiado los derechos del consumidor. Haremos una revisión de la evolución histórica de la regulación del consumo, tomando como base el estudio de Luz Rivas Belloti sobre este tema.¹

1.1 Evolución Histórica

Las reglas jurídicas que rigen las relaciones entre productores y consumidores tienen un origen muy antiguo y se pierden en el tiempo.

¹ Rivas Belloti, Rosa Luz. El Derecho del Consumidor, Lima, USM, 1992

Inclusive en la Santa Biblia se lee: “Tendrás un peso justo y exacto, e igualmente una medida justa y exacta para que se prolonguen tus días en la tierra, que Yavé, tu Dios, te da. Porque Yavé aborrece al que no hace tales cosas y a toda injusticia.”²

El derecho a los alimentos fue el primer foco de la protección al consumidor. Temprano, las leyes mosaicas y egipcias gobernaban el manejo de la carne. Las Leyes griegas y romanas prohibían la adulteración del vino con el agua. A su vez, la India imponía castigos a los que adulteraban los granos y el aceite.

Fuera del gremio formado por los comerciantes y artesanos en la Edad Media, surgieron los primeros inspectores alimenticios, el gremio de los inspectores pimienta. Estos inspectores trataban de frenar el inescrupuloso mercado de pimienta, quienes impedían que se muelan en vez de los granos de pimienta, otros peores, como cortezas y semillas, hierro, cáscara de nuez, corazón de oliva y cáscara de coco. Más tarde, estos oficiales se convirtieron en una arma de la Corona Británica, responsables de los estándares del precio oficial.

Ciertos miembros del gremio panadero en la Edad Media no pudieron continuar con sus fraudes. La forma más común de engañar por parte de los que elaboraban el pan era reducir el peso; pero algunas veces, la harina era adulterada con sedimentos de guisantes seco o habas. Este fraude permitió el paso de la primera ley protectora de alimentos, denominada “Assize of Bread”. En 1202, el Rey Juan de Inglaterra proclamó esta ley:

“Si cualquier falta es encontrada en el pan de cualquier panadero de esta ciudad, la primera vez permítanle que sea arrastrado desde el Hall gremial hasta su casa y la falsa tajada cuelgue de su cuello; si una segunda vez, él es

² La Nueva Biblia Latinoamericana, Ediciones Paulinas XXXIX, Edición Madrid – Dt. Cap.25 V 15-16 P. 204.

encontrado cometiendo la misma ofensa, él deberá ser puesto en un cepo y permanecer ahí por lo menos una hora.”

Los colonos en el Nuevo Mundo no escaparon de comercializar artesanías o producirlas igualmente. La primera Ley americana de consumo, ley de alimentos, fue promulgada en Massachusetts en 1784. En 1790, el secretario de Estado Thomas Jefferson trabajó para desarrollar el primer juego de leyes americanas de peso y medida para ayudar a proteger la integridad de las transacciones comerciales americanas.

En 1850, un año después del movimiento del oro, una ley pura de alimentos y bebidas fue aprobada y sancionada en California. Europa, de otro lado, tenía leyes sobre alimentos y medicinas que abarcaban toda la extensión del continente por el año 1870.

La revolución industrial transformó América, como lo hizo en otros países; de una nación de productores a una nación de consumidores. Este fenómeno trajo como consecuencia producción en masa, tecnología compleja y una sociedad impersonal que permitía el incremento de la necesidad de leyes de protección al consumidor.

El pionero americano que abogó por el consumidor fue el Dr. Harvey W. Wiley, quien vino de la India en 1883 para servir como Jefe Químico del Departamento de Agricultura americano. Él probó alimentos y los encontró de baja calidad, la pimienta extendida con polvo, café mezclado con bellota. En 1902, él condujo el primer examen de la nación sobre los efectos de los Aditivos alimenticios. Para llamar la atención sobre el problema, él alimentó a sus ayudantes, doce jóvenes químicos que los bautizaron como el grupo venenoso; les proporcionaba una dieta firme con alimentos adulterados. Durante la publicidad, sus experimentos progresaron, creó una presión pública para la alimentación sana.

Al mismo tiempo, la Asociación Médica Americana (AMA) sacó a la luz medicamentos tras medicamentos que no eran efectivos o que eran peligrosos. La AMA encontró, por ejemplo, que los jarabes para infantes contenían morfina y opio, por lo que unió fuerzas con los abogados de la comida natural, aprendiendo a usar la fuerza del consumidor como una palanca en el mercado. Como un primer paso político, en nombre de la mujer americana, la Federación General de Mujeres (FGM) se pronunció sobre los alimentos adulterados.

Luego, “The Jungle” de Upton Sinclair, en Febrero de 1906. Trajo a la luz detalles de las malas condiciones bajo las cuales se procesaba la carne, las horribles condiciones de trabajo y el uso de animales enfermos para la producción de carne. Junto con la publicidad de este libro popular, el público presionó y el Presidente Theodore Roosevelt brindó su apoyo al paso de ambas cosas, la comida natural y la inspección de la elaboración de la carne, por lo que autorizó el Departamento Americano de Agricultura para inspeccionar las condiciones de la industria del envasado de carne.

“Estas ratas eran nauseabundas, y los envasadores colocaban pan envenenado para ellas luego morían, y luego ratas, pan y carne iban dentro de los cercos... los hombres que trabajaban en el cuarto de cisterna caían dentro del tanque; y cuando eran pescados, no había mucho de ellos para ser exhibidos... algunas veces podían ser revisados por días, hasta eso, sus huesos se habían ido del mundo como “la hoja gorda natural de Durham”.³

Como parte del puente del consumo en esta era, un grupo de ejecutivos informantes se convirtieron en un comité vigilante para ser policías por sí mismos, entre otras prácticas laborales. Este grupo, luego se convirtió en un buen negocio de escritorio. En 1887 se extendió la insatisfacción con la operación ferroviaria, permitiendo la creación de la primera agencia reguladora federal, la Comisión Comercial Interestatal, para regular ferrocarriles.

³ The Jungle; Upton Sinclair; 1906, citado por Rivas Belloti, Rosa, Op.cit.

En los 1800, el negocio en los Estados Unidos empezó a consolidarse en grandes empresas que podían abrumar a sus competidores. El acto Sherman antimonopolio de 1890 fue un intento para controlar a estos gigantes.⁴

Luego en 1914 la Comisión Federal de Comercio (FTC) fue establecida por el Congreso Americano, para proteger el negocio comunitario contra “métodos desleales de competencia”. La necesidad de proteger al consumidor fue reconocida después, en 1938

El año 1930 hay otro surgimiento, el movimiento consumerista. La investigación del consumo fue fundada por I.J. Schink, con controles de laboratorios y publicaciones en el boletín del consumidor (aún se publica). Varios años después se separó y formó la unión consumerista, publicando el Consumer Report que por el año 1970, era una revista con más de dos millones de suscriptores y donde se abordaba desde la perspectiva de la defensa del consumidor una variedad de temas relacionados con el consumo y particularmente con la promoción de los derechos del consumidor.

Entre 1920 y 1930 se produjeron envenenamientos y desfiguraciones ocasionadas por cosméticos, y muertes producidas por medicamentos milagrosos no comprobados, constituyendo verdaderas tragedias. Rexford G. Tugwell, asistente de la Secretaría de Agricultura bajo el Presidente Franklin D. Roosevelt, estuvo haciendo campañas para una comida estricta y leyes de medicamentos y regulación de cosméticos. Como parte de su campaña para la nueva regulación Tugwell autorizó a un ayudante, Ruth De Forreast Lamb, para poner juntos una exposición impresionante de posters, botellas y etiquetas llamada “El cuarto de horror”. Una ilustración especialmente cruda del daño hacia los consumidores fue una serie de fotos de una mujer joven, antes y después de que quedara ciega por la anilina colorante en el rimmel.

⁴ La Sherman Act, es la ley a partir de la cual se ha construido el llamado Derecho Antitrust Americano, que sanciona las prácticas monopólicas. Fue aprobada gracias al encendido discurso del senador Sherman en 1890. Con anterioridad en 1788 Thomas Jefferson propuso que se incluyera en la Bill of Rights una prohibición de los monopolios legales por considerarlos incompatibles con la tradición democrática de los Estados Unidos.

Tugwell fue considerado como un “comunista y antiamericano” por sus esfuerzos para frenar a los productores de cosméticos que ciegan y medicamentos que matan.

En 1938, un nuevo y estricto control de alimentos, medicamentos y cosméticos fue finalmente aprobado, luego que la indignación pública fue despertada a causa de la muerte de más de 100 pacientes que habían ingerido un nuevo medicamento de sulfa producido por letal disuelto.

Durante la Segunda Guerra Mundial, los medicamentos fueron puestos en una amplia esfera de recomendaciones y proyectos. Luego de la guerra, una bomba económica llegó, con la venta y alza de la industrialización.

Durante 1950, los economistas empezaron a estructurar el mercado americano donde los monopolios tuvieron tal dominio que las leyes tradicionales de oferta y demanda difícilmente funcionaban.

En 1950, el gobernador de Nueva York, Averril Harriman, designó al primer consejero gubernamental del consumidor; el Dr. Persia Campbell, un profesor de economía.

El público aprendió otro factor distorsionante del mercado, de Vance Packard's *The Hidden Persuaders* (1957), acerca del uso de la investigación motivacional para manipular a los clientes.

El Presidente John Kennedy aperturó en 1960 el movimiento consumerista con una mayor campaña publicitaria en nueva York en octubre en 1960, y le dio un tremendo impulso con su milenario mensaje al Congreso el 15 de Marzo de 1962, delimitando y subrayando la tabla de derechos del consumidor, creado en la Casa Blanca. Ese fue el año que el revisor técnico de Federal Drugs Administration (FDA), el Dr. Francés Kelsy, enrostró vehementemente la oposición de la industria y rechazó los lineamientos para

las firmas americanas de la producción de Thalidomide. La tragedia salió a relucir a mediados de octubre de 1962, con una estruendosa ley de medicamentos dada por la autoridad del FDA para regular la introducción de nuevos medicamentos.

El Correo de la Casa Blanca para Consejos del Consumidor fue creado por el Presidente Kennedy y ejecutado por el Presidente Lyndon B. Johnson en 1964. Esther Peterson, la presidenta de la Liga Nacional de Consumidores, fue asignada al correo.

Silent Spring de Rachel Carson, publicada en 1962, brindó al público el entendimiento del balance de los perjuicios ocasionados a la naturaleza por el uso de pesticidas. El movimiento ambiental había nacido y con ello el movimiento ecologista.

Ralph Nader hizo estallar la conciencia nacional en 1965 con su libro "Unsafe at any speed". La General Motors intentó espiar y desacreditar su hazaña con publicidad posterior. El acto de seguridad en las carreteras fue aprobado en 1966, como la ley del embalaje, mientras una ola de consumidores boicotearon en protesta, contra los precios altos de los alimentos extendidos a través de todo el país.

Por 1969 Ralph Nader atrajo docenas de abogados jóvenes y otros profesionales a su campaña. Luego estudiosos de la Comisión Federal de Comercio, la administración de alimentos y medicamentos, y otros, en total más de dos docenas, pusieron la primera piedra para el creciente movimiento consumerista en 1970. Nader expuso distintos problemas derivados de las plantas envasadoras de alimentos, promoviendo una cruzada con todas las uniones de consumidores hasta lograr una nueva disposición sobre Inspección de carne en 1967.⁵

⁵ Ralph Nader es un destacado defensor de los derechos de los consumidores, el medio ambiente y la participación de los ciudadanos en las decisiones que los afectan. Nader nació en Winsted, Estado de Connecticut el 27 de Febrero de 1934 y cursó estudios de leyes en Princeton y Harvard. Es ex candidato a la presidencia de Estados Unidos en las pasadas elecciones del año 2000 por el Partido Verde

A partir de 1970, el gobierno estatal y local, empeñados en el éxito mundial de las leyes de peso y medida, crearon agencias de protección al consumidor. En Nueva York, Bess Myerson y Betty Furness permitieron los esfuerzos del gobierno para el consumerismo, y nacionalmente, el Presidente Richard Nixon nombró a Virginia Knauer como su asesora en políticas de consumo.

Hoy en día, los grupos de consumidores están surgiendo en las comunidades a través de toda la nación. Ellos han ganado adeptos en diversos movimientos de Derecho Civil, feminismo, antiguerras, antitabaquistas, naturaleza verde, ecología, entre otros. Incluso se creó la Comisión de Seguridad de Productos para el Consumidor, con una estructura sin precedentes que mantuviera su independencia frente a las industrias que regulaba, fue establecida para eliminar el peligro de los productos caseros.

La creciente dimensión del movimiento consumerista es ilustrada con el paso de mejores legislaciones luego de muchos años de batalla, por ejemplo: veracidad de las ofertas, políticas de precios, publicidad engañosa, inspección de restaurantes, advertencias en productos riesgosos y peligrosos y en especial los dirigidos a los niños, obligación de señalar los componentes, ingredientes y contraindicaciones en alimentos y medicinas, seguridad de las refineras, compraventa y alquiler de inmuebles, reparación de daños y perjuicios, medidas correctivas, rectificaciones públicas, igualdad de trato, derecho de revocación, y fuerte seguridad contra la radiación, entre otras disposiciones de avanzada en materia de protección de los derechos del consumidor.

El consumerismo ha transcurrido un largo camino desde las primeras leyes de alimentación en Egipto, India, Grecia y Roma. Pero aún hay mucho trabajo por hacer, el tema tiene varias aristas tal como veremos en los capítulos posteriores.

La tabla de derechos de los consumidores anunciada por Jhon F. Kennedy en el mensaje al congreso el 15 de Marzo de 1962 ha servido de base para el desarrollo de modernas legislaciones que promueven el respeto de los consumidores a nivel mundial, garantizando así el derecho a la seguridad, a ser informado, a escoger y a ser escuchado.

1.2 Época Actual

Actualmente el perfeccionamiento de los instrumentos jurídicos, la aparición del estado social de derecho y el desarrollo en el campo de la responsabilidad civil donde prima la teoría objetiva y en virtud de la cual se considera el daño en sí mismo independiente de la intencionalidad; hace necesario que ya no se siga considerando al consumidor sólo como un individuo, sino que ahora se piense en él, como parte de un “status”, el de los consumidores.

En este sentido se pronuncia el profesor Rezzonico en su estudio de las Cláusulas Predispuestas⁶ al decir que “hay acontecimientos que han rodeado la libertad del hombre moderno de nuevas circunstancias de posición social: el obrero tiene que aceptar condiciones que han fijado para él grupos de patronos y representantes de trabajadores, mientras que el consumidor tiene que comer, habitar o viajar en condiciones que le prescriben contratos uniformes y hasta existe cierto esfuerzo concentrado dentro de la competencia económica, donde la tentación de decir status en vez de lugar o relación se vuelve más perentoria en caso de los oligopolios”.

De lo expuesto podemos encontrar el porque la defensa del consumidor no puede tener un enfoque individualista sino, por las características anotadas, la defensa recae plenamente sobre todo este grupo humano llamado los consumidores, el cual se comporta como un status o clase determinada.

⁶ Rezzonico, Juan Carlos. Contratos con Cláusulas Predispuestas. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1987. P. 21 - 22

El hecho de que el derecho del consumidor tenga un ámbito de aplicación extremadamente amplio, hace difícil el poder intentar cualquier definición final al respecto, por eso se señala que “La complejidad del conjunto de actividades que comprende no tiene límites; y más aún va ampliando su ámbito de acción día a día”.

Tanta importancia reviste hoy en día el tema de la Defensa del Consumidor que hasta la Santa sede a través del Papa Juan Pablo II en su carta encíclica *Centesimus Annus* que data del 1 de Mayo de 1991, expresa en el punto 36 que: “Esta claro sin embargo que hoy el problema no es solo ofrecer una cantidad de bienes suficientes, sino el de responder a una demanda de calidad; calidad de la mercancía que se produce y se consume; calidad de los servicios que se disfrutan; calidad del ambiente y de la vida en general”.⁷

EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

1. En el Derecho Romano se protegía al comprador a través de la teoría de los vicios ocultos de las cosas.
2. En la Edad Media, las corporaciones imponían reglas éticas a los comerciantes para garantizar la calidad de los productos y servicios, y se construyó un Sistema de Disposiciones que deberían ser respetadas aunque no constituían propiamente un sistema jurídico.
3. Este sistema precario de protección de los consumidores quedó derogado en Francia por la sanción del Código Civil. Con la adopción del principio de la autonomía de la voluntad, predominó el sistema individualista y en nombre de la libertad de comercio se suprimió todo aquello que se creía podría afectarla dejando sin efecto las disposiciones referidas anteriormente.

⁷ Juan Pablo II “*Centesimus Annus*” Cuadernos de Acción N° 18. Mayo 1991. Asunción CEPAG. P. 72

En el Código Civil francés que llegó a tener una gran influencia en su época, los consumidores tenían como único recurso alegar los vicios de consentimiento y reclamar la garantía por vicios ocultos, los cuales además de ser difíciles probar no eran de mucha ayuda para proteger los intereses de los consumidores. En este contexto la doctrina del liberalismo francés originó que el consumidor no cuente con leyes aparentes para defender su derecho. Un ejemplo aparente lo constituye la opinión Turgot que argumentaba “que el comprador se defiende así mismo y nadie debe esperar a cada paso la intervención del Estado”.

Esta exagerada libertad económica que dejó indefensos a los consumidores originó abusos y se hicieron frecuentes los engaños, falsificaciones y adulteraciones de productos. Con lógica consecuencia surgió en Europa una legislación para combatir el engaño y abuso de que eran objeto los consumidores protegiendo a la parte débil constituida por el consumidor desprotegido o poco avisado.

4. En la década del 50 la economía de mercado produjo un desarrollo económico sin precedentes y se multiplicaron las ofertas de bienes y servicios, crecen las empresas comerciales, los créditos, la publicidad y la mercadotecnia, se crea una creciente demanda de calidad y precios justos, y dada la situación de desigualdad en que se encontraban los consumidores frente a los productores y distribuidores hizo que por justicia se creara el movimiento consumerista que propiciaba una protección adecuada de los derechos de los consumidores cuya bandera fue enarbolada por Kennedy en su famoso discurso el 15 de marzo de 1962 y retomada por el abogado Ralph Nader, quien realizó importantes publicaciones vinculadas a la causa del consumidor y creó una corriente de opinión favorable sobre el tema.

5. En 1962 la comisión presidida por el jurista inglés Molony produjo el “Molony Report” en el que sugerían modificaciones importantes a las leyes de

Gran Bretaña, tendientes a una protección más completa de los consumidores y usuarios, en las cuales destacaba la creación de un organismo estatal de protección. Casi todas las propuestas de Molony se convirtieron en leyes.

Esta nueva corriente jurídica pronto se extendió a otros países europeos como Francia, Suecia y Alemania entre otros, que introdujeron en sus legislaciones nuevas formas tendientes a una mayor eficacia en la protección de los consumidores.

6. Posteriormente el tema toma fuerza y van surgiendo las primeras leyes que dan un tratamiento jurídico orgánico al tema: la Directiva de la O.N.U. del 12 de diciembre de 1973 y del 09 de abril de 1985; la Carta de Protección del Consumidor de la Comunidad Económica Europea del 17 de mayo del 1973 y del 14 de abril de 1975; la encíclica "Centesimus Annus" del Papa Juan Pablo II del 1 de mayo de 1991; las leyes británicas sugeridas por el Molony Report.

En el caso peruano en 1991 se sancionó el Decreto Legislativo 716, Ley de Protección del Consumidor, además de promoverse ya un tratamiento jurídico del tema al nivel constitucional en varios países del mundo, como Argentina, o España que tiene un tratamiento del tema a nivel constitucional muy singular.

A nivel de nuestra región, el Parlamento Latinoamericano en su reunión del 6 de Junio de 1997 en Guayaquil Ecuador, a través de la Comisión de Defensa del Consumidor y del Usuario, aprobó un Proyecto de Ley Marco sobre Defensa del Consumidor, que se elaboró con las propuestas de diferentes parlamentarios latinos que coincidieron en señalar que las normas de protección del consumidor son de orden público e interés social y como tal irrenunciables y prevalecerán sobre cualquier otra norma legal, uso, costumbre, práctica o estipulación en contrario, lo cual significa un avance legislativo en la primacía de la legislación pro consumidor respecto del contexto legal en materia contractual.

El influjo del movimiento civil en defensa del consumidor y el fenómeno de la producción en masa que venían ya desde los años 50, trajo también como consecuencia una anonimización y despersonalización del vendedor y la masificación de los consumidores que no tienen mas que aceptar mercadería ofrecida y suscribir contratos de adhesión con cláusulas predispuestas. Esto implica que sistemas jurídicos como el nuestro, inspirados en el clásico Código de Napoleón se consideren en crisis porque el contrato como símbolo y expresión de la autonomía de la voluntad ha perdido vigencia y se atiende hoy al papel que cumple en la sociedad moderna, perdiendo progresivamente el significado de acuerdo de voluntades para asumir el papel de un simple acto de sometimiento a una determinada disciplina predispuesta por fuentes extrañas a la voluntad de las partes, provenientes de los poderes públicos o de entes u organismos privados.

No obstante esta realidad que no puede ser negada ni discutida por el Derecho, particularmente creemos que mientras sea posible aún celebrar un contrato interindividual, como por ejemplo una compra venta de casa habitación, se mantendrán vigentes los principios contractuales clásicos que establece el código civil, puesto que no toda adquisición de bienes es de carácter masivo, por lo tanto será la contratación masificada a la que se aplique las disposiciones pro consumidor por tratarse de una contratación de consumo, mientras que en los demás contratos se aplicará las normas del Código Civil. Obviamente hay posiciones encontradas al respecto, pero creemos que hay que tener en consideración cual es el objeto de la contratación y que tipo de relación esta de por medio, ósea si es contratación de consumo o interindividual.

2. T EORÍAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR

2.1 Derecho del Consumidor como Derecho Constitucional

La Constitución Política del Perú de 1979 en su Art. 110 establecía que el Estado promovía el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción y de la productividad, la racionalización de los recursos, fomentaba a los diversos factores de la producción y defendía el interés de los consumidores. A su turno la Constitución de 1993 en su Art. 65 expresa también que “El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios”, lo cual significa una ratificación de la tendencia moderna que otorgan rango constitucional a los derechos de la persona, alineándose a legislaciones de avanzada sobre este tema como la española, la Argentina, en cuyo texto constitucional existe disposición similar.

En efecto, el tema de los derechos del consumidor tiene un carácter polémico, en tanto que un sector de la doctrina moderna sostiene que la protección de los consumidores es un principio jurídico, para algunos del Derecho Natural y para otros de lege ferenda, que lo eleva a la categoría de un derecho con raíz constitucional, que es la tendencia que ha prosperado a tal punto que en varias legislaciones como la nuestra se ha llevado a la Constitución, los derechos de los consumidores y dentro de este contexto, entendemos que el artículo 51 de la Constitución española del 27 de diciembre de 1978 establece que el Estado garantizará la defensa de los consumidores y usuarios y protegerá la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos y que los poderes públicos deberán promover su formación y educación y fomentarán sus organizaciones, para ser oídas en las cuestiones que pueden afectarles.

Para dar cumplimiento a dicho mandato constitucional y a raíz de una intoxicación masiva de un gran número de consumidores por un producto

defectuoso (aceite del colza)⁸, en España se dictó la Ley N° 26 del 19 de Julio de 1984, en cuya redacción se tuvo en consideración las directivas vigentes en esta materia en la Unión Europea. Según se lee en los fundamentos de dicha ley –una de las más completas sobre el tema- se aspira a dotar a los consumidores y usuarios de un instrumento legal de protección y defensa.

Por otra parte la Constitución de la República Argentina, contiene normas muy singulares en esta materia habiendo desarrollado un texto considerable que abarca varias esferas jurídicas de carácter civil, administrativo, contractual, entre otras. En efecto el artículo 42 dispone:

“Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de la salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad elección y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”

Esta singular disposición de la constitución Argentina es muy profunda, tiene mucho contenido y propiedad por que confirma la importancia del

⁸ El Caso de la Colza, se produjo en Mayo de 1981 en España, cuando fue detectado un brote epidémico que se asoció primero a una modalidad de neumonía, luego se determinó que fue por ingerir aceite de colza , murieron más de 300 personas.

consumidor en la relación de consumo, incluso reconoce el aspecto social moderno del contrato de masa, cuyos destinatarios son los consumidores. Asimismo promueve que la conciliación y armonía de los fines individuales y sociales de las normas pro consumidor se realice sobre la base del reconocimiento, el respeto y el rango preferente que en la jerarquía de valores corresponde a la dignidad de la persona humana. He aquí la filosofía que inspira el Derecho del Consumidor que intensifica la función social del contrato.

Este artículo establece de manera determinante “El Derecho del Consumidor” como tal, no habla tímidamente de “interés del consumidor”, con lo cual otorga raigambre constitucional a este derecho, lo cual facilitará la interpretación en materia de decisiones administrativas y judiciales, en beneficio de su defensa, porque los operadores del derecho contarán con una disposición constitucional objetiva, clara, categórica, que no admite una lectura parcial del tema, y otorga transparencia al desarrollo de las políticas públicas en defensa del consumidor.

Impone también la obligación de dictar leyes necesarias para desarrollar el principio de protección de los consumidores y usuarios, e inclusive dispone que las autoridades promuevan la defensa y la educación del consumidor. Un punto importante que se observa en este artículo es que determina que las normas y políticas de libre competencia tengan como objetivo final la protección del consumidor e inclusive otorga un rol preponderante a las asociaciones de consumidores como un derecho de la comunidad organizada para participar en todas las políticas y demás disposiciones que regulan el consumo.

El tratamiento constitucional del derecho del consumidor implica otorgarle una dimensión que excede el concepto clásico y como expresa el profesor Santos Britz en su obra, *Los Contratos Civiles*⁹, frente al criterio que

⁹ Santos Britz, Jaime. *Los Contratos Civiles, Nuevas Perspectivas*, Granada , Comares 1992

considera los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones dotadas de un exclusivo carácter político tendiente a regular las relaciones entre el Estado y sus ciudadanos, actualmente prevalece en la doctrina privatista la opinión generalizada de que los derechos fundamentales, en su carácter de principios básicos, han adquirido tal relevancia que en una sociedad justa, libre y socialmente ordenada no pueden limitar sus efectos a la relación entre el poder soberano y sus súbditos, sino que también han de regir las relaciones jurídicas de los sujetos de derecho entre sí.

La Constitución Peruana en su artículo 65 tiene una disposición discreta en comparación a las referidas en los párrafos precedentes, En efecto el artículo 65 establece: “El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población”. De igual modo creemos que nuestra carta magna también se enmarca dentro de la tendencia establecida anteriormente.

Parte de la doctrina considera innecesario conceder rango constitucional a los derechos de los consumidores, en razón de que podría convertirse en una simple norma programática. En esta materia se debe contar no sólo con una legislación adecuada sino también con medios eficaces para su observancia, con el fin de que los consumidores y usuarios puedan hacer valer sus derechos.

Además, se requiere la acción del Estado a través de sus órganos administrativos, para fiscalizar la aplicación de las normas de seguridad en la fabricación de los artículos de consumo y como política de carácter preventivo. Sin embargo, al consumidor se le considera como un sujeto pasivo de la protección del Estado. No se menciona para nada su participación activa en la economía. Claro está, que al instituir la Constitución el Sistema de Economía

Social de Mercado, la oferta y la demanda es la encargada de fijar las condiciones del mismo.

A pesar de esto, la declaración constitucional no hace referencia explícita al alcance de esta protección, siendo la ley quien la define. Frente a esta disposición general, la Constitución expresa igualmente que la iniciativa privada es libre y se ejerce en una economía social de mercado y declara igualmente que el estado reconoce la libertad de comercio e industria. No obstante creemos que la constitución pudo ser más explícita al respecto, a través de una declaración más expresa con mayor contenido y propiedad, donde se hable no de interés del consumidor sino de Derecho del Consumidor como persona y como protagonista del mercado cuyo tratamiento es desarrollado luego por una ley especial. Esto es importante porque interés y derecho son dos cosas totalmente distintas y marcan la pauta necesaria para el desarrollo legislativo del tema y obviamente su eficacia normativa para la posterior defensa de los consumidores en la economía de mercado.

Dentro de este contexto de libertad, se forja el concepto de protección al consumidor. Este intervencionismo estatal por vía legislativa en defensa del consumidor no contradice el principio de libre empresa que es la base fundamental de la Economía Social de Mercado que enarbola nuestra constitución y que el Estado trata de promover y preservar, obviamente con la sanción de normas reguladoras.

Es así como el artículo 2 del Decreto Legislativo 716¹⁰ establece con claridad meridiana que “La protección del consumidor se desarrolla en el marco del sistema de economía social de mercado establecido en el Capítulo I, del Régimen Económico de la Constitución Política del Perú, debiendo ser interpretado en el sentido más favorable al consumidor”.

¹⁰ TUO de la Ley de Protección del Consumidor, Decreto Legislativo 716.

Es importante señalar que una gran mayoría de la población se encuentra fuera del mercado formal, tanto en su calidad de sujetos activos de la economía, como en su condición de consumidores. Por ello es un tanto difícil el establecimiento de normas amplias sobre protección al consumidor. Debemos entonces dirigir nuestra mira hacia la protección del consumidor en aquellas situaciones de consumo que tienen carácter social amplio como la educación, la salud, la alimentación, los servicios bancarios, etc.

Creemos que una adecuada protección de los consumidores es a través de políticas públicas dirigidas hacia sectores donde el consumo tiene un carácter masivo donde hay un interés difuso, cuya defensa favorece a todos en general, independientemente de las reclamaciones muy puntuales que puedan existir.

La protección al consumidor constituye un conjunto de medidas legales adoptadas por el Estado para defender la capacidad adquisitiva de su población, proteger su salud y seguridad física, entre otras cosas, frente a la oferta de determinados productos y servicios; y garantizar la utilidad o capacidad de uso de los bienes que adquiera o de los servicios que contrate para la satisfacción de sus necesidades.

2.2 Derecho del Consumidor como Derecho de la Persona

El derecho del consumidor debe ser entendido como un derecho subjetivo y personal, que una vez transgredido debe procederse a su reparación puesto que esa trasgresión equivale a una violación de uno de los derechos de persona y debe tener jurídicamente un tratamiento similar a la violación de la libertad, la intimidad o cualquier otro atributo de la personalidad.

La materialización de la protección a los consumidores es consecuencia del reconocimiento de la existencia de una gran mayoría de personas que al realizar las operaciones normales de la vida diaria, no están en condiciones de

conseguir por sí solas calidades y precios adecuados, se ven imposibilitados de ejercer sus derechos por no contar con los recursos necesarios para enfrentarse a los productores y proveedores.

No debemos limitar la protección a la etapa contractual sino a los momentos anteriores también. En otras palabras se constata que los consumidores tienen muy pocas posibilidades de influir en el mercado, y que se ven sometidos a una extraordinaria presión por medio de la publicidad, que tiende a reducir su capacidad crítica.

Por otra parte creemos que la condición de consumidor es intrínseca a la condición misma de persona humana en toda su esencia y sin condición alguna, por que el hombre ontológicamente hablando es sujeto de necesidades desde su nacimiento, e inclusive desde antes, y como tal tiene el derecho de gozar de todas las prerrogativas y facultades que en materia de consumo el sistema jurídico ha creado para él. En efecto Todos los seres humanos somos consumidores y usuarios de bienes y servicios y todas las actividades económicas que el hombre realiza en una u otra medida están destinadas a la satisfacción de necesidades por ello el comercio está destinado a satisfacer dichas necesidades, así como comodidades, gustos y hasta vanidades humanas.

No puede existir actividad comercial sin consumidores, es por ello que todos los empresarios en calidad de proveedores, financiadores, programadores, etc., todos están identificados en la tarea de producir e intercambiar bienes y servicios con destino a la masa de consumidores y usuarios finales.

El Derecho del Consumidor, expresa Juan M. Farina no es un estatuto, por que no existe una clase, o un gremio, o una profesión de consumidores, dado que todos los seres humanos somos consumidores¹¹ y coincidimos con el

¹¹ Juan M. Farina. Defensa del Consumidor y del Usuario. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1995.

autor en señalar que hace unas décadas se había concebido al Derecho Comercial como Derecho de la Empresa, olvidando que la empresa existe, vive y actúa para llegar, de un modo u otro, hasta el consumidor y usuario final. Por eso algunos autores, guiados por una visión unilateral del Derecho Mercantil, olvidaron o consideraron extraños a él los derechos de quienes necesariamente dan razón de ser a esa actividad y, por lo tanto al Derecho Comercial, no en vano últimamente se le conoce al consumidor como el protagonista del mercado.

Desde este punto de vista el hombre como sujeto de necesidades se constituye en protagonista del mercado precisamente por su condición de consumidor y en tal sentido tiene todo el derecho de exigir información adecuada, seguridad, trato justo, precios competitivos, calidad, garantía etc, es decir una serie de prerrogativas que no deben ser negadas ni discutidas por el sistema jurídico, para permitirle optar por una decisión de compra eficiente en el mercado, libre de influencias negativas que limiten, restrinjan o mediatocen su accionar como agente dinámico del mercado.

El Estado interviene cada vez más con mayor amplitud modificando, regulando normas jurídicas tanto en el campo de la publicidad, de la contratación, etc., toda vez que el interés del consumidor ulteriormente protegido es un interés propio de la persona humana, proteger al consumidor significa en esencia proteger a la persona humana en tanto y en cuanto es sujeto de necesidades y fin supremo de la sociedad y del Estado.

Esta nueva concepción sobre el tema, implica una nueva cosmovisión del sistema jurídico que ponga a la persona humana como lo que es en realidad, el centro de referencia de todas las relaciones jurídicas que los sujetos de derecho establecen entre si y donde se revalúe el rol del consumidor como aquel que le da vida a la economía de mercado.

2.3 Derecho del Consumidor como Derecho Multidisciplinario

Como bien señala Rivas Belloti en su estudio sobre los Derechos del Consumidor¹², se congregan varias disciplinas jurídicas en la protección del consumidor, ésta tiene carácter interdisciplinario; es decir la intervención de distintas áreas del derecho. El hecho de que los intereses de los consumidores ofrezcan una diversa naturaleza en cada uno de los momentos del proceso económico (producción, transporte, comercialización, oferta, venta y post venta y consumición o utilización) explica el carácter pluridisciplinario de la tutela jurídica del consumidor, por cuanto que la naturaleza de las normas jurídicas protectoras de los intereses de los consumidores varía en cada uno de esos momentos del proceso económico (normas civiles, mercantiles, administrativas, económicas, penales, procesales, de policía, de mercado, etc.)

Precisamente el carácter pluridisciplinario de la tutela jurídica del consumidor hace enormemente difícil la delimitación unívoca de la figura del consumidor. Esta es una demostración más de que hoy no puede concebirse disciplinas jurídicas aisladas, sino que todas las áreas de la enciclopedia del Derecho interactúan unas con otras en una relación de complementariedad.

La multidisciplinariedad del Derecho del Consumidor, lo lleva a hacer incursiones en casi todas las ramas del Derecho y de otras ciencias no jurídicas. El Instituto Nacional del Consumo de España expresa que no hay duda de que el Derecho del Consumidor es multidisciplinario y así debe continuar siendo. Esta multidisciplinariedad comporta dos acepciones, una interna y otra externa.

En el orden interno, el Derecho del Consumidor es multidisciplinario porque, aparte de los suyos propios, comparte ciertos principios, conceptos, institutos e instrumentos con otras ramas jurídicas. Durante mucho tiempo la naturaleza de las ramas fue utilizada como el único criterio para la clasificación

¹² Rivas Belloti, Rosa Luz. . Op Cit

de las disciplinas jurídicas y sobre la base de tal criterio tenemos, entre otros, el Derecho Civil, el Derecho Mercantil, el Derecho Penal, el Derecho Procesal Civil, el Derecho Administrativo y Tributario.

Actualmente, al lado del criterio tradicional, los juristas modernos utilizan una clasificación funcional, basada en la función de la regla jurídica. Quedan sometidos a esta regla, el Derecho del Trabajo, el Derecho Ambiental, El Derecho de Menores, el Derecho de la Competencia, el Derecho Sanitario. De cualquier modo ambas clasificaciones se cruzan, toda vez que estas últimas disciplinas toman gran parte de su contenido de las del primer grupo.

En el plano externo, también el Derecho del Consumidor es multidisciplinario por que se aprovecha de los conocimientos de la ciencia económica, de la psicología social, de la sociología del consumo, del marketing, de la metrología, de la medicina, de la ingeniería alimentaria. Ello explica porque algunos conceptos elementales del Derecho del Consumidor, tales como calidad, mercado, publicidad e inclusive el de consumidor mismo, no son oriundos de la ciencia jurídica

Esta multidisciplinariedad no impide hablar de la autonomía del Derecho del Consumidor, sino que por el contrario es una de sus mayores cualidades. En tal sentido debemos entender la multidisciplinariedad como una de las notas características muy particulares del Derecho del Consumidor, que le otorga paradójicamente singularidad.

2.4 Teoría de los Intereses Difusos

Después de haber señalado algunas de las notas características del Derecho del Consumidor, cabe preguntarse si el mismo puede incluirse dentro de la clásica división entre derecho público o privado, o si corresponde a una nueva división en el derecho.

Definitivamente no podemos equiparar los derechos del consumidor con los derechos personales, pues si bien es cierto recae sobre el individuo su efecto no se limita al mismo, sino que dado el interés que tiene para todo el status o consumidores, el efecto recae sobre todo el conjunto.

Tampoco se puede equiparar a una norma general, pues sólo surte efecto sobre todos los que se encuentran ligados al status. Planteado el problema y dado lo poco difundido del tema dentro de la doctrina nacional nos permitiremos reproducir los fundamentos que señalan Rubén y Gabriel Stiglitz en su fundamentación sobre el tema. Señalan los maestros que: ciertamente, el interés del consumidor como tal, no coincide con el interés de la persona.

Los derechos de la persona son sustancialmente concebidos, estructurados y defendidos por el derecho, sobre un plano exclusivamente individual: -interés individual, perjuicio individual, remedio individual-. El interés del consumidor no encaja en el mismo esquema. Y por eso el derecho y la justicia, que no pueden ser imaginados sin sus notas de efectividad, habrán de avanzar hacia una dimensión social en el encuadramiento jurídico de estos derechos, para el fiel cumplimiento de aquel mandato constitucional de tutela. En efecto, las agresiones a los intereses de los consumidores tienen un carácter impersonal, no son aislables, y entonces no ocasionan lesiones individuales en el sentido tradicional (exclusivas o diferenciadas con relación al sujeto) Se despliegan sobre la comunidad, expuesta del mismo modo, coincidente o indiferentemente a ciertos riesgos, sin perjuicio de que un daño efectivo pueda rehacer sobre algunos más que otros.

El interés de todos los consumidores está sujeto a una posibilidad inminente de conflicto social con los intereses globales de los empresarios, tendientes a maximizar los beneficios de su actividad. De allí –en lo que aquí interesa- que si la constante amenaza y la permanente exposición a una serie de peligros son idénticas para todos, y si la eventual reacción de cada uno vale asimismo para los otros, entonces carece de sentido y coherencia la

individualización o especificación del interés a defender. Sería el intento de atomizar una estructura de intereses y conflictos cuyo plano real revela una matriz netamente unitaria y por ende no susceptible de segmentación.


Sentado hasta aquí que el interés del consumidor adquiera una expansión que lo distinga notoriamente de los clásicos derechos de la persona, ahora la cuestión consiste en definirlo y encasillarlo conceptualmente sobre la base de los datos caracterizantes de la dimensión social que venimos reseñando. Una moderna corriente doctrinal bautiza este tipo de prerrogativas grupales como intereses colectivos o difusos. Son aquellos no ya circunscritos a los particulares, sino pertenecientes en común a sectores o categorías de sujetos.

En esta vertiente, serán intereses difusos de los consumidores, los de todos los potenciales o efectivos adherentes a cláusulas uniformes contenidas en contratos estándar, para solicitar su inhibición o nulidad cuando sean lesivas de sus derechos económicos; los de todos los adquirientes de una cadena de productos defectuosos elaborados en serie; los de todos los destinatarios de mensajes publicitarios engañosos, etc.

Hablamos en general de intereses difusos para calificar a los que pertenecen indistintamente a una pluralidad de sujetos, en cuanto integrantes de una comunidad conformada alrededor de una imagen objetivo: la pretensión de goce, por parte de cada uno de ellos, de una misma prerrogativa, en virtud de la indivisibilidad de los bienes perseguidos, por su naturaleza no susceptibles de aprobación exclusiva. Se traducen en intereses colectivos mediante un procedimiento de sectorización y especificación, cuando tienen como punto subjetivo de referencia una estructura organizativa no ocasional, individualizable como componente sociológico concreto (no contingente) dentro de la colectividad general.

Una y otra categoría de intereses supraindividuales reflejan una transformación de las concepciones jurídicas tradicionales (privatistas y publicistas), sobre la dimensión sustancial de las prerrogativas humanas. Y revelan el desacomodamiento de los instrumentos clásicos e individualistas, que estrechan al ámbito de la tutela a los derechos subjetivos e intereses legítimos, para brindar una eficaz y amplia cobertura a nuevas y angustiantes necesidades del hombre, tales como la del amparo a los intereses del consumidor. Así comprobamos el siempre dinámico movimiento del derecho del consumidor, hacia una sistematización mucho más clara.





CAPITULO II

**DETERMINACIÓN DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR
COMO DISCIPLINA JURÍDICA AUTÓNOMA**

CAPITULO II

DETERMINACIÓN DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR COMO DISCIPLINA JURÍDICA AUTÓNOMA

1. CONSTRUCCIÓN DE LA NOCIÓN JURÍDICA DEL CONSUMIDOR AL INTERIOR DE LA DISCIPLINA JURÍDICA

Se define el Derecho del Consumidor como el conjunto de medidas legales adoptadas por un Estado con la finalidad de defender la capacidad adquisitiva de su población, cautelar su salud y seguridad física frente a la administración de determinados productos y servicios, y garantizar la utilidad o capacidad de uso de los bienes que adquiera o de los servicios que contrate para la satisfacción de sus necesidades.

Con el propósito de determinar la identidad del sujeto activo del Derecho del Consumidor, haremos uso de las definiciones de consumidor y consumo:

Consumidores son individuos o grupos de individuos que consumen o utilizan bienes económicos, aprovechando así la utilidad de éstos. Esta definición la podemos complementar con la que se encuentra en el Decreto Supremo 3466 de 1982 de Colombia Art. 10 inciso C; que considera como consumidor a toda persona natural o jurídica que contrate la adquisición, utilización o disfrute de un bien o la prestación de un servicio determinado para la satisfacción de una o más necesidades¹³.

¹³ Ley de Defensa del Consumidor de Colombia. DS 3466 de 1982

De esta forma se limita la protección del consumidor a los casos en que el bien o el servicio haya sido adquirido mediante contrato. Frente a esta definición, consideramos que es más completa aquella que designa como consumidor o usuario a las personas físicas o jurídicas que utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles e inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualesquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes la producen, facilitan, suministran o expidan. Esta definición que nos brinda la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de España,¹⁴ se limita a las personas que adquieren los bienes o servicios de que se trate, como destinatarios finales,

El consumidor es el sujeto activo de los derechos del consumo, el mismo que puede tener diversas características, convirtiéndose así en:

Consumidor individual o final, y
Consumidor colectivo.

En el primer caso, está constituido por personas naturales que adquieren bienes con la finalidad de satisfacer una necesidad individual. Los bienes pueden ser de diversas características de conformidad con la naturaleza de los mismos.

Con relación al segundo caso, podemos establecer que el consumidor colectivo puede ser una persona de derecho público o privado, el mismo que adquiere bienes con el propósito de satisfacer una necesidad individual o colectiva. Finalmente dentro de este rubro puede incluirse a las personas de derecho público, incluyendo al Estado que igualmente vienen a constituirse en consumidores.

Otro punto importante es la determinación de quienes ofertan los bienes o servicios en el mercado y que para la legislación de protección del

¹⁴ Ley General de Consumidores y Usuarios de España. Ley 26/1984 del 19 de Julio de 1984, publicada en el Boletín Oficial el 24 de Julio del mismo año de España

consumidor es cualquier persona natural o jurídica de derecho público o privado.

Por otra parte consideramos que es necesario, ahora estudiar cuales son las posiciones doctrinarias respecto a la determinación conceptual del Derecho del Consumidor en sí, puesto que aún no hay un criterio uniforme al respecto, encontrando dos grandes concepciones.

La primera está referida a la noción doctrinaria sobre qué se debe entender por consumidor, y la segunda, cuál debe ser la noción legal de consumidor. No necesariamente habrán de coincidir, pero habremos de concordar en que la importancia del tema radica en que el ámbito de aplicación, es decir la protección, está referido a la categoría de personas a las cuales haga referencia la ley.

Esto quiere decir que la noción conceptual es muy importante para determinar el alcance jurídico normativo de la noción legal, en el seno del contexto de leyes de promoción, defensa y protección del consumidor.

Doctrinariamente, por ejemplo, no se duda de que el carácter de consumidores, lo portan indistintamente las personas físicas y las personas jurídicas¹⁵.

Por otro lado cabe preguntarse que hay de los consumidores de carácter mixto es decir aquellos que adquieren bienes o servicios para uso personal o familiar y eventualmente también para dedicarse a una actividad económica de carácter empresarial o negocial, como por ejemplo quien adquiere un automóvil para uso personal, pero también hace taxi. Esta es una realidad que el Derecho no puede negar ni discutir, por ello es preciso establecer si este caso está

¹⁵ En tal sentido se expresa que "el consumidor es una persona física o moral que adquiere, posee o utiliza un bien o servicio emplazado en el seno del sistema económico por un profesional, sin proseguir ella misma con la fabricación ", Bourgoignie, Thierry, Eléments pour une théorie du droit de la consommation, en "Droit et Consommation", Bruselas, Story-Scientia, 1988, p. 17

dentro o fuera de los alcances de la ley, si está o no dentro de sus supuestos jurídicos para su protección.

Particularmente creemos que si, no olvidemos el principio del indubio pro consumidor. Además el Derecho del Consumidor, en esencia protege a la persona como protagonista del mercado.

Sin embargo, a pesar de lo expuesto precedentemente, la cuestión es distinta cuando se examina la extensión del amparo que otorga una ley específica sobre defensa del consumidor. En ocasiones las normas legales de protección de los consumidores incluyen dentro de su ámbito de protección solamente a personas físicas, por ejemplo las Directivas de la Comunidad Económica Europea de 1985, sobre responsabilidad del daño causado por productos defectuosos y de 1993 sobre cláusulas abusivas. En el mismo sentido el anteproyecto Alterini-López Cabana-Stiglitz,¹⁶ limitaba la noción legal del consumidor a las personas físicas.

En otros casos si bien es cierto se incluye a las personas jurídicas, determinados regímenes especiales de protección están limitados únicamente para las personas físicas, sobre todo para aquellas carentes de recursos, como por ejemplo la asistencia jurídica gratuita para el consumidor carente de recursos establecida por el Código de Protección y Defensa del Consumidor Brasileiro¹⁷ en su artículo 5to. inc. 1, y la ley española que también establece asistencia especial para el consumidor en situación de inferioridad, subordinación e indefensión.

Pero la circunstancia de que no se incluya expresamente a las personas jurídicas en el ámbito de protección de ciertas leyes de defensa de los consumidores, no significa que se encuentren desprovistas de protección, por que tienen a su disposición para defenderse del abuso contractual todo el

¹⁶ Alterini Atilio Anibal, López Cabana, Roberto y Stiglitz, Gabriel, fueron los promotores de la Ley de Argentina de Defensa del Consumidor, Ley No 24.240 promulgada el 13 de Octubre de 1993, publicada en el Boletín Oficial el 15 de Octubre del mismo año.

¹⁷ Código de Protección y Defensa del Consumidor de Brasil, Ley No 8.078 del 11 de Setiembre de 1990

arsenal normativo, sustancial y adjetivo del Derecho Común, en tal sentido pueden oponer defensas provenientes de los principios básicos de nuestras normas de fondo: las reglas generales de la responsabilidad civil, la buena fe, las buenas costumbres, el orden público, el abuso del derecho, etc.

El problema en este caso es determinar que tipo de personas jurídicas pueden ser consideradas como consumidores para efectos de la definición doctrinaria, es decir aquella que exige consumir los bienes o servicios para sus propios fines.

La legislación peruana, Decreto Legislativo No 716, es muy clara al señalar en su artículo 3 que son consumidores o usuarios, las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinataria finales productos o servicios y será necesario analizar cual es el limite que la ley impone en la determinación conceptual de consumidor.

En principio, la condición es que utilice los bienes o servicios en su propio interés, es decir que no los devuelva la mercado después de haber sido utilizados como insumos o después de haberlos vendido, reingresando al mercado; lo que significa que el acto de consumo no tenga relación con las actividades ordinarias que constituyen el negocio o el objeto social de la persona jurídica.

Es obvio que no todas las personas jurídicas tienen la misma estructura comercial o industrial, por lo que es preciso discriminar en función de su tamaño. En el caso peruano, en tanto la Constitución brinda oportunidades de superación a los sectores que están en desigualdad y promueve las pequeñas empresas, la jurisprudencia administrativa del INDECOPI ha establecido que se consideran dentro del ámbito de protección de la ley a las pequeñas empresas cuando adquieren bienes o servicios por las necesidades de su actividad empresarial, en ciertos casos específicos.¹⁸

¹⁸ Resolución No 422-2003 TDC-INDECOPI incluye como sujetos a la protección de la Ley a los pequeños empresarios, entendiéndose como tal única y exclusivamente a los pequeños comerciantes, industriales, prestadores

El profesor Atilio Aníbal Alterini, en su obra, Los Contratos de Consumo¹⁹, expresa que la caracterización del consumidor es problemática y en términos generales hay concepciones objetivas y concepciones subjetivas.

Concepción Objetiva: a su vez tiene un componente positivo y otro negativo.

-Componente Positivo: que el acto de interrelación sea realizado por un profesional del comercio.

-Componente Negativo: que el sujeto señalado como consumidor no se dedique al comercio.

Concepción Subjetiva: En esta concepción la calidad personal del intermediador no es relevante.

-Componente Positivo: El consumidor debe destinar los bienes a su satisfacción personal o de su familia.

Calais Auloy²⁰ señala en una primera concepción que el Derecho de la Consumición, es el conjunto de las reglas aplicables a los actos de la consumición o lo que resulta lo mismo, a las relaciones entre profesionales y consumidores; en una segunda concepción es el conjunto de reglas que tiene por objeto proteger a los consumidores.

Comentando la definición anterior podemos señalar que se entiende por acto de consumición, el acto jurídico que permite obtener un bien o un servicio con miras a satisfacer una necesidad personal o familiar; y por consumidor, en sentido jurídico, quien realiza dicho acto de consumición.

La referencia a los actos de consumición o consumo llevó a la idea, que dado que estos actos se realizaban mayoritariamente a través del contrato por

de servicios y profesionales, incluidos bajo el mandato de la Ley 28015, Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa.

¹⁹ Alterini, Atilio Anibal. Los Contratos de Consumo, Buenos Aires, La Ley 1993

²⁰ Calais Auloy, Jean Prepositions pour un Code de Comsommation. Paris, Le Documentation Francaise, 1990.

adhesión, el Derecho del Consumo (concepto francés) es el “derecho de los contratos de adhesión suscrito por los consumidores”²¹, visión errada puesto que los contratos de adhesión fueron establecidos para evitar una multiplicidad de acuerdos sobre algo que tiene características comunes para todos.

Es interesante señalar, así mismo, una importante precisión con respecto al acto de consumo y es que, éstos no se limitan a los bienes consumibles en sentido estricto, o sea los que desaparecen con el primer uso (por ejemplo los alimentos), sino que comprenden también los bienes duraderos e inclusive las prestaciones de servicios materiales o intelectuales.

Así, expresa Calais Auloy, comprar el alimento diario, hacerse atender, adquirir un vehículo de turismo, asegurarse, viajar, alquilar un departamento; hacerse construir su casa, tomar prestado el dinero necesario para esos actos, he aquí algunos ejemplos de actos de consumición y se podrían citar otros. Hecha esta precisión no cabe duda que el arrendatario, el comprador de un departamento a plazos, etc., también son consumidores que de verse afectados podrían recurrir a las normas de defensa del consumidor si lo creen conveniente a su derecho.

Se discute mucho si el Derecho del Consumidor puede conocer situaciones que aunque sean complejas o abusivas están contenidas en estipulaciones contractuales aceptadas o en todo caso conocidas por las partes. La duda es si se debe corregir en la vía civil clásica o debe operar en este caso el Derecho del Consumidor.

Particularmente creemos que es factible que se aplique el Derecho del Consumidor en tanto se violen derechos reconocidos por la legislación pro consumidor, porque éstos constituyen ya variables del mercado que no pueden ser desconocidas, ni negadas por los operadores económicos.

²¹ Stiglitz Gabriel. La Protección del Consumidor. Buenos Aires, Depalma, 1990

2. EL DERECHO DEL CONSUMIDOR COMO DISCIPLINA JURÍDICA AUTÓNOMA

El Derecho del Consumidor viene a ser el conjunto de reglas dirigidas a controlar todo lo concerniente a los actos jurídicos que realiza el consumidor para satisfacer sus necesidades. Sobre este punto, cabe hacer una precisión, pues algunos autores expresan que muchas de las necesidades han sido “creadas” por los países industrializados a fin de vender sus productos en aquellas sociedades consumistas, llenas de presiones crecientes y extendidas. Nosotros discrepamos con este planteamiento; consideramos que las necesidades no son creadas, el hombre como tal, desde el punto de vista ontológico ha tenido, tiene y siempre tendrá sensaciones de carencia de algo, es decir necesidades, de todo orden, primarias, secundarias u otras y lo que hacen los productores es captar esas necesidades del hombre y elaborar las más variadas formas de satisfacerlas a través de la producción masiva de bienes y servicios para calmar esas carencias naturales de todo ser humano, haciéndolas ostensibles a través de singulares y subliminales estrategias publicitarias que hacen parecer que las necesidades se crean cuando en realidad no es así.

Pareciera que cada día se crean nuevas necesidades, lo que es a todas luces incierto, lo que se crean son las más originales, novedosas y singulares formas de satisfacer necesidades del hombre a través de bienes muy sofisticados que nos proporcionan confort y esparcimiento, entre otras ventajas del mundo moderno. Un ejemplo de ello son los aparatos electrónicos, a control remoto.

Con relación a los derechos del consumidor, observamos que ha surgido en las últimas décadas un interés por legislar en esta materia y en muchos casos como en España, por ejemplo, esta disciplina tiene todo un tratamiento constitucional y es a nivel del derecho privado donde se encuentra una mayor

aplicación de esta disciplina. Las relaciones entre consumidores por un lado y proveedores por el otro estaban inicialmente sometidas al Derecho Comercial sobre la base de la teoría de los actos comerciales objetivos y los actos unilateralmente mercantiles. Esta sumisión nace como privilegio de los comerciantes, sin embargo el mismo se diluye frente al interés de los consumidores en el nuevo régimen.

Por lo tanto, podemos establecer en esta parte de la investigación que siendo un sistema autónomo el Derecho del Consumidor es una disciplina singular, especializada y con cierta autonomía que no se ubica ni en el Derecho Privado ni en el Derecho Comercial ni el Derecho Civil, sino que constituiría una disciplina de carácter interdisciplinario y que está fortalecida de nuevos conceptos y que tiene además notas características importantes.

El régimen especial del Derecho del Consumidor tiene tres elementos importantes:

- Consideración especial del sujeto consumidor, dentro de un determinado rol.
- Función de tutela.
- Carácter imperativo en materia de orden público.

Cabe preguntarse ¿Si el Derecho del Consumidor es un derecho que pretende ser o se puede hablar ya claramente de una disciplina jurídica?.

Se ha discutido mucho sobre la autonomía del Derecho del Consumidor. En términos ideales no hay duda que existe una necesidad de que el consumidor gane autonomía, aunque obviamente no se pueden cuestionar sus conexiones con otros campos del Derecho. Particularmente consideramos que el Derecho del Consumidor no es un simple reestudio o relectura de normas pertenecientes a otra rama del Derecho y de sus respectivos instrumentos. Hay sí, en cambio, una relectura pero de los problemas de consumo que ahora se han masificado y que exigen soluciones muchas veces incompatibles con el

Derecho tradicional estructurado fundamentalmente sobre normas clásicas de Derecho Civil, en particular de contratación y de carácter procesal ya rezagado

Al defender la autonomía del Derecho del Consumidor no pretendemos aislarlo de otras ramas jurídicas, sino por el contrario, queremos resaltar que su estructura gira en torno a un núcleo particular, uniforme y coherente que le da un régimen especial, con principios, conceptos, institutos, instrumentos y métodos de interpretación propios. Aleomar Balerio, establece que la autonomía no es un concepto hostil, envidioso y exclusivista y que de la propia unidad fundamental del Derecho resultan vínculos entre sus campos más distanciados. Con mayor razón existe una interdependencia sensible en aquellas ramas más convecinas.²²

La autonomía del Derecho del Consumidor no es por tanto absoluta y está enmarcada por la multidisciplinaridad que informa todo el nuevo sistema. Es importante destacar que el concepto de autonomía de una rama jurídica es siempre relativo, no pudiendo admitir una separación absoluta y estándar. Es por ello que encontramos una particular relación entre las normas del Derecho del Consumidor y las normas del Derecho Civil y Mercantil referidas a la contratación.

Evaristo de Moraes Filho, tratadista brasileiro²³ expresa al respecto que lo que se quiere significar en Derecho del Consumidor es que estamos ante la presencia de un Derecho especial, que regula relaciones concretas y también especiales que mantienen entre sí una particular homogeneidad sustancial y que por eso mismo también merece un tratamiento unitario especial, nada más que eso.

Particularmente consideramos que la autonomía de las diversas ramas jurídicas se desarrolla en consonancia por el principio de la especialización que

²² Balerio, Aliomar - Rubens Gomez de Souza-Oswaldo Aranha, Sobre Proyecto aprobado por la Comisión de Constitución y Justicia de la Cámara de Diputados, de la República Federativa del Brasil, proyecto 843-54, en *Dereito Tributario Brasileiro*, Río de Janeiro, Forense, p. 25.

²³ De Moraes Filho, Evaristo. *Introducao au Dereito du Trábalu*, Vol 1 Río de Janeiro, Forense1956.

rige toda actividad humana y que en este caso produce como resultado principal eficiencia y seguridad jurídica. Separar el Derecho en ramas no significa fragmentarlo en diferentes ciencias sino tan sólo dividirlo en partes de una misma ciencia. Y en el caso del Derecho del Consumidor estamos frente a una mejor elaboración y comprensión de normas especiales que deben regular relaciones fácticas especiales por formas jurídicas también especiales.

De la revisión de la doctrina podemos establecer que Brasil es uno de los pocos países del mundo que ha conseguido estructurar un cuerpo realmente homogéneo y cristalino de reglas suficientemente amplio y coherente que se puede denominar con precisión Derecho del Consumidor. Gabriel Stiglitz, en su obra *Defensa de los Consumidores de Productos y Servicios*²⁴, expresa que en efecto, el Derecho Brasileiro presenta todos los presupuestos de autonomía: la amplitud de la materia, a punto de merecer un estudio particularizado; la especialidad de principios, conceptos, teorías e instrumentos (el concepto de consumidor y proveedor, la convención colectiva de consumo, la contra propaganda, los crímenes de consumo, la irrenunciabilidad de beneficios, la interpretación *in dubio pro consumidor*, la creación de juzgados, tribunales de justicia y delegaciones especializadas), un método propio, esto es, el empleo de procesos especiales de interpretación, de su formulación y problemática.

En Brasil, la codificación ha dado un contorno más nítido al Derecho del Consumidor, fortaleciendo su autonomía. Señala Stiglitz que “si en otros países el Derecho del Consumidor es considerado un espíritu a la búsqueda de una casa, en el caso brasileiro éste tiene morada principal establecida en el Código Protección y Defensa del Consumidor.”

El Derecho del Consumidor visto desde la perspectiva de su autonomía es un sistema global de normas, principios y medios instrumentales consagrados por el ordenamiento jurídico, para procurar al consumidor una

²⁴ Stiglitz, Gabriel, y otros. *Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1994

posición de equilibrio dentro del mercado en sus relaciones con los proveedores de bienes y servicios en forma masiva.

Finalmente podemos señalar que la autonomía del Derecho del Consumidor emana mucho más de su contenido que de su propia manifestación. La naturaleza específica de la relación jurídica de consumo, la peculiaridad de sus sujetos y un método propio, esto es, el empleo de procesos especiales de interpretación, de su formulación y problemática y en general la originalidad de sus instrumentos creemos que son factores importantes que van definiendo su autonomía.

Creemos que en el Perú, el Derecho del Consumidor tiene hoy un estatuto jurídico nuevo con sus propias características y debe desarrollarse como tal, aunque es obvio que al igual que las demás disciplinas jurídicas participa del apoyo de varias disciplinas del Derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento positivo existen múltiples normas destinadas a tutelar el interés de los consumidores y usuarios en general, aunque algunas de ellas no tienen como destinatarios exclusivos a los consumidores y usuarios en el sentido específico que les atribuye el Decreto Legislativo 716.

Podemos establecer que toda la legislación relacionada con la Libre Competencia, la Competencia Desleal e inclusive la Propiedad Intelectual, si bien es cierto regulan temas específicos del mercado, como el abuso de posición de dominio y las prácticas restrictivas de la competencia; la buena fe mercantil y la publicidad engañosa en las transacciones comerciales; y la distintividad en las marcas de bienes y servicios, respectivamente; siempre de una u otra manera tienen como un destinatario ulterior al consumidor porque es éste el protagonista del mercado, dado que, con sus actos de consumo es quien determina finalmente la dinámica de las relaciones comerciales. Por lo tanto, podemos establecer que es el consumidor a quien indirectamente tienden a proteger las normas del llamado Derecho del Mercado.

Al respecto, nos permitimos citar una frase muy singular que expresara el Dr. Marcial Rubio Correa, al interior de uno de los tantos debates y conversaciones, que tuvimos a lo largo del Doctorado, expresó el Dr. Rubio que el Derecho de Competencia, el Derecho de la Competencia Desleal, el Derecho Publicitario, el Derecho del Consumidor y la Propiedad Industrial, estaban en el mismo parque, pero en distintas esquinas, mirando al centro, donde se encontraba el consumidor”, sin duda esta expresión del Dr, Rubio, grafica con precisión lo que queremos dar a conocer en este punto de la investigación.

Además, debemos señalar que en virtud del poder de policía que compete al Estado y en particular a los gobiernos locales representados por los concejos municipales, éstos en virtud de las facultades que les concede la ley de municipalidades pueden dictar normas complementarias en defensa de los consumidores, y en efecto, lo han hecho en algunas oportunidades a través de la sanción de ordenanzas²⁶.

Por todo ello, creemos que se abre un abanico de normas tutelares que vienen a integrar el “Derecho del Consumidor”, como una rama autónoma, es decir, con autonomía jurídica, con una particular autonomía científica y con objetivos claramente identificables. Esto en el futuro dará mayor contenido y propiedad a las normas de protección del consumidor.

Al respecto, Kremelmajer de Carlucci y Tavano de Aredes expresan: “reconocemos carácter interdisciplinario al llamado Derecho de los Consumidores, la problemática, en consecuencia, supera las normas del Derecho civil, Derecho Comercial, Derecho Procesal, Derecho Penal, Derecho Administrativo, etc., para comprenderlas e integrarlas sistemáticamente”.²⁷

Son varias las razones que se esgrimen para considerar al Derecho del Consumidor como una disciplina con autonomía. Para efectos de este estudio

²⁶ La Legislación de los actuales gobiernos regionales les permite también la sanción de determinadas normas en distintos temas como los regulados hoy por las Municipalidades.

²⁷ Kremelmajer de Carlucci – Tavano de Aretes, La Protección al Consumidor en el Derecho Privado, en “Derecho del Consumidor”, 1991, No 1 p. 11

tomaremos como base los argumentos expuestos por el Doctor Antonio H.V Benjamín (Brasil), en una traducción del Instituto Nacional del Consumo de España, presentada durante IV Congreso Internacional de Derecho del Consumidor, realizado en Buenos Aires, Argentina del 26 al 29 de Mayo de 1993. Estos argumentos nos parece los que tienen mayor contenido, consistencia jurídica y propiedad.

2.1 Actualidad del Tema

La actualidad de un tema está directamente relacionada con el lugar que la colectividad le reserva en sus relaciones sociales. En efecto, el Derecho del Consumidor nace, se desarrolla y se justifica en la sociedad de consumo y regula la producción y la comercialización de productos y servicios a través del prisma del consumo, y éste, tiene un lugar cierto: la vida cotidiana. Nada puede ser más actual que algo que se propone proteger la vida cotidiana de los individuos ²⁸

El Derecho del Consumidor es por lo tanto, la disciplina jurídica de la vida cotidiana del habitante de la sociedad de consumo. La actualidad del tema no quiere decir que antes no existieran consumidores; por el contrario, éstos han existido siempre, solo que el Derecho, o mejor dicho, el legislador, no tenía una percepción clara de su marco, como sujeto diferenciado de categorías tradicionales (como el comprador y el arrendatario por ejemplo) y es que las soluciones del liberalismo clásico producidas bajo una realidad económica diferente de la actual no tuvo en cuenta que los fenómenos de masa no permiten remedios individualistas, basadas en ideas sin ninguna conexión con la realidad, sino que necesitan respuestas efectivas que solucionen problemas de carácter colectivo, porque en materia de consumo el interés es generalizado para toda la masa de consumidores. Por ello el surgimiento de la sociedad de consumo propició la aparición de relaciones jurídicas antes desconocidas.

²⁸ Baudrillar, Jean. Sociedad de Consumo. Lisboa Ed. 70, 1981.

Principios como la libertad contractual, libertad de comercio, no intervención del Estado en la gestión del mercado, responsabilidad del proveedor en caso de culpa, pacta sun servanda, así como las rígidas normas de legitimidad para obrar, de pruebas, entre otras, fueron formulados para regular relaciones sociales distintas de la relación de consumo, por lo que necesitan hoy ser revisadas, estudiadas, analizadas y actualizadas para adecuarlas a la nueva realidad que le toca afrontar hoy al Derecho del Consumidor como disciplina autónoma y relativamente nueva.

Hoy el Derecho del Consumidor presiona una serie de disciplinas clásicas estructuradas sobre principios que hoy resultan caducos, como la autonomía de la voluntad o el pacta sun servanda, de manera que esta disciplina rompe los esquemas para avanzar hacia una dimensión que al igual que toda Ciencia del Derecho tienen a evitar los conflictos, en este caso los derivados de los actos de consumo en los cuales participa el consumidor, que es en esencia una persona humana.

2.2 Determinación del carácter autónomo del Derecho del Consumidor como Disciplina Jurídica

Se ha discutido mucho sobre la autonomía del Derecho del Consumidor. En términos ideales, no hay que dudar de la necesidad de que el Derecho del Consumidor gane autonomía, aunque no se cuestionen sus conexiones con otros campos del derecho.

Obviamente cuando se plantea la defensa de la autonomía del Derecho del Consumidor no pretendemos separarlo ni mucho menos aislarlo de otras disciplinas de la Ciencias Jurídicas; sino por el contrario determinar que la estructura normativa sobre la cual gira dicha disciplina es un núcleo individual, especializado y coherente que le da un régimen exclusivo con instituciones, categorías conceptuales y hermenéutica determinada y propia.

La autonomía propuesta no es incompatible o de carácter separatista en materia de Derecho, porque de la propia organicidad y unidad del Derecho como Ciencia Social, resulta una serie de interrelaciones entre sus áreas más distanciadas de manera que con mucha mayor razón podemos afirmar que existe una interdependencia o una interactuación entre aquellas ramas que son más cercanas.

No se diga que el tema es bizantino²⁹, puesto que, una vez reconocida la autonomía de una determinada disciplina jurídica, se afirma su carácter especial y sólo a ella “pueden ser aplicados, por simple raciocinio analógico, los principios generales de otra rama e incluso del derecho común, ya que se rigen por principios propios e inconfundibles”.

Es preciso señalar que, en Europa, países de la categoría de Alemania, Inglaterra, Francia e Italia todavía no cuentan con una legislación general de protección al consumidor, a excepción de España que si cuenta con una legislación especializada y con mayor desarrollo en esta materia.³⁰ Esto tal vez, como consecuencia del carácter embrionario de la materia. En Latinoamérica en cambio, Brasil, Argentina y México en ese orden, son de los pocos países que han conseguido estructurar un cuerpo realmente homogéneo y cristalino de reglas, suficientemente amplio y coherente, al que se pueda denominar –con precisión absoluta- Derecho del Consumidor. Por eso, se puede decir que en los países europeos sobra doctrina y falta legislación, mientras que en Latinoamérica, por el contrario, existe la ley pero todavía falta doctrina.

Si en otros países el Derecho del Consumidor es considerado un espíritu a la búsqueda de una casa, en el caso brasileño éste tiene morada principal establecida: el Código de Defensa del Consumidor. En efecto, la amplitud de la materia, el estudio particularizado; la especialidad de principios, categorías

²⁹ Según Alfredo Augusto Becker, “es falsa la autonomía de cualquier otra rama del derecho positivo. El vocablo “autonomía” no es propio del mundo jurídico (Teoría Geral do Direito Tributário, Saraiva, Sao Paulo, 1972, p. 27).

³⁰ España cuenta con una Ley Especializada de Consumidores y Usuarios de 1984, así como, arbitraje de consumo, el Instituto Nacional del Consumidor y una desarrollo constitucional de la materia.

conceptuales, teorías, instrumentos e instituciones como la convención colectiva de consumo, la contra propaganda, los crímenes de consumo, la irrenunciabilidad de beneficios, la interpretación *in dubio pro consumidor*, los juzgados de pequeñas causas, tribunales de justicia y delegaciones especializadas y el empleo de procesos especiales de interpretación han determinado la autonomía del Derecho del Consumidor como disciplina jurídica autónoma en el contexto normativo brasilero.

La autonomía del Derecho del Consumidor dimana mucho más de su contenido que de su propia forma de manifestación. La naturaleza específica de la relación jurídica de consumo, la peculiaridad de sus sujetos y la originalidad de sus instrumentos que permiten formular una interpretación acorde a la problemática del consumo, definen claramente su autonomía.

2.3 Derecho del Consumidor, un Derecho Autónomo Especializado o un Estatuto para consumidores?

El Derecho del Consumidor no es un Derecho Estatutario, especial para una clase, porque no existe una clase, un gremio o una profesión de consumidores, dado que todos los seres humanos somos consumidores e incluso las personas jurídicas pueden ser consideradas como consumidores dentro del marco conceptual de las previsiones de las leyes de protección de los consumidores; sin distinciones sociales, económicas, ni profesionales. No se podría decir por ejemplo, que las normas sobre purificación y en contra de la contaminación del aire constituyen el estatuto de los respirantes³¹

El Derecho del Consumidor es para todos. Solo cuando se comprenda que lo que está en juego en este Derecho no es una categoría, sino la centralidad de la persona en el ordenamiento jurídico, su prioridad sobre cualquier otro tipo de interés; cuando se comprenda que ella prevalece sobre el mercado y que la producción de bienes tiene por fin su realización, se

³¹ Farina, Juan. Defensa del Consumidor y del Usuario. Buenos Aires, Astrea. 1995

entenderá que el Derecho del Consumidor no es un Derecho Estatutario, especial para una clase.³²

La tutela del Derecho del Consumidor no va dirigida a cierta clase de personas, o a determinado sector social; no existe el grupo o la clase de los consumidores porque todos los seres humanos, sin excepción somos consumidores que de un modo u otro debemos adquirir bienes en el mercado en las condiciones que se ofrecen, sea el adquiriente un obrero, un empleado, un profesional, un directivo de una empresa, o un dueño de empresa.

Aunque la noción de consumidor constituye una categoría de la que se sirven economistas y juristas, tiene una traducción directa y un significado propio en la realidad sociológico-existencial, pues todos somos consumidores, pero ante todo personas. Por ende el consumidor es una persona con necesidades, gustos, preferencias, sentimientos, vanidades, etc. en el mercado los consumidores somos protagonistas principales.

A partir de la década del sesenta se va abriendo paso la mayor presencia del consumidor, sin embargo es en los años setenta, luego en los ochenta y en algunos casos los noventa, que se ve reflejada en leyes especiales el nacimiento de un derecho que se va distanciando, en gran parte del derecho común.

Expresa Yuri Vega Mere que tal como ha ocurrido en otras experiencias, también en nuestro medio se pensó que con las normas relativas al contrato por adhesión y las cláusulas generales de contratación, se había creado un Derecho Estatutario para los consumidores, un Derecho especial y distinto. Coincidimos con quienes piensan que es un derecho con autonomía, diverso; pero discrepamos con quienes consideran que se trata de un estatuto³³

³² Stanzione, Pasquale. "Per una sintesi unitaria nella difesa del consumatore". Revista di Diritto Civile Parte II .Nov-Dic. Milano, Cedam. 1994 Pag. 888 889; citado por Yuri Vega Mere. Consumidor, Contrato y Sociedad Post industrial. Lima, Univ. de Lima. 1998

³³ Vega Mere, Yuri. Consumidor, Contrato y Sociedad postindustrial. Universidad de Lima, 1998

Estamos de acuerdo con Yuri Vega Mere y creemos también en que el motivo de esta discrepancia se basa en el simple hecho que el consumidor es una categoría jurídica (también económica) que carece de valor si se pierde de vista que cuando nos referimos a ella nos estamos refiriendo, en rigor de verdad, a la persona concreta, de carne y hueso, con necesidades y sentimientos.

Por otro lado, es preciso destacar que Consumidor somos todos, incluso los proveedores o quienes actúan en nombre y representación de ellos, porque la condición de consumidor es intrínseca a la persona misma en tanto que ésta es desde el punto de vista ontológico un sujeto de necesidades y como tal tiene derechos estructurados a su favor precisamente por el Derecho para equilibrar las relaciones de desigualdad producidas por la llamada asimetría de la información existente en el mercado.

2.4 C uestión Terminológica, Derecho del Consumo o Derecho del Consumidor?

Particularmente consideramos que la disciplina jurídica destinada a tutelar al consumidor en sus múltiples relaciones con los proveedores se denomina “Derecho del Consumidor”, no obstante en esta materia hay un debate.

A nivel del Derecho Comparado no hay un acuerdo en cuanto a la designación, por ejemplo Bélgica, Portugal, Francia lo llaman Derecho del Consumo (Droit de la Consommation), por el contrario USA, Inglaterra, Alemania, Australia, prefieren la expresión Derecho del Consumidor.

Este tema no se trata de una simple disputa terminológica. Cada una de las denominaciones resalta un aspecto de la disciplina jurídica. Derecho del Consumo pone en primer plano la tutela del mercado de consumo mientras que

el Derecho del Consumidor pone en relieve la protección de la persona del consumidor. Una es objetiva y la otra subjetiva.

Preferimos la expresión Derecho del Consumidor porque ella nos da la exacta perspectiva funcional de las normas que integran esta disciplina jurídica: todas tienden a defender no sólo los intereses, sino fundamentalmente los derechos de los consumidores, además en nuestro caso no olvidemos que es una máxima constitucional que el fin supremo de la sociedad y del Estado es la persona humana y que además nuestra constitución en su artículo 65 establece que el Estado defiende el interés del consumidor, de manera que hablar de Derecho del Consumidor es hacer un razonamiento lógico y consistente con nuestro sistema jurídico.

Cuando se utiliza la expresión Derecho del Consumo se corre el riesgo de una ampliación excesiva del campo de actuación de las normas especiales en perjuicio del consumidor para incluir entre sus objetivos, la tutela del mercado como un todo, lo que es muy difuso y amplio y además pertenece a otra disciplina. De hecho, hay muchas materias que tienen que ver con el bienestar del consumidor, pero no son objeto del Derecho del Consumidor.

Así por ejemplo el Derecho de la Competencia, el Derecho de la Publicidad y la Competencia Desleal son disciplinas del Derecho Económico que de una u otra manera tocan el tema del consumidor en tanto que toda norma que protege y promueve la sana competencia en el fondo protege los derechos del cliente para que no se vea afectado y sometido a presiones en el mercado, y cuando se habla de cliente es obvio que se alude al consumidor.

Hay también otras normas de carácter administrativo contenidas en distintos instrumentos legislativos, como por ejemplo ordenanzas municipales o decretos supremos o resoluciones que regulan la operación de determinadas industrias, etc., sin embargo a pesar de que en el fondo tienden a defender eventualmente intereses y derechos del consumidor, tienen jurídicamente otra

perspectiva y no están estrictamente dentro del Derecho del Consumidor (por ejemplo, Derecho Ambiental)

Nuestra propuesta es que la denominación más adecuada es la de Derecho del Consumidor porque ella nos da una perspectiva no solo real, sino también funcional y exacta de las normas que constituyen la materia de esta disciplina jurídica y que determinan precisamente su carácter autónomo. . Además no olvidemos que el centro de referencia de todo sistema jurídico y en especial del sistema de protección del consumidor es la persona en su dimensión jurídica, económica y social

3. CONTENIDO DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR

La delimitación del contenido del Derecho del consumidor como disciplina jurídica esta íntimamente relacionada con la definición que se pretende dar a la misma. Determinar el contenido del Derecho del Consumidor es obra de una síntesis sistemática que implica una coordinación lógica de los institutos jurídicos que circundan la noción fundamental de relación de consumo . En efecto, es este fenómeno el que fundamentalmente orienta al contenido de la nueva disciplina del Derecho del Consumidor.

El Derecho del Consumidor engloba en primer lugar las normas (leyes y reglamentos) que al crear derechos específicos, protegen directamente al consumidor. Asimismo abarca normas que tratan de asegurar la aplicación eficiente de estos mismos derechos, así como aquellos que aseguran su representación y ante los órganos estatales con poder de decisión sobre el mercado. También son parte de este Derecho los mecanismos jurídicos que tratan de racionalizar y dirigir el comportamiento de los consumidores, el Derecho del Consumidor no es en esencia solamente un cuerpo normativo de protección directa al consumidor, sino también aquellas reglas de

racionalización del consumo como por ejemplo las normas de control de la producción y comercialización del alcohol y del tabaco, uso de cinturones de seguridad, seguridad eléctrica, etc., porque en ellas el Estado interviene para beneficio e interés de la comunidad, aunque para algunos consumidores individuales estas normas les quiten soberanía en sus decisiones de consumo.

No existe una categoría homogénea, particular, universal y bien individualizada de consumidores, sino más bien relaciones jurídicas (hecho o acto jurídico) derivados de actos de consumo practicada por un profesional y un no profesional o consumidor, y es en este contexto que podemos establecer que el Derecho del Consumidor se aplica propiamente a las relaciones jurídicas de consumo.

Un enfoque meramente racional del Derecho del Consumidor no puede dejar de lado su función existencial que es exactamente la de proteger al consumidor, y en una perspectiva moderna creemos que esta disciplina puede ser visualizada como un derecho de tráfico en masa, donde la protección se da más en el plano colectivo.

Existen muchas preocupaciones en el Derecho del Consumidor cuyo tratamiento y regulación constituyen ya su contenido como por ejemplo la masificación de las relaciones de consumo, la información del consumidor, los precios y la composición de los productos y servicios, la utilización de métodos comerciales abusivos, los bancos de datos, los procedimientos de cobro de deudas de consumo, la publicidad engañosa y abusiva, el control de precios y tarifas, el control de calidad y seguridad de bienes y servicios, la reparación y represión de los accidentes de consumo, las cláusulas contractuales abusivas, el crédito al consumidor, la problemática del acceso a la justicia y de la representación de los consumidores, la criminalidad de consumo, entre otras muchas situaciones propias de un mercado lleno de presiones crecientes y extendidas como el actual.

Por lo expuesto en este tema lo ideal es estructurar un cuerpo realmente homogéneo y cristalino de reglas suficientemente amplio y coherente que se pueda denominar con precisión Derecho del Consumidor, no olvidemos que presenta los presupuestos de autonomía: la amplitud de la materia, a punto de merecer un estudio particularizado; La especialidad de principios, conceptos, teorías e instrumentos (el concepto de consumidor y proveedor, los intereses difusos, las asociaciones de consumidores, los crímenes de consumo, la interpretación *in dubio pro consumidor*, la creación de procedimientos administrativos especiales, entre otras), un método propio, esto es, el empleo de procesos especiales de interpretación, de su formulación y problemática. Obviamente el Derecho del Consumidor como toda disciplina irá evolucionando para repensar los conceptos y categorías inmersos en su legislación

4. EL DERECHO DEL CONSUMIDOR COMO SISTEMA FLEXIBLE

El Derecho del Consumidor comparte dos visiones distintas: una estática y rígida y la otra dinámica y flexible, que se adaptan a las mutaciones metodológicas.

- La primera puede llamarse clásica o conservadora, que entiende que para el perfeccionamiento del mercado basta con que el Estado intervenga con normas estáticas y rígidas sancionatorias que digan todo y por eso mismo hablen por sí solas.
- Por otra parte, la visión moderna rechaza el modelo estático y rígidamente tipificado, exigiendo una intervención del Estado de manera activa, continuada, global y flexible. Desde esta óptica, el Derecho del Consumidor asume características de verdadero marco maleable en vez de pura regulación del mercado, cuyas normas son capaces de acompañar la velocidad de las mutaciones de las prácticas industriales y comerciales.

En esta perspectiva por ejemplo el Derecho del Consumidor engloba a su vez normas rígidas como son las cláusulas generales, como también normas de promoción y educación del consumidor, normas de prevención de las desviaciones del mercado para evitar abusos, normas promotoras de la conciliación, normas de seguridad, normas de publicidad, normas de sanción y de medidas correctivas, etc.

En esta investigación podemos afirmar que en el caso del Perú efectivamente nuestra normatividad sobre Derecho del Consumidor comparte esta nota característica de un sistema flexible, puesto que las normas se han ido modificando y mejorando conforme a las exigencias del consumidor en un mercado lleno de presiones crecientes y extendidas como el de hoy. Los cambios que se han producido no son solamente en el campo normativo, sino también institucional, es decir a nivel administrativo donde el INDECOPI ha innovado y reestructurado el sistema de protección al consumidor.

La realidad social es cambiante y como tal tiene un dinamismo que supera el Derecho, cuyas estructuras legales algunas veces no alcanzan a regular los fenómenos que las relaciones sociales y económicas de los hombres crean cada día.

En el caso de nuestra investigación, la realidad tiene gran influencia en el diseño de las normas y políticas de defensa del consumidor, tanto es así que INDECOPI como institución rectora del mercado ha sabido leer la realidad y ha ido recogiendo los fenómenos del consumo peruano, observando con atención la controvertida realidad. Pero lo más importante es que INDECOPI ha sido capaz de ir procesando sus observaciones para luego analizarlas, compararlas, estudiarlas y devolverlas a la realidad jurídica al mundo del Derecho; de esta forma va incorporando y creando Derecho y Jurisprudencia.

Los diferentes temas que INDECOPI ha puesto en discusión en la comunidad jurídica como consumidor razonable, consumidor final, uso mixto,

asimetría informativa, mercado relevante, publicidad ilícita, cultura de consumo, autorregulación, contratación estandarizada, etc. no son sino un árbol de conceptos que INDECOPI ha observado en la realidad socioeconómica, los cuales han sido procesados jurídicamente y devueltos a la realidad a través de lineamientos o reglas llamadas Precedentes de Observancia Obligatoria cuya interpretación ayuda a crear tendencias uniformes en el tratamiento jurídico de la problemática del consumidor.

Por ejemplo durante la segunda semana del mes de Setiembre de 2002 ante la subida de precio del pan se descubrió el uso de bromato de potasio en la industria de la panificación, insumo que según los especialistas es nocivo para la salud; e inmediatamente las asociaciones de consumidores reclamaron y se ha presentado un Proyecto de Ley sobre el tema a través de la Comisión de Protección del Consumidor del INDECOPI. En 1998, cuando se negó el acceso a determinadas personas a conocidas discotecas de Lima³⁵, inmediatamente se promovieron normas para evitar que se atente contra el derecho a la igualdad de trato que le compete a toda persona como consumidor y se generó todo un movimiento civil en defensa de los consumidores, el cual fue liderado por asociaciones de consumidores y respaldado por el INDECOPI como institución tutelar del mercado.

Igualmente en el 1999 y 2000 cuando muchas personas eran vejadas en su dignidad y se les sometía a la vergüenza o al ridículo con vedados métodos de cobranza por los llamados hombrecitos amarillos³⁶, también fue promovida una norma que prohíbe estos métodos de cobranza por atentar contra la dignidad de las personas, y finalmente cuando el INDECOPI consideró que la noción de consumidor era restringida solo a personas naturales, logró cambiar esta concepción a través de una comentada resolución que incluyó a las pequeñas empresas dentro del marco de la ley, constituyendo un precedente de observancia obligatoria. Eso es actuar

³⁵ Discotecas The Edge y The Piano en el distrito de Miraflores fueron multadas por el INDECOPI y luego disueltas judicialmente por violar el derecho a la igualdad de trato y No discriminación al consumidor.

³⁶ Hombrecitos Amarillos, era un singular sistema de cobranza de deudas consistente en rodear con carteles y cedulones a la persona deudora en cualquier lugar de la calle para exponerla a la vergüenza ante el público

oportunamente e ir adaptando las leyes y las decisiones administrativas a las necesidades y a la problemática social en materia de Derecho del Consumidor.

Otro ejemplo que podemos dar en este sentido es la promulgación de la norma que permite al INDECOPI aplicar medidas correctivas (ratificadas por Ley 27917 del 10 de Enero de 2003) a quienes violen los derechos del consumidor y en tal sentido dictar medidas que impliquen la restitución de lo pagado, dejar sin efecto determinadas prestaciones, etc.

Es decir que el consumidor además de obtener una sanción administrativa para el proveedor que ha violentado sus derechos, obtendría eventualmente la restitución de lo pagado, lo cual antes era solo se obtenía por la vía judicial. Este cambio en la ley (artículo 42) es importantísimo para el consumidor que hoy tiene un herramienta eficaz para la defensa de sus derechos.

Asimismo el INDECOPI también está facultado para ordenar no solamente medidas correctivas, sino también el pago de costas y costos, lo cual indudablemente crea confianza en el sistema de protección y defensa del consumidor, porque se sentirá más seguro de acudir a INDECOPI y plantear su reclamo. Este tipo de disposiciones además promueven una cultura de consumo con respeto a los derechos del consumidor por parte de los proveedores.

En líneas generales cuando se habla del Derecho del Consumidor como un sistema flexible lo que se quiere demostrar es que esta disciplina jurídica tiene plena capacidad para adaptarse a los tiempos y en ese sentido es capaz de ir contextualizando sus contenidos con miras a una eficiente regulación de la materia, no olvidemos que el consumidor es el protagonista del mercado y el mercado es en esencia la relación dinámica entre las fuerzas de los proveedores y los compradores que por tener un contenido social innegable determina constantes mutaciones en dicha relación, la misma que necesita ser

observada y regulada por el Derecho del Consumidor para entregarle a la sociedad de consumo una norma eficiente en cuanto se adecua la dinámica del mercado.

5. MARCO CONCEPTUAL GENERAL DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR

Hemos podido advertir que, quizás por ser una disciplina de origen reciente, los autores todavía no se ponen de acuerdo sobre una definición del Derecho del Consumidor. A su vez la doctrina tampoco consigue armonizar una opinión en cuanto al contenido. Creemos que cualquier definición amplia o restringida toma en consideración el contenido.

Antes de buscar una definición adecuada para esta nueva disciplina, es importante destacar que hay que diferenciar y no confundir las expresiones **Derecho del Consumidor y Derechos del Consumidor**. El Derecho del Consumidor es un sistema global de normas, principios e instrumentos de implantación en favor del consumidor. Los Derechos del Consumidor, al contrario, constituyen modernamente la prospección individual del Derecho del Consumidor.

Hablar de derechos del consumidor, de manera aislada, como decir derechos civiles, derechos reales, derechos del ciudadano, etc., pueden transmitir la idea de una fragmentación incluso desordenada, porque se alude a los derechos de manera amplia que podría ser inclusive difusa; en cambio cuando se habla del Derecho del Consumidor como disciplina jurídica especializada, esto simboliza una mayor organicidad y sistemática de la materia, toda vez que se alude al Derecho del Consumidor desde el punto de vista sustantivo, de donde dimanarían los derechos del consumidor de manera específica.

Derecho del Consumidor incluye así mismo los mecanismos específicos para la implantación de los derechos creados (actos ilícitos de consumo, convenciones colectivas de consumo, etc.) Hablar pura y simplemente solo de los derechos del consumidor es permanecer en el estadio anterior a la aparición del Derecho del Consumidor.

Tanto el Derecho del Consumidor como los derechos del consumidor dependen de la vida en sociedad, en la medida en que todo derecho, por definición, implica una relación entre dos sujetos. Así el hombre aislado no tiene ni puede poseer derechos, pero los derechos del consumidor existen desde hace mucho tiempo, desde el momento en que el Derecho pasó a preocuparse del comprador, del pasajero, del asegurado, del arrendatario, del cliente bancario, etc. El Derecho del Consumidor, es más bien un fenómeno reciente, que se forma y se justifica en las interrelaciones sociales entre los hombres y como acontece con todas las disciplinas jurídicas, exige para su plenitud la interrelación humana en la sociedad de consumo.³⁷

No existe una definición a priori del Derecho del Consumidor, ni se puede llegar a una definición válida para todos los tiempos. Definirlo presupone el entendimiento del fenómeno del consumo con sus variaciones históricas.

Existen una serie de nociones y conceptos que en el fondo aluden a lo mismo, no obstante podemos establecer que hay tres fórmulas para definir el Derecho del Consumidor. Una definición objetiva, una definición teleológico-subjetiva y una definición mixta. En la primera se resalta la idea de relación jurídica de consumo. En la segunda, al contrario, se destacan los sujetos de la relación, concediéndoles un status iuris permanente, resaltando la tutela de uno de ellos, o sea, la protección del consumidor³⁸. La definición objetiva se preocupa fundamentalmente del objeto, la materia disciplinada por el derecho del consumidor. La subjetiva trata del ámbito personal del derecho del

³⁷ En este sentido el profesor Carlos Fernández Sessarego, expresa que el Derecho es la vida misma, regida por normas que encarnan valores

³⁸ Calais-Auloy, Jean, *Droit de la Consommation*, Paris Dalloz., 1986, p. 19

consumidor. Finalmente, en la tercera modalidad de definición, se conjuga el criterio objetivo con el teleológico-subjetivo.

Por lo expuesto hemos optado por denominar a esta parte de la tesis como marco conceptual porque denota la idea general sobre el marco conceptual del Derecho del Consumidor como disciplina jurídica.

6. PERSPECTIVAS DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR

En los Estados Unidos la aparición del Derecho del Consumidor se desarrolla a partir de una perspectiva individualista y reparadora (protección del individuo-consumidor hasta llegar a cubrir al público-consumidor), en Europa la evolución se produce como un esfuerzo mucho más por tutelar al público de una manera general, que propiamente por reparar los daños sufridos por consumidores individuales

De cualquier modo, sea en el sistema del *common law*, o el sistema romano germánico, el Derecho del Consumidor comenzó como un cuerpo legal de carácter eminentemente represivo (penal y administrativo). Gradualmente, sin embargo, el legislador fue comprendiendo que el Derecho del Consumidor tenía que ser fundamentalmente preventivo, en función de ciertas características del mercado: la velocidad de sus transformaciones; la aparición diaria de nuevas y más complejas modalidades de negocios y tecnologías; la vulnerabilidad del consumidor, bien para evitar verse el daño, bien para buscar su reparación; la naturaleza y dimensión de los accidentes de consumo, muchas veces de difícil reparación (cuando no imposible), etc.

Esta característica preventiva del Derecho del Consumidor, hoy preponderante en la nueva disciplina, tiene dos vertientes. Una es la de impedir que la fragmentación de la relación de consumo cause perjuicios al consumidor. Otra es la de prevenir que el conflicto de consumo venga a

debilitar el propio mercado, y con ello, el orden capitalista, porque el Derecho del Consumidor, así como el Derecho Económico, es “una acción tendiente a la preservación del mercado -en cuanto mecanismo de coordinación del proceso económico- teniendo en cuenta el interés social”³⁹.

Según lo investigado, consideramos que la perspectiva del Derecho del Consumidor para el futuro es ser parte de todo un **“Sistema de Protección y Defensa del Consumidor”** el cual deberá estar constituido no solo por disposiciones legales de carácter preventivo, sino también por normas administrativas que regulen aspectos del consumo en materia de producción, comercialización, publicidad, mercadeo, reclamaciones, reparación de daños, sistemas de solución de conflictos, formas efectivas, simples y dinámicas de reclamar, cultura, educación y promoción de los derechos del consumidor, asociaciones de consumidores, *class action*, legitimidad para obrar en virtud del interés difuso, vía judicial especial; etc, es decir que en el futuro el Derecho del Consumidor esté fortalecido por todo un **“Sistema Nacional de Protección del Consumidor”** como el existente en Brasil por ejemplo que agrupa a todos los órganos federales, estatales, de la capital y municipalidades u entidades privadas de defensa del consumidor y que se encarga de planificar, elaborar, proponer, coordinar, encaminar, orientar y ejecutar la política nacional de protección del consumidor.

En efecto, el Código de Protección y Defensa del Consumidor de Brasil en su artículo 105 establece el “Sistema Nacional de Defensa del Consumidor” (SNDC) el cual está integrado por los órganos federales, estatales, distritales y municipales, así como por entidades privadas de defensa del consumidor.. Dicho sistema cuenta con un órgano de coordinación de políticas, constituido por el Departamento Nacional de Defensa del Consumidor de la Secretaría de Derecho Económico del Ministerio de Justicia.

³⁹ Grau, Eros R., Elementos de Direito Económico, R.T., Sao Paulo, p. 19

El artículo 106 del citado código establece como uno de los objetivos del SNDC el planear, elaborar, proponer, coordinar, ejecutarla política nacional de protección del consumidor. Asimismo recibir, analizar, avalar y encaminar consultas hechas por entidades públicas o privadas sobre la materia, informar, concientizar, motivar y orientar a los consumidores a través de políticas de difusión en los diferentes medios.

Lo más resaltante del sistema brasilero es que el SNDC a través de su secretaría puede solicitar a la Policía y al Poder Judicial la instauración de investigaciones o procesos por delito contra los consumidores en los términos de la legislación vigente, así como también puede representar ante el Ministerio competente para fines de adopción de políticas o medidas en el ámbito de sus atribuciones de dicho ministerio y llevar a conocimiento de las autoridades las infracciones que violen los intereses difusos, colectivos o individuales de los consumidores.

Otra de las novedades de la legislación brasilera que denota la nueva perspectiva del Derecho del Consumidor, es el establecimiento de las **“Convenciones Colectivas de Consumo”** por las cuales las entidades civiles y asociaciones de proveedores o sindicatos de categoría económica pueden regular, por convención escrita, las relaciones de consumo que tengan por objeto establecer condiciones relativas a precio o calidad, cantidad y garantía y características de productos o servicios, como composición a los eventuales conflictos de consumo. La convención obliga a sus signatarios y no se exime de cumplirla quien se desliga de la entidad en fecha posterior al acuerdo.

Particularmente, creemos que es hacia esta perspectiva donde debe avanzar la legislación peruana porque en un mercado tan informal como el peruano, con altos índices de piratería, desconocimiento, estructuras sociales atrasadas, analfabetismo, heterogeneidad y desnivel cultural, social y económico, desarticulación e ilegalidad no basta con tener una ley que aunque sea moderna puede resultar inoperativa para nuestra compleja realidad

que necesita de otros instrumentos normativos integrados y de una política nacional de consumo que sea capaz de nuclear a todas las instituciones que de una u otra manera están vinculadas con el tema del consumidor pero que están trabajando cada una por su lado sin libreto común que apunte a promover una verdadera cultura de consumo.

En esta perspectiva, el INDECOPI ha creado un servicio especial de atención en materia del consumidor llamado OSCAR (Oficina de Servicio de Consultas y Atención de Reclamos), y el Servicio de Atención al Consumidor (SAC), pero eso no basta por que no es parte de una política integral del Estado en esta materia, es sólo un esfuerzo individual muy focalizado, en ampliar los servicios de atención, facilitar el acceso de los consumidores y ampliar la cobertura del servicio hacia sectores de la población muchas veces marginados, lo que a su vez fortalece la imagen de la institución que lo promueve, además de trabajar más por una verdadera cultura de consumo en el país. No olvidemos también que una política nacional implica incluso una nueva forma de razonar las resoluciones del INDECOPI sobre la materia respecto del controversial concepto del consumidor final y el consumidor razonable, temas que revisaremos en los capítulos posteriores

Dentro de este contexto, una propuesta de esta investigación es precisamente establecer una política de protección del consumidor que sea capaz de articular a todas las instituciones vinculadas y cree un Sistema Nacional de Protección del Consumidor, con objetivos estratégicos claros, con normas transparentes, no contradictorias, y que formen a su vez parte de una visión de país para promover una cultura de consumo responsable tanto de los consumidores como de los proveedores. El mercado peruano está lleno de presiones crecientes y extendidas y requiere de esfuerzos conjuntos de las instituciones tutelares y no del esfuerzo aislado que cada uno pueda realizar, además debemos recrear el Derecho y los razonamientos administrativos y judiciales con decisiones no tan esquematizadas en fórmulas rigoristas de la ley ensilladas a veces en supuestos normativos meramente teóricos, para ir

hacia soluciones más vinculadas a la realidad y sobre todo a la heterogeneidad social, económica y cultural de la gran masa de consumidores peruanos.

Este esfuerzo por promover un Sistema Nacional de Protección del Consumidor, implica también nuclear diversas instituciones que de una u otra manera están vinculadas a la protección del consumidor para que todas tengan un objetivo común y apunten sus políticas de trabajo hacia un mismo tema. Por ejemplo, se podría promover un trabajo conjunto de INDECOPI, Municipios, Dirección General de Salud, Colegios Profesionales, Empresas de Servicios Públicos, Asociaciones de consumidores, Órganos Reguladores e inclusive el Poder Judicial que podría incluso establecer un sistema especial de reclamaciones de consumo, al igual que el sistema brasilero.

Un ejemplo que refleja cuan distanciadas están dichas instituciones y que evidencia la ausencia de una política conjunta sobre el tema, se aprecia cuando tenemos un proceso judicial largo, tedioso y a veces contradictorio de una indemnización por daños y perjuicios derivados de la violación de la Ley de Protección del Consumidor y respecto al cual ya el INDECOPI actuó ciertas pruebas y ya se sancionó administrativamente al infractor al haber quedado demostrada su conducta; o cuando se expende productos alimenticios adulterados que consignan en sus empaques el término “Registro Sanitario en trámite” en (DIGESA)⁴⁰; cuando se denuncia a los profesionales ante sus asociaciones gremiales o colegios profesionales por deficiencias en la prestación de sus servicios y dichos gremios ni siquiera cuentan con un padrón actualizado de sus profesionales agremiados; cuando se aprecian colas para pagar o reclamar por los servicios públicos; cuando el municipio realiza operativos para defender a los consumidores, sancionando y clausurando locales que luego son abiertos por disposición judicial; cuando se aprecian productos en especial alimenticios y medicinas que no precisan su contenido o sus ingredientes y que no contienen información sobre medidas preventivas, porque las normas técnicas nacionales o las normas sobre rotulado de

⁴⁰ DIGESA , Dirección General de Salud Ambiental del Ministerio de Salud, entidad encargada del control y supervisión y registro sanitario de los productos alimenticios de consumo humano.

productos y envases no son obligatorias, sino facultativas y las entidades encargadas no hacen nada al respecto, etc.

Por ello es preciso pasar a un sistema integral en la protección y defensa del consumidor para articular los esfuerzos de las instituciones para que cada una desde su función que le compete dirija sus esfuerzos para promover un consumo transparente y equilibrado que no signifique abuso contra los consumidores y que no signifique tampoco trabas burocráticas o medidas irracionales que terminen frenando la iniciativa empresarial, la inversión y el desarrollo del comercio.



CAPITULO III

LAS ESCUELAS DEL DERECHO Y LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR COMO DISCIPLINA JURÍDICA AUTÓNOMA



CAPITULO III

LAS ESCUELAS DEL DERECHO EN LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR COMO DISCIPLINA JURÍDICA AUTÓNOMA

1. LA ESCUELA EXEGÉTICA

Particularmente, consideramos que la Escuela Exegética, tiene definitivamente aportes de ineludible importancia para todo trabajo de investigación y análisis de cualquier tema de la enciclopedia jurídica, porque en toda ley subyacen realidades exegéticas que se deben buscar para utilizarlas como puntos de partida de un trabajo metodológico en materia jurídica.

Los aportes de la Escuela Exegética que hemos identificado son: los argumentos de autoridad, las certezas legales y los criterios de razonabilidad. Esto significa encontrar certezas en la ley, encontrar su razonabilidad y los argumentos de autoridad que de una u otra manera han servido de bases informantes de la Ley de Protección del Consumidor y sobre los cuales se ha desarrollado su texto normativo.

La metodología de la Escuela Exegética nos ha permitido hacer un proceso deductivo de la ley para establecer cuál es el principio fundamental que la norma consagra y descubrir la intención del legislador, lo cual da un orden lógico a la investigación.

En nuestro caso concreto, la aplicación de la Escuela Exegética nos ha permitido identificar los argumentos de autoridad que sirven de bases informantes de la legislación sobre protección del consumidor (doctrina Kennedy)

Así mismo los criterios de razonabilidad nos han servido para la determinación conceptual de la protección del consumidor, a partir del texto constitucional y de la ley de la materia, concluyendo en que este sistema de protección es parte constitutiva del gran sistema de la economía social de mercado y que el hombre en tanto es consumidor, es el centro de referencia de todas las relaciones económicas y comerciales que se desarrollan en el mercado.

Contrastando la realidad con los criterios de razonabilidad de la ley, pudimos establecer el alcance normativo de la ley y determinar la falta de certeza legal en la determinación conceptual de la categoría jurídica de “consumidor”. En este sentido la ley solo ha señalado en un texto muy escueto la categoría conceptual de consumidor, pero no ha desarrollado las distintas acepciones del término, como es el caso del consumidor colectivo, mixto, razonable, jurídico, etc. los cuales han sido desarrollados a través de las decisiones administrativas con el inconveniente que no tienen la fuerza jurídica suficiente que les otorgue un grado de certeza para su posterior desarrollo legislativo.

Un tema muy importante que también ha sido analizado a través de la Escuela Exegética es el del Consumidor, donde las pautas metodológicas nos llevaron a concluir a través de un proceso deductivo, que la categoría jurídica de consumidor razonable o diligente, no está prescrito en la ley de la materia, sino en la jurisprudencia administrativa y tiene su correlato en un tratamiento jurídico ya existente en otros textos legales que aluden también al cumplimiento diligente o diligencia ordinaria, como es el Código Civil. En consecuencia hemos podido determinar que no existe razonabilidad en la ley sobre este tema, porque no existe una construcción jurídica orgánica al respecto.

En conclusión la Escuela Exegética es muy importante y como tal ha sido muy útil para fines de nuestra investigación, porque nos ha permitido

establecer las bases metodológicas para dar claridad y orden lógico al análisis de la ley, en la determinación del Derecho del Consumidor como una disciplina jurídica autónoma.

2. LA ESCUELA HISTÓRICA.

También hay un aporte especial de esta escuela, y aunque no han existido normas típicas de protección del consumidor desde antiguo y tampoco ha existido un tratamiento legislativo orgánico sobre el tema; los postulados de la Escuela Histórica han significado importantes pautas metodológicas para nuestra tesis. En efecto, la causalidad, el determinismo y el relativismo como elementos de la escuela nos han permitido una correlación sistemática de conceptos y de tiempos a lo largo del desarrollo histórico del Derecho del Consumidor, no para hacer una historia lineal, narrativa, sino para contextualizar las categorías jurídicas de cada época y verificar cómo se mueve históricamente esta disciplina jurídica.

Esta particular relación de conceptos sobre el Derecho del Consumidor a partir de los postulados de la Escuela Histórica nos ha permitido precisar en qué momento de su desarrollo histórico la categoría jurídica de consumidor se traslada a la de persona humana y en qué momento su defensa deja de ser un efervescente y activo movimiento de la sociedad civil para convertirse en un sistema jurídico de protección propio de las más desarrolladas economías de mercado.

La aplicación del método histórico tiene singular relevancia en 2 puntos del tema de tesis:

El primero es sobre la tarea de determinar a través del método histórico si efectivamente en los diferentes estadios económicos en que se ha desarrollado el tema, éste constituía propiamente un derecho de protección de

los consumidores o era propiamente un sistema de disposiciones construidas para encausar el comercio sobre la base de principios éticos, o se trataba de disposiciones legales destinadas a mantener el equilibrio de las partes en materia contractual, tal como se puede apreciar de las primeras normas sobre contratación masiva.

El segundo punto es que el método histórico es muy importante porque a través del relativismo y el determinismo podemos establecer los distintos factores de carácter histórico que han llevado a construir, en forma orgánica, la institución jurídica del Derecho del Consumidor. Esto nos permitirá deducir si se trata de una disciplina jurídica de conquista social o de concesión estatal.

El análisis de los conceptos y los tiempos nos ha ayudado a determinar que la protección del consumidor es una prerrogativa del derecho de las personas, y por ende un tema estrictamente jurídico, pero además que se ha enriquecido como una conquista del mercado, un movimiento social aparejado al desarrollo económico del país. En consecuencia el Derecho del Consumidor se construye sobre la base de conquistas sociales en materia de defensa de los derechos de las personas a un consumo libre de influencias nocivas y engañosas y a un acceso a productos y servicios de calidad, pero es cierto también que el Estado no obstante la presión e las empresas ha ido promoviendo paulatinamente disposiciones normativas para favorecer a los consumidores, de manera que puede hablarse de ciertas concesiones estatales en esta materia y es que al Estado como promotor de la economía también le interesa un consumo transparente, también le interesa promover el desarrollo del mercado a través de normas que equilibren la producción de bienes y servicios con el acceso de la sociedad a bienes y servicios de calidad.

El Estado al promover el Derecho del Consumidor ha entendido y también que para lograr sus propios fines necesita de políticas de consumo transparentes que generen eficiencia en el mercado y generen un equilibrio entre las prerrogativas de los consumidores y los proveedores.

3. LA ESCUELA DOGMÁTICA

Para fines de nuestra investigación esta escuela es de singular aplicación por que permite integrar el material positivo que opera en los conceptos jurídicos para fijar los dogmas, es decir los principios generales que subyacen en todo ordenamiento legal para establecer deductivamente aquello que converge unitaria y orgánicamente en determinada disciplina del Derecho, haciendo construcciones conceptuales, comparaciones y relaciones entre las instituciones jurídicas a estudiar.

En el caso concreto de nuestro tema de tesis: El Derecho del Consumidor, los postulados de la Escuela de la Jurisprudencia de los Conceptos, son muy importantes como pautas metodológicas para nuestra investigación, porque nuestro tema es una disciplina relativamente nueva en la enciclopedia jurídica, cuyo desarrollo tiene que ver mucho con el esquema económico que impera hoy en el mundo, es decir la economía de mercado, y como tal es una disciplina novedosa que trae aparejada una serie de elementos conceptuales no solo de carácter jurídico sino también económico, por lo tanto es necesario hacer una relación y una comparación de este elenco de conceptos para ir anotando sus cambios en el desarrollo de esta institución.

Haciendo una evaluación sobre lo que ha significado la Escuela Dogmática y Constructivista para nuestro tema de tesis, consideramos que el balance es positivo porque nos ha permitido estructurar una base más sólida para fines de la investigación, e incluso nos atreveríamos a decir una base más firme, porque nos ha servido para hacer una aclaración y precisión del elenco de conceptos de carácter económico y jurídico en materia de consumidor. A través de esta metodología hemos realizado un mapa de comparaciones y semejanzas de los temas desarrollados en la tesis, donde la reflexión metodológica de la jurisprudencia de conceptos es de indudable ayuda.

Las definiciones efectuadas dentro de un marco de temas que constantemente evolucionan son importantes para hacer construcciones jurídicas a fin de estar atentos a la evolución del Derecho del Consumidor y estudiar sus categorías jurídicas en toda su dimensión. No olvidemos que los conceptos van perdiendo vigencia y es necesario ir anotando los cambios, estudiándolos antes de que cambien.

La aproximación metodológica de constructivismo y dogmática permite anticiparse a la mutación de las instituciones facilitando el manejo conceptual de cada una de ellas, porque la norma en si misma contiene una serie de definiciones que es preciso prefiar para ir construyendo e integrando armónicamente un sistema.

El Derecho del Consumidor por ser relativamente nuevo permite una aplicación del conceptualismo jurídico en casi toda su dimensión. Las formulas que propone Ihering⁴¹, de análisis, concentración y construcción, son de mucha utilidad para efectuar un orden sistemático, establecer una terminología jurídica y el empleo hábil de las categorías que subsisten en las normas.

Por otra parte, los demás postulados del método desarrollado por Ihering como la genealogía de conceptos, la concentración lógica, y la técnica jurídica de la simplificación cuantitativa y cualitativa, pueden aplicarse al tema del Derecho del Consumidor como disciplina autónoma porque dada su naturaleza permite hacer una serie de construcciones y abstracciones jurídicas de utilidad para el estudio de una serie de términos que prevé la ley como por ejemplo, consumo, consumidor, relación de consumo, proveedor, bienes, servicios, asimetría informativa, consumidor razonable, consumidor medio, derechos, conflictos de consumo, arbitrajes de consumo, medidas correctivas de consumo, regulación, posición de dominio, prácticas restrictivas y colusorias, etc.

⁴¹ Von Ihering, Rudolf. El Espíritu del Derecho Romano. 2ª edición, Madrid, Rev. De Occidente 1962

4. ESCUELA DEL SINCRETISMO.

El Sincretismo de Carnelutti⁴², constituye una escuela muy importante porque a través de sus postulados enriquece considerablemente el conceptualismo, porque, parte del estudio de la realidad cambiante para crear nuevas figuras jurídicas que surgen a partir de la realidad social existente, así como para descomponer aquellas estructuras conceptuales que se consideraban clásicas, y que paradójicamente no estaban acordes con el contexto social en el que operaban.

En el Sincretismo el “proceso realidad”, es un concepto que tiene plena validez y que implica una revisión seria. En efecto, incorporar el estudio de la realidad en el Derecho, supone un sostenido proceso de observación del medio social, económico y político en el que opera una ley para ir verificando si las nuevas realidades han sido recogidas por la norma, y hacer luego un trabajo de elaboración normativa.

Carnelutti expresa que para conocer verdaderamente una norma “hay que captarlas en su actuación en la vida, no basta conocer las fórmulas en que se encierran y su historia”, por ello la observación de la realidad jurídica en el sincretismo tiene gran relevancia, y en el caso de nuestra investigación la observación es muy aguda porque el tema del Derecho del consumidor está íntimamente relacionado con una prerrogativa propia del Derecho de las Personas, con la realidad socioeconómica del país, las políticas públicas y la cultura de consumo, situaciones que requieren ser analizadas con rigurosidad para verificar si las normas y las políticas de defensa del consumidor recogen aquello que sucede en el plano real de las cosas.

En nuestra investigación sobre el Derecho del Consumidor, el Sincretismo es de capital importancia, para observar la realidad socioeconómica del país y ver la forma cómo el INDECOPI como órgano rector

⁴² Carnelutti, Francesco. Metodología del Diritto, México, Editorial Tipográfica Hispanoamericana, UTEHA, 1939.

en materia de consumidor ha ido recogiendo y procesando jurídicamente los fenómenos que le proporciona la realidad.

El Sincretismo es una escuela donde se entrecruzan una serie de postulados como el sociologismo, el institucionalismo, el teleologismo a través de la idea de la función, pero no en detrimento del normativismo, el dogmatismo o la construcción jurídica, sino a su servicio, al servicio del cometido lógico sistemático de la ciencia jurídica.

Los hechos que observamos en la realidad han enriquecido los planteamientos jurídicos que hemos hecho sobre el tema del consumidor llevándonos a un conceptualismo enriquecido a partir de la incorporación de nuevas realidades jurídicas y nuevas categorías recogidas a través de la observación de los fenómenos sociales y económicos que hay en el mercado.

El Sincretismo ha determinado para nosotros que en el Derecho del Consumidor el proceso-realidad es un concepto de gran validez y debe revisarse porque es evidente que por tratarse de un tema nuevo, propio de economías de mercado abiertas, la realidad va influyendo considerablemente en el diseño concreto de las políticas, las normas y en el sistema jurídico de protección del consumidor.

Este planteamiento del sincretismo nos ha permitido revisar las diferentes teorías que tratan de explicar cual es la naturaleza jurídica del Derecho del Consumidor y reestructurar el enfoque general de nuestra tesis orientándolo no solamente a la Ley de Protección del Consumidor, sino que es necesario darle un mayor alcance y en tal sentido enfocar el tema como el estudio del “Sistema de Protección del Consumidor”, lo que implica la revisión de distintas disposiciones legales y administrativas que de una u otra forma se preocupan por el tema del consumo.

Otro tema importante que surge también a la luz del sincretismo y que

requiere ser estudiado es la necesidad de adaptar a la realidad social de los consumidores la situación jurídico-procesal de los mismos y en este sentido hemos revisado la teoría de los intereses difusos que constituye hoy una plena tutela jurídico procesal de los intereses y derechos del consumidor.

Los postulados del Sincretismo nos han permitido penetrar en el fenómeno social que dio origen a la norma y que Carnelutti llama la materia prima (cuyo producto es la norma) para tomar los hechos, estudiarlos, analizarlos, compararlos, recrearlos y devolverlos a la realidad a través de una disposición jurídicamente eficiente, eficaz, viable y promotora que responda a lo que los destinatarios de la ley, en este caso los consumidores, esperan de un sistema jurídico.

5. LA ESCUELA DEL DERECHO NATURAL

Teniendo en consideración que el Derecho del Consumidor tiene relación con los Derechos de la Persona creemos que también es de gran utilidad algunos de los postulados del Derecho Natural sobre todo para analizar la categoría jurídica de consumidor desde la perspectiva humanista y no solo de mercado.

No olvidemos que en la sociedad actual donde el hombre está orientado a lograr lo que más interesa: asegurar la vida, la subsistencia, y también un orden fijo, el Derecho Natural, refresca el mundo jurídico para devolverle al Derecho los valores que nunca debe perder de vista, valores hoy representados por el bienestar general y la colaboración positiva para lograrlo.

Para esta escuela, la preocupación principal del Derecho no debe ser solo la aplicación y el cumplimiento de ideas recogidas y consagradas en los códigos, sino también tomar conciencia de la enorme eficacia y trascendencia que tienen, para el logro del bienestar económico y social en general, la paz y el orden garantizados por el Derecho, el cual desde esta perspectiva debe

estar conectado con la producción de bienes y la distribución de los mismos, dentro de la sociedad, para no quedar expuestos a la arbitrariedad, la fuerza y el azar.

Creemos que aquí encontramos una singular preocupación por el Derecho del Consumidor. De igual forma cuando la ley establece el llamado principio pro consumidor, lo hace sobre la base del razonamiento que el fin supremo de la sociedad y del Estado es la persona humana y como tal frente a un hecho respecto del cual existen dudas, deberá preferirse al consumidor que es generalmente la parte más débil de la relación de consumo. De igual manera las disposiciones sobre el Derecho a la Igualdad de Trato o a la No Discriminación están estructuradas sobre bases fundamentales del Derecho Natural, porque están en juego prerrogativas no solamente económicas sino humanas y sociales.

El Derecho del Consumidor desarrolla el tema de la no-discriminación en el mercado y el derecho a un acceso digno, sin que para la obtención de bienes y servicios indispensables, el consumidor deba sacrificar valores inherentes a la persona humana, y un mercado que se precie de ser excelente en la asignación de recursos, debe respetar este derecho para que exista transparencia y equidad en las transacciones y fundamentalmente para no restringir el acceso a consumir, a la libertad de elegir y decidir aquello que puedo adquirir, caso contrario estaremos frente a la negación de la competencia.

Hablar de trato digno implica una referencia al aspecto social, es decir al honor, respeto o consideración que se debe a la persona. No olvidemos que la dignidad humana es un principio elemental de Derecho Natural, y es de carácter supraestatal. El honor y la dignidad corresponden a toda persona, como derechos inalienables, innatos, e inseparables de ella y no se pierden ni por el pecado ni por el delito, son de carácter humano indeleble, independiente de la situación concreta en que el individuo se halle.

El derecho de contratación, como el derecho privado en general, se basa en la dignidad y en la libertad de desenvolvimiento de la personalidad del individuo, lo cual no puede darse sin el reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales. Pero aún habiendo acuerdo en este punto, se disiente en cuanto a la eficacia inmediata en las relaciones entre particulares de los fundamentales reconocidos en los cuerpos legales constitucionales.⁴³

Legislaciones de avanzada reconocen el respeto a la dignidad del consumidor como un principio de Derecho Natural que complementa el principio pro consumidor para armonizar una legislación adecuada en la protección del principal protagonista del mercado.

De conformidad con la teoría de la configuración del Derecho, el Jusnaturalismo, sin renunciar a los valores morales reconocidos en el pasado, en la actualidad está dando cada vez mayor importancia a los valores representados por el bienestar general y la cooperación positiva para lograrlo, y este es el contenido que determina en distinta medida los ideales del contenido efectivo del Derecho.

En este sentido el Derecho del Consumidor, visto desde la perspectiva del Jusnaturalismo, encuentra en la legislación del sistema de protección del consumo, de manera creciente, las regulaciones que están orientadas preferentemente al bienestar público en general, incluso en el campo económico, aún cuando también en él tiene relevancia la justicia y desde luego la seguridad jurídica. Es por ello que la noción de consumidor para efectos de la correcta aplicación de la ley, debe ser extraída del artículo 65 de la Constitución Política que establece el principio de la defensa de los consumidores y usuarios, y por el cual se establece la categoría constitucional de su protección.

⁴³ Santos Britz , Jaime, Op. Cit.

En efecto, si hacemos un análisis del tema sobre la base de los postulados jusnaturalistas, podemos establecer con validez que la situación de desigualdad en la que se encuentran los consumidores frente a los proveedores (lo que en el mercado se denomina “asimetría Informativa”), constituye una realidad que debe enfrentarse equilibradamente en el marco de una economía social de mercado garantizada por mandato constitucional, que defiende por un lado las libertades propias del mercado y del otro los contrapesos de equilibrio de la justicia, equidad y seguridad. Dentro de este contexto, está la figura del consumidor como persona y como sujeto de necesidades que la norma constitucional delimita para el tratamiento jurídico del tema.

El Derecho del Consumidor, tal como lo entendemos, dentro de los postulados del Jusnaturalismo constituye un instrumento de superación de la desigualdad existente entre los proveedores y los consumidores y en ese sentido es lógico que la Ley de Protección del Consumidor se encuentre dirigida a proteger a aquellos individuos afectados por la desigualdad en la relación de consumo, es decir a los consumidores como destinatarios finales de los bienes y servicios en el mercado.

La materialización de las regulaciones sobre la problemática del consumidor estará siempre orientada a buscar el bienestar del hombre, como persona humana, como protagonista del mercado y como centro de referencia de todas las disposiciones del sistema jurídico.

6. EL PRINCIPIO PRO CONSUMIDOR COMO APORTE DE LA ESCUELA DEL DERECHO NATURAL

La tendencia mundial que ha creado el llamado Derecho del Consumidor, entendido éste como el sistema normativo que recoge principios e instituciones tendientes a la protección del consumidor, y que parte de la idea

directriz de la debilidad del consumidor en el mercado, buscando por tanto restablecer en lo posible el equilibrio en las relaciones de consumo entre empresario y consumidor.

En esta línea de pensamiento, nuestra carta política ha elevado a *status* constitucional la protección de los consumidores y usuarios (Art. 65°) Esta consagración es un hecho de primera importancia para el Derecho peruano. La supremacía de la Constitución en el ordenamiento jurídico, así como su fuerza jurígena nos permite afirmar que estamos ante un nuevo principio general de nuestro Derecho, y que como tal debe cumplir una triple función:

- Función Creadora, es decir, toda producción legislativa, relacionada con el tema, deberá inspirarse en dicho principio;
- Función Interpretativa, dado que el Derecho para ser aplicado necesita ser interpretado, dicha interpretación deberá hacerse en armonía con este principio; y
- Función Integradora, esto es que en caso de vacío o deficiencia legal se recurrirá a este principio.

Al respecto Walter Gutiérrez Camacho,⁴⁴ establece una precisión muy importante respecto a la raigambre constitucional del principio pro consumidor. Expresa que lo que subyace en el texto constitucional es el principio pro consumidor, es decir, que toda creación interpretación e integración legal en nuestro ordenamiento deberá hacerse en sintonía con este principio. De este modo el Derecho peruano, particularmente el Derecho privado, adquiere matices hasta ahora desconocidos y que conducen a que el sistema legal sea objeto de una relectura, teniendo en cuenta esta vez la protección al consumidor.

Los precedentes de observancia obligatoria y las modificaciones y adiciones al Decreto Legislativo 716, expresa Walter Camacho, “son para

⁴⁴ Camacho Gutiérrez, Walter. En la Página del Director, Revista Gaceta Jurídica, No 08, Agosto. Lima, 2000

cerrar la posibilidad interpretaciones equivocadas u antojadizas y maliciosas que puedan provenir de terceros que no quieran reconocer al Derecho del consumidor y el Principio pro consumidor, como por ejemplo los bancos que han mirado con recelo el Decreto Legislativo 716 interpretando la ley a su conveniencia. El sistema ha puesto atajos a una serie de abusos”.

Este principio está expresamente establecido en el artículo 2 del Decreto Legislativo 716, Ley de protección del consumidor: “La protección al consumidor se desarrolla en el marco del sistema de economía social de mercado establecido en el Capítulo I, del Régimen Económico de la Constitución Política del Perú, debiendo ser interpretado en el sentido más favorable al consumidor” y marca la pauta a partir de la cual se va a desarrollar un sistema normativo integral que piense en el consumidor como protagonista del mercado y como destinatario final de todas las normas de competencia y mercado tal como sucede en otras legislaciones, que sobre la base del mismo principio han logrado armonizar un adecuado sistema legal y administrativo de defensa del consumo.

Así por ejemplo, la legislación argentina tiene un auspicioso panorama de protección del consumidor que prevé además del reconocimiento de los derechos de los consumidores, la adopción de soluciones sustanciales, el establecimiento de un sistema instrumental de mecanismos de implementación adecuado a las normas de fondo y apropiado a las especificidades de las prerrogativas de los consumidores y al tipo de respuestas urgentes, eficaces, preventivas, sencillas y colectivas que ellas demandan.

Creemos que este principio, en nuestro país, implica la integración de la Ley de Protección del Consumidor, junto con otras normas vigentes como las de libre competencia, competencia desleal, publicidad, mercado, el código civil, etc. colocan al sistema jurídico peruano dentro de un grado de evolución considerable del Derecho del Consumidor.

Este principio es oportuno en la hora actual, más aún en el marco de un contexto nacional, político y socioeconómico, poco propicio para el desarrollo del Derecho y la persecución de sus fines humanistas y solidarios, estrangulados por una concepción sobre el modelo de sociedad, individualista y economicista a ultranza, que procura dejar la suerte del consumidor librada a las reglas del mercado, al libre juego de la economía, contrariando los postulados de los países de capitalismo avanzado, que contemporáneamente procuran el fortalecimiento de las políticas de control en protección del consumidor.

Las políticas económicas, las reglas del mercado, la economía libre, y en general las políticas públicas pueden brindar una ayuda global y genérica, pero deben actuar conjuntamente con el Derecho del Consumidor, para aportar soluciones concretas y específicas, pautas complementarias, compensatorias y correctoras del mercado.⁴⁵

En este contexto, emerge el principio pro consumidor, como un principio universal en casi todas las legislaciones del mundo occidental, nutriendo las leyes de protección del consumidor de una concepción solidarista, que se expresa en disposiciones de diversa índole a través de normativas de orden público como el artículo 2 del Decreto Legislativo 716. La ley Argentina por ejemplo tiene un principio similar (artículo 65) dotado de una pauta hermenéutica de máxima protección: “En caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor” (art. 3º, in fine)

La aplicación de este principio y de la leyes del consumidor es deber expresamente impuesto al gobierno. En efecto, las directrices para la defensa del consumidor de las Naciones Unidas de 1985, imponen a los gobiernos de los Estados miembros, el desarrollo de políticas enérgicas de protección del consumidor, y la predisposición de infraestructuras adecuadas para aplicarlas (artículos 2º y 4º).

⁴⁵ Reich, Norbert. Mercado y Derecho, Barcelona, Ariel. 1985.p.176

El Código de Defensa y Protección del Consumidor brasileiro diseña una política nacional que tiene por objetivo la atención de las necesidades de los consumidores (Art. 4º) Tal es la concepción explícita del código, que exige una asistencia jurídica integral y gratuita para el consumidor carente de recursos (artículo 5º inc. 1)

Es preciso que el principio pro consumidor no sea soslayado por la ley, y es también imperativo que su aplicación llegue en forma real y concreta a todos los sectores de la población (Directiva de las Naciones Unidas, Art. 4º); y muy particularmente a los más carentes de recursos¹⁵. Sucede que el principio pro consumidor está en juego con otros principios derivados del Derecho Natural, y ante todo, el derecho mismo de acceso al consumo, de remover los obstáculos que impiden la obtención de los bienes y servicios indispensables para el desenvolvimiento de una vida digna. Ello presupone, también como derecho previo del consumidor, la no-discriminación en el mercado, en el acceso al consumo. Y el derecho a un acceso digno, sin que para la obtención de bienes y servicios indispensables, el consumidor deba sacrificar valores inherentes a la persona humana.

Hablar de trato digno implica una referencia al aspecto externo o social, es decir al honor, respeto o consideración que se debe a la persona. No olvidemos que la dignidad humana es un principio elemental de Derecho Natural, y es de carácter supraestatal. El honor y la dignidad corresponden a toda persona, como derechos inalienables, innatos, e inseparables de ella y no se pierden ni por el pecado ni por el delito. Son de carácter humano indeleble, independiente de la situación concreta en que el individuo se halle. Expresa Santos Britz: "El derecho de contratación, como el derecho privado en general, se basa en la dignidad y en la libertad de desenvolvimiento de la personalidad del individuo, lo cual no puede darse sin el reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales. Pero aún habiendo acuerdo en este

¹⁵ Quienes ocupan los planos inferiores, necesitan una protección más intensa del derecho, para elevarse (Morello, Augusto M., El abogado, el juez y la reforma del Código Civil, La Plata, Platense, 1969, p. 35).

punto, se disiente en cuanto a la eficacia inmediata en las relaciones entre particulares de los derechos fundamentales reconocidos en los cuerpos legales constitucionales”.⁴⁶

Legislaciones de avanzada reconocen el respeto a la dignidad del consumidor como un principio de Derecho Natural que complementa el principio pro consumidor para armonizar una legislación adecuada en la protección del principal protagonista del mercado. Así por ejemplo la Constitución de la República Argentina, en su artículo 42 establece taxativamente que “todo consumidor o usuario ha de ser objeto de trato equitativo y digno”. El Código brasileño fija en su artículo 4º como primer objetivo de la política nacional, “el respeto a la dignidad de los consumidores”. Y la ley española prevé en su artículo 230 inc. e, “la tramitación de reclamaciones o quejas por lesión a la dignidad del consumidor”.

Es evidente que la ley no incluye todas las posibilidades de protección a los consumidores, ni excluye la necesidad de promulgar otras leyes dirigidas específicamente a conseguir esa protección en cumplimiento del mandato constitucional. Por lo tanto cualesquiera que sean las disposiciones legales que afecten a los consumidores, habrán de ser interpretadas en la forma que más favorezca a éstos, lo cual puede implicar en algunos casos que los jueces deban cambiar los criterios de aplicación que rigieron hasta ahora para normas dictadas con anterioridad a la vigencia del Art. 65 de la Constitución.

Cabe pensar incluso en la posible declaración de inconstitucionalidad de disposiciones que contravengan directamente el principio establecido en la constitución.⁴⁷ Esto quiere decir que todo operador del Derecho sea judicial o administrativo ante quien se discutan cuestiones vinculadas a la violación de un derecho del consumidor deberán ser decididas sobre la base de este principio en tanto sea viable su aplicación.

⁴⁶ Santos Britz, Jaime, Op. Cit.

⁴⁷ Bercovitz Rodríguez Cano-Salas Hernández. Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de España. P. 21.

Este tratamiento del principio pro consumidor tiene consistencia con todo nuestro sistema jurídico. En efecto, la Constitución expresa que el fin supremo de la sociedad y del Estado es la persona y si en consumidor es tal en tanto es persona, es obvio que la legislación que protege su derecho le debe ser favorable en caso de duda. Podemos afirmar que existe respecto a la construcción jurídica del principio pro consumidor clara influencia jusnaturalista.

7. LAS ESCUELAS DEL DERECHO Y SU RELACIÓN CON LA REALIDAD JURÍDICA DEL CONSUMIDOR

Carnelutti, plantea que la ciencia del Derecho es unitaria y que por exigencias de la limitación humana, dicha unidad se descompone en una pluralidad de institutos; y que hay que evitar que el Derecho se descomponga en ciencias del Derecho.⁵⁵ En efecto, si revisamos bien el principio metodológico de la unidad veremos que las diferentes temáticas jurídicas que constituyen inclusive disciplinas particulares, se integran en un todo.

En el caso de nuestro tema, el Derecho del Consumidor, existen una serie de categorías conceptuales, como por ejemplo los contratos de consumo, contratos de adhesión, contratos estandarizados, contratos masificados, contratos con cláusulas predispuestas, cláusulas generales de contratación, entre otros; sin embargo, todos ellos pertenecen a la institución general que es el Derecho de los Contratos y en el fondo todos aluden a un tema que les es común; la predisposición de cláusulas contractuales por tratarse de relaciones obligatoriamente de carácter masivo lo cual reduce en todos ellos las posibilidades de: información, negociación y reflexión; por lo tanto son estudiados por el Derecho del Consumidor a fin de evitar que dichos contratos tipo creen distorsiones y afecten la eficiencia del mercado, abusando del derecho de los ciudadanos como consumidores.

⁵⁵ Carnelutti, Francesco. Op Cit.

Existen también otras categorías conceptuales respecto a la concepción del consumidor, a saber: Consumidor material, consumidor jurídico, consumidor final, consumidor mixto, consumidor individual, consumidor corporativo. Sin embargo todos los conceptos comparten elementos comunes que aluden en el fondo a quien se beneficia directamente con el acto material del aprovechamiento del bien o servicio.

El sincretismo establece una distinción entre función y estructura como punto de vista para una mejor observación. El Derecho del Consumidor constituye una prerrogativa de la persona en cuanto protagonista del mercado, cuya finalidad es que toda transacción comercial del sujeto consumidor se realice sin presiones, sin engaños, sin información incompleta, sin influencia e injerencia nociva que mediaticen la decisión de compra del ciudadano.

En cuanto a la estructura del Derecho del Consumidor, éste se ha estructurado y desarrollado sobre la base del Derecho de las Personas, por que no olvidemos que la persona humana es en esencia un sujeto de necesidades de distinta naturaleza y para satisfacerlas realiza un acto de consumición que debe estar regulado para que pueda elegir y ejercer su opción de consumo libremente, sin presiones ni engaños. En este sentido el Derecho del Consumidor como tal es una regulación jurídica que comprende varias prerrogativas para el ciudadano-consumidor todas ellas vinculadas, tales como:

- El derecho a la libre elección de bienes y servicios
- El derecho a la protección de los intereses económicos.
- El derecho a asociarse para defender el consumo
- El derecho a ser escuchado de manera individual y colectiva
- El derecho a la información para tomar una decisión adecuada.

- El derecho a la seguridad
- El derecho a la reparación de los daños y perjuicios
- El derecho a una protección eficaz contra productos y servicios riesgosos
- El derecho a un medio ambiente sano
- El derecho a la no discriminación o igualdad de trato
- El derecho a la revocación.

Propone Carnelutti que la “formación de conceptos debe ajustarse a ciertas reglas, y que la regla fundamental es la simetría”. Esta propuesta llevada al campo de la Protección del Consumidor implica que todos los conceptos jurídicos y económicos creados a partir de la Escuela Constructivista – Dogmática, se ajusten o regulen con un orden lógico y que estén plenamente vinculados con lo que pasa en la sociedad, es decir, que recojan lo que sucede en la realidad actual a fin de no perder vigencia social, afectando el mercado y afectando paradójicamente al consumidor a quien se pretende proteger.

Hay un árbol de conceptos cuya simetría conlleva a considerarlos como Categorías Jurídicas que están en constante evolución conforme cambian las condiciones sociales y económicas. Pero no sólo es importante que las categorías jurídicas respondan a la realidad y tengan su respectivo correlato socioeconómico que las sustentan, sino que también deben responder adecuadamente al sistema jurídico en que operan, es decir, que los preceptos y las categorías jurídicas sobre Derechos del Consumidor tengan relación con el contexto normativo nacional (Constitución, Código Civil, Código Penal, etc.) evitando que por exceso o restricción violenten nuestro andamiaje legal.

Otro postulado del Sincretismo es la “necesidad de extender las zonas de experiencia o lo que es lo mismo, la materia jurídica, más allá de la proposición jurídica, del precepto, de la regla”. Así mismo establece “que no interesa tanto como se establece y formule el Derecho, sino como se realiza”.

Desde el punto de vista metodológico hemos relacionado este postulado con 2 temas fundamentales que subyacen en el estudio de la protección del consumidor:

En primer lugar, la concepción que la ley hace sobre la condición jurídica de consumidor, el cual según la norma es el destinatario final de los bienes o servicios, sin embargo, de conformidad con el Sincretismo es preciso ir mucho más allá para analizar este concepto y en este caso creemos que la norma no ha analizado la situación del consumidor mixto, es decir aquel que adquiere un bien o un servicio para utilizarlo eventualmente para su uso personal y uso empresarial para producir otros bienes o servicios.

En segundo lugar, está el caso de la contratación civil, que está estructurada legalmente sobre los supuestos jurídicos clásicos de igualdad de las partes, libre manifestación de voluntad y libertad contractual; sin embargo, hoy frente a la contratación de consumo hay otras reglas que presionan el mercado y que imponen a la contratación otro tipo de consideraciones y supuestos jurídicos innegables como la asimetría de las partes, las cláusulas predispuestas o estandarizadas, así como el déficit de negociación, de información y reflexión del consumidor frente a su contraparte, el proveedor.

En este contexto, la multiplicación de las ofertas de bienes y servicios, y la influencia de la publicidad y la mercadotecnia en el mundo globalizado hace que el consumidor se encuentre en inferioridad para adquirir bienes y servicios a precios justos y de buena calidad, se ha restringido la posibilidad de negociar condiciones de venta, se han despersionalizado las ventas y hay una anonimización de la producción, por ello los consumidores deben hoy suscribir contratos de adhesión con cláusulas predispuestas, muchas de ellas abusivas y en perjuicio de sus intereses. Esto implica que las normas y los preceptos clásicos del Código Civil inspirados del Código Napoleónico han ido perdiendo significativamente su significado y el contrato tal como fue concebido por la ley

(Código Civil) ha asumido un rol de un simple acto de sometimiento a determinadas disciplinas (contratos de adhesión)

El planteamiento metodológico de Carnelutti es importante en este caso porque nos permite determinar que los poderes públicos (legislativo y administrativo) asuman un rol protagónico en la promoción de normas y políticas de defensa del consumidor que estén arraigadas en la sociedad y que consideren toda la problemática a la que el consumidor está expuesto en un mundo como el de hoy, lleno de presiones de todo tipo.

Estos dos casos implican un estudio más riguroso y profundo de la realidad más allá del mero precepto legal, porque como expresa Carnelutti “debajo de las reglas están los fenómenos y hasta ellos es preciso calar”; por ello es importante escudriñar la realidad social y económica en materia de consumo para asumir otra actitud metodológica en la dación de las leyes, las cuales deben tener como componente principal la observación de la realidad.

Carnelutti nos habla de un “prisma histórico, por el que el orden jurídico se muestra en constante movimiento, en reiterada reelaboración, para acomodarse a las circunstancias de tiempo, cultura, etc. y de un prisma filosófico por el cual el orden jurídico se presenta integrado en un orden universal superior y respondiendo a principios de validez permanente”.

Este planteamiento del Sincretismo nos permite hacer una reflexión metodológica sobre el tema de los intereses difusos que está relacionado con la Protección del Consumidor. Estudiar el tema del consumo implica recrear o reprocesar conceptos clásicos como es el caso del interés legítimo o interés económico para ir mucho más allá y proponer una nueva concepción de interés en materia de defensa del consumidor, y es aquí donde surge la Teoría de los Intereses Difusos..

Los Derechos de la Persona son sustancialmente concebidos, estructurados y defendidos por el Derecho sobre un plano exclusivamente individual. El Derecho del Consumidor y el interés del consumidor no escapan a este esquema. En efecto, las agresiones a los intereses de los consumidores tienen un carácter impersonal, no son aislables y entonces no ocasionan lesiones individuales en el sentido tradicional. Se despliegan sobre la comunidad, la que está expuesta del mismo modo, coincidente e independientemente a ciertos riesgos, sin perjuicio de que un daño efectivo pueda recaer en algunos más que en otros.

El interés de todos los consumidores está sujeto a una posibilidad inminente de conflicto social con los intereses globales de los empresarios, tendientes a maximizar los beneficios de su actividad. De allí -en lo que aquí interesa- que si la constante amenaza y la permanente exposición a una serie de peligros es idéntica para otros, entonces carece de sentido y coherencia la individualización o especificación del interés a defender.

Sentado hasta aquí que el interés del consumidor adquiera una expansión que lo distingue notoriamente de los clásicos derechos de la persona, ahora la cuestión consiste en definirlo y encasillarlo conceptualmente sobre la base de los datos característicos (la dimensión social) que venimos reseñando. Una moderna corriente doctrinal bautiza este tipo de prerrogativas grupales como intereses colectivos o difusos. Son aquellos no ya circunscritos a los particulares, sino pertenecientes en común a sectores o categorías de sujetos.

En esta vertiente, serán intereses difusos de los consumidores, los de los potenciales o efectivos adherentes a cláusulas uniformes contenidas en contratos estándar, para solicitar su inhibición o nulidad cuando sean lesivas de sus derechos económicos; los de todos los adquirentes de una cadena de productos defectuosos elaborados en serie; los de todos los destinatarios de mensajes publicitarios engañosos, etc. Hablamos en general de intereses

difusos para calificar a los que pertenecen indistintamente a una pluralidad de sujetos, en cuanto integrantes de una comunidad conformada alrededor de una imagen objetivo: la pretensión de goce, por parte de cada uno de ellos, de una misma prerrogativa, en virtud de la indivisibilidad de los bienes perseguidos, por su naturaleza insusceptibles de aprobación exclusiva.

Una categoría de intereses supraindividuales reflejan una transformación de las concepciones jurídicas tradicionales (privatistas y publicistas), sobre la dimensión sustancial de las prerrogativas humanas. Y revelen el desacomodamiento de los instrumentos clásicos e individualistas, que estrechan al ámbito de la tutela a los derechos subjetivos e intereses legítimos, para brindar una eficaz cobertura a nuevas y angustiantes necesidades del hombre, tales como la del amparo a los intereses del consumidor.

Otro de los principios metodológicos que expone Carnelutti es el de la Institucionalidad del Derecho y que con algunos refinamientos de detalle y alcance alude a la misma idea de la Escuela Histórica defendida por Savigni y que expresa lo siguiente: “todas las instituciones del Derecho forman un vasto sistema y la armonía de ese sistema reproduce su naturaleza orgánica” En el caso del tema de la Protección del Consumidor es necesario hacer algunas precisiones metodológicas:

El Derecho del Consumidor constituye una disciplina estructurada, a partir de los Derechos de las Personas, y la Protección del Consumidor implica el conjunto de derechos y obligaciones del consumidor así como las políticas públicas de defensa del consumo y el marco institucional que se ha creado para preservar los derechos.

Todo ello constituye la institución jurídica del Derecho del Consumidor como disciplina autónoma, y el cual se concibe en el mundo moderno como “Sistema de Protección del Consumidor” el mismo que agrupa una serie de

disposiciones legales no solo de carácter preventivo, sino también de desarrollo y promoción de la cultura de consumo.

8. ARGUMENTOS DE AUTORIDAD EN LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR COMO DISCIPLINA JURÍDICA AUTÓNOMA

Existen pocos estudios doctrinarios y textos normativos sobre la protección del consumidor que puedan considerarse como argumentos de autoridad. No obstante, consideramos que la propuesta de John Kennedy⁵⁶ en materia de derechos del consumidor efectuada en 1962 constituye un hito importante en el estudio de este tema, por la trascendencia que tuvo en el desarrollo de todos textos legislativos del mundo occidental, donde su discurso fue recogido y sobre el cual se ha desarrollado todo un movimiento mundial. Asimismo las directivas de la ONU y de la Unión Europea sobre derechos del consumidor pueden ser consideradas también como argumentos de autoridad. Asimismo también podemos considerar al Código Marco de Defensa del Consumidor y del Usuario aprobado por el Parlamento Latinoamericano-Parlatino en Junio de 1997 en Guayaquil, Ecuador.

8.1 Derechos el Consumidor Establecidos por John Kennedy

El explosivo desarrollo de la protección al consumidor se produjo a fines de la década de los 50 y principios de los 60 y es a partir de este momento que efectivamente se masifica la producción y consumo.

Es en este contexto de auge del desarrollo de la protección al consumidor, que el 15 de marzo de 1962 John F. Kennedy, Presidente de los Estados Unidos, pronuncia ante el Congreso de su país una serie de apreciaciones respecto al papel que cumplen los consumidores en el desarrollo

⁵⁶ Jhon Kennedy estableció la famosa Tabla de los Derechos del Consumidor el 15 de Marzo de 1962 en su célebre discurso pronunciado en el Congreso Americano. (El 15 de Marzo se celebra el día mundial del consumidor)

económico. Kennedy anunciaba entonces que la ciudadanía plena no sólo depende de una adecuada protección y garantía de nuestros derechos políticos, ejercidos a través del sistema democrático, sino que se hace indispensable una adecuada protección y garantía de nuestros derechos económicos.

Aquel 15 de marzo 1962. John Kennedy formuló y propuso cuatro derechos básicos de los consumidores que se mantienen hasta hoy:

- Derecho a la información
- Derecho a la seguridad
- Derecho a escoger
- Derecho a ser escuchado

Algunos autores consideran que el Derecho del Consumidor surge en 1890 con la Sherman Act y posteriormente con las demás disposiciones antimonopólicas que dieron lugar al llamado Derecho Antitrust norteamericano, y aunque el fin mediato de estas leyes sea beneficiar al consumidor, disentimos con la posición doctrinaria que las considera como el nacimiento de los derechos del consumidor, por que el objetivo directo e inmediato de estas normas no estaba destinado a los consumidores, sino a regular la libre competencia, evitar los carteles y la concentración del poder económico en pocas manos, beneficiando con ello al consumidor bajo la perspectiva del cliente, pero no bajo la perspectiva del consumidor final.

Hay quienes consideran también que el Derecho del Consumidor surge con las disposiciones del Tratado de Roma, en 1958, que dio lugar al Mercado Común Europeo y en el cual se establecieron normas anti cartel que regulaban la libre competencia, el control de fusiones, la posición de dominio en el mercado, la competencia desleal. También disentimos de esta posición por los mismos fundamentos señalados en el párrafo precedente, además tal como expresó el jurista español Joaquín Garrigues, no olvidemos que “el

Derecho Antitrust Norteamericano llegó a Europa en la mochila de los soldados de la guerra”.

8.2 Lineamientos Generales de Protección del Consumidor Establecidos por Las Naciones Unidas

La protección del consumidor ha tenido tanta repercusión internacional que las Naciones Unidas han adoptado algunas normas y directivas destinadas a la defensa de los consumidores; tanto es así que ya en el año 1973, el 12 de diciembre se aprobó la Resolución 3108 por la cual se recomienda adopción de disposiciones uniformes sobre la responsabilidad de los productores en los casos de daños ocasionados por sus ventas de productos.

Posteriormente el 16 de Abril de 1985 durante la 106ª sesión plenaria. Se aprobó la Directiva N° 39/248 destinada a ayudar a los países para lograr o mantener una protección adecuada de los consumidores a través de enérgicas políticas de supervisión y control.

Dentro de esta perspectiva el Art. 28 y 29 de la Directiva acotada anteriormente señala en concreto que “los gobiernos deben de crear normas jurídicas de protección al consumidor y alentar a las empresas a su cumplimiento”, lo que implica que cada país debe ser capaz de estructurar en su legislación interna un sistema normativo eficiente que le permita promover una cultura de respeto a los derechos del consumidor, como una de las prerrogativas de un sociedad justa y en paz.

En el Art. 30ª se prevé que se proporcione a los consumidores una información correcta y exacta de los productos, para facilitar el ejercicio de la opción de compra.

La Directiva de la O.N.U. detalla de manera muy didáctica los derechos de los consumidores:

- Protección de los consumidores frente a los riesgos de la salud y seguridad.
- Acceso de los consumidores a información adecuada.
- Posibilidades de compensación efectiva entre los consumidores.
- Educación.
- Libertad para formar grupos u organizaciones de consumidores, etc.

Las Directivas de la ONU están referidas tanto a productos como a servicios producidos o importados en el respectivo país. También se estipula protección contra las cláusulas abusivas de los famosos contratos de adhesión que ahora están muy a boga sobre todo en materia contractual de carácter masivo, donde el consumidor no puede negociar los términos contractuales y debe de someterse a las disposiciones preredactadas por el empresario. Un punto importante también lo constituye la promoción de las asociaciones de consumidores como una forma de expresión de la sociedad civil organizada en la defensa del consumidor.

Una disposición importante de esta directiva es la petición a los Estados para que establezcan dentro de su legislación procedimientos que permitan obtener compensaciones de manera rápida, justa, poco costosa y asequible y exenta de formalidades.

8.3 Directivas Generales del Consumidor Europeo Establecidas por la Unión Europea.

Es obvio que el mercado común europeo que tanto ha costado organizarlo, cuenta con un adecuado ordenamiento jurídico en materia de consumo y competencia. En efecto, el 17 de Mayo de 1973 la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa había aprobó la Carta de Protección del

Consumidor, documento que incluía los derechos básicos de los consumidores y usuarios. Por otra parte en los puntos 18 y 19 del Anexo de la Resolución del Consejo del 14 de Abril de 1975, se aprobó un programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores, en la cual se hacía hincapié en la necesidad de proteger a los compradores de bienes y servicios contra la solicitud de pago de mercancías no encargadas y contra los métodos de venta agresivos.

En 1986 y 1987 fue firmada el Acta Unitaria Europea como respuesta de los países miembros de Comunidad Europea a los nuevos desafíos económicos mundiales. Su finalidad fue crear un mercado único al interior de la comunidad, sin fronteras internas, sin barreras técnicas ni jurídicas para el establecimiento del mercado interior que demandaba además de un ordenamiento legal que le asegure de forma eficaz una sana competencia. Este ordenamiento legal ha sido revisado y actualizado con el Tratado de Maastrich que dio lugar a la Unión Europea y una serie de disposiciones de mercado.

Por Resolución del Consejo del 23 de Junio de 1986 se aprobó un documento titulado “Nuevo impulso a la Política de Protección de los Consumidores”, en el cual se promovía un marco normativo sobre el tema y el cual fue relanzado por Resolución del Consejo del 9 de Noviembre de 1989.

Así, el 5 de abril de 1993 fue aprobado por el Consejo de Comunidades Europeas, la Directiva 93/13 sobre Cláusulas Abusivas en los contratos celebrados con Consumidores, teniendo en consideración que era necesario adoptar medidas para establecer progresivamente el mercado interior al 31 de Diciembre de 1992, y que el mercado interior implica un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales esté garantizada plenamente, además se había observado que las legislaciones de los Estados miembros relativas a las cláusulas de los contratos celebrados entre por una parte, el vendedor de bienes o el prestador de servicios y, de la otra, el comprador, eran muy dispares, y presentaban

diferencias considerables lo cual daría lugar a que los mercados nacionales de venta de bienes y prestación de servicios a los consumidores difieran entre si y eventualmente podrían producirse distorsiones de la competencia, en especial cuando la comercialización se realiza e otros Estados miembros.

En 1995 se aprobó la Directiva 95/13 sobre Responsabilidad por Productos defectuosos y el 20 de Mayo de 1997 se aprobó por el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, la Directiva 97/7CE relativa a la Protección de los Consumidores en materia de contratos a distancia, considerando que la venta transfronterizada a distancia puede ser para los consumidores una de las principales manifestaciones concretas del establecimiento del mercado interior y que el desarrollo de nuevas tecnologías lleva consigo una multiplicación de los medios puestos a disposición de los consumidores y usuarios para estar al corriente de las ofertas hechas en toda la comunidad europea y para efectuar sus pedidos. Asimismo esta Directiva permite que determinados Estados miembros emitan disposiciones distintas o divergentes sobre protección de consumidores en materia de venta a distancia con el consiguiente efecto negativo en la competencia entre empresas en el mercado interior.

Existen además una serie de normas comunitarias de carácter complementario en materia de protección del consumidor, todas ellas destinadas a promover la defensa de los derechos y la transparencia en el mercado interior europeo. Podemos citar:

- La Directiva del Consejo 84/450/CEE, del 10 de Septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa en defensa del consumidor.
- Directiva del Consejo 89/552/CEE del 3 de Octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales,

reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva.

- El Plan Trienal para la Política de Protección de los Consumidores en la Comunidad Económica Europea, (1990-1992) aprobado por Resolución del Consejo del 9 de Noviembre de 1989.
- Directiva del Consejo 92/28/CEE del 31 de Marzo de 1992, relativa a la publicidad de los medicamentos para uso humano, para lo cual se prevé prohibiciones especiales.
- La Recomendación de la Comisión 92/295/CEE del 7 de Abril de 1992 relativa a códigos de conducta para la protección de los consumidores en materia de contratos negociados a distancia.

Una disposición muy singular, que merece comentar es el Plan de Acción sobre el Acceso de los Consumidores a la Justicia y la Solución de Litigios en el Mercado Común, aprobado por la Comisión el 14 de Febrero de 1996, en el cual se establece que es importante para la Unión desarrollar lo antes posible un sistema eficaz para la tramitación de reclamaciones transfronterizadas en materia de consumo, promoviendo una serie de iniciativas concretas encaminadas a promover los procedimientos extrajudiciales y en particular criterios objetivos para garantizar la fiabilidad de los procedimientos y prevé además la utilización de impresos normalizados para reclamaciones.

Es preciso señalar que en los artículos 8 y 10 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales, del 4 de Noviembre de 1950, se establecen principios por los cuales se reconoce al consumidor, el derecho a la protección de la vida privada, en particular frente a ciertas técnicas de comunicación especialmente insistentes.

En conclusión el frondoso bosque normativo de la Unión Europea en materia de Derecho del Consumidor no hace sino demostrar la importancia del tema en la hora actual de mercados competitivos y llenos de presiones crecientes y extendidas desde el punto de vista social, económico, jurídico y humano.

8.4 Ley Marco sobre Defensa del Consumidor y del Usuario Aprobada por el Parlamento Latinoamericano, Junio de 1997, Guayaquil-Ecuador

La importancia de establecer un adecuado marco legal respecto de la materia de Derecho del Consumidor, llevó a que el Parlamento Latinoamericano y la Oficina Regional para América Latina y el Caribe de Consumers International – organismo no gubernamental sin fines de lucro, de carácter internacional, con estatuto consultivo del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, que representa organizaciones de consumidores de todo el mundo - lideraran un proceso orientado a preparar un código latinoamericano de defensa del consumidor.

A lo largo de tres años y con la participación de varias entidades nacionales e internacionales, así como de expertos del más alto nivel, se llegó a la conclusión del “Código Marco Referencial de Defensa del Consumidor y del Usuario” documento que fue aprobado por la Comisión Permanente de Defensa del Consumidor y del Usuario del Parlamento latinoamericano, compuesta por los parlamentarios de los países de la región en una reunión realizada en Guayaquil Ecuador entre el 5 y 6 de Junio de 1997.

Dicho texto legal ha sido concebido de tal manera que pueda ser adecuado a las particularidades y características de cada país, sin afectar sus principios doctrinarios, ni su marco legal interno, ni sus aspectos metodológicos y de procedimiento administrativo o judicial. Comprende los aspectos más importantes de la defensa y derechos del consumidor y recoge en una

perspectiva humanista y con un enfoque moderno, las más importantes experiencias y los últimos avances jurídicos que sobre la materia existe a nivel internacional. Además consagra principios fundamentales como el del peso de la prueba a favor de la parte que litigue en defensa de los derechos que el Código define y adopta; el del consumo sustentable, basado en la armonía con el medio ambiente; o el del derecho de asociación de los consumidores y usuarios, entre otros.

Creemos que una de las notas más peculiares de este texto legal es sin duda el tema del consumo sustentable, basado en el respeto al medio ambiente, por que creemos que el enfoque basado en el consumo responsable garantiza que este código no proteja ni propicie actitudes consumistas, sino que promueva actos de consumo comprometidos con la vida, con el desarrollo sustentable y a escala humana y con el bien común. Las razones expuestas que apenas configuran el fenómeno del consumo y sus principales actores sociales y que no abarcan el espectro total de los fundamentos que podrían exponerse constituyen en sí mismos sólidos argumentos para que el Código Marco Referencial de Defensa del Consumidor y del Usuario sea adoptado como ley interna de la República en aquellos países que no tienen esta legislación, caso contrario debe ser un sólido complemento de la legislación interna de aquellos países que ya cuentan con una ley sobre el tema y que probablemente tenga algunos vacíos en esta materia.

El trabajo realizado por el Parlatino y por Consumers International, allana un largo y difícil camino: el de identificar fuentes; obtener información de todo tipo; recoger antecedentes; organizar, agrupar, tabular, analizar e interpretar los datos; consultar especialistas y encargar tareas específicas; preparar informes y estudios; en fin todo el complejo proceso que implica una acción responsable destinada a obtener un resultado final verdaderamente útil y beneficioso para la colectividad latinoamericana.

Visto desde otro punto de vista el esfuerzo común de los parlamentarios de los países de la región reunidos en Guayaquil para adoptar el Código o adecuar a él la normativa existente en sus propios países, constituye un paso importante y de invaluable provecho para el proceso de integración subregional y regional por el impacto positivo que tiene en la armonización jurídica indispensable en una comunidad de naciones y eso a la larga significa desarrollo y fortalecimiento democrático.

Hay una frase de los representantes uruguayos que resume el tema:

“Frente a nosotros tenemos una realidad compleja y también un compromiso; un problema y también un principio de solución. Queda, pues, en manos de los legisladores la responsabilidad histórica de dar una respuesta, que quizá no sea total pero sí indispensable, legítima y viable, a lo que es una necesidad y una cara aspiración de los seres humanos: la protección de los derechos del consumidor, lo que equivale a garantizar el derecho a la vida y a una existencia digna para todos los ciudadanos”.⁵⁷

⁵⁷ Ponencia de la delegación uruguayo en la Reunión del Parlamento Latinoamericano, Actas del Debate Parlamentario, Junio 1997

CAPÍTULO IV

LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN EL SISTEMA JURÍDICO



CAPÍTULO IV

LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN EL SISTEMA JURÍDICO

1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Artículo 58° .- “La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.”

La protección del consumidor es parte de la economía social de mercado. Marcial Rubio Correa⁵⁸ expresa que en el contexto de este artículo que promueve la libertad de comercio y de contratación, es decir la libre iniciativa privada, la defensa del consumidor adquiere importancia en este sistema, porque todas las normas destinadas a promover la concurrencia empresarial, de una u otra forma, tienen siempre como destinatario y beneficiario final al consumidor.

En este modelo, la Constitución otorga al Estado un carácter orientador de la economía del país y le asigna ciertas áreas de actuación que tiene que ver con asuntos sociales esenciales, como promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos, e infraestructura, sin caer en el liberalismo extremo, sino que con criterio social se dirige a proteger a quienes tienen desigualdades en el mercado.

El Estado regula la iniciativa privada mediante normas de diferente naturaleza, supervisa su cumplimiento y actúa en los servicios esenciales, fundamentalmente de asistencia en caso de necesidad y disparidad de condiciones.

En pleno siglo XXI la mayoría de países ya no están en condiciones reales de estructurar su propio modelo económico, sino solo de insertarse en el

⁵⁸ Rubio Correa, Marcial. Estudio de la Constitución Política del Perú. Lima, Fondo Editorial PUCP, 1993

existente, por ello quizá la Constitución de 1993 elige el modelo de la economía social de mercado no porque sea el mejor, sino porque hoy es el más extendido, no como visión ideológica, sino como una visión más pragmática y que evidencia resultados positivos para el desarrollo. En general nuestra constitución tiene un liberalismo controlado por la necesidad de equiparar sectores con desventajas iniciales como la pequeña empresa y el sector agrario.

Artículo 59°.- “El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufran cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.”

La libertad de empresa, comercio e industria están sujetas según esta disposición constitucional a cierto límite, su ejercicio no es irrestricto y además no debe ser lesivo a la moral, salud, ni seguridad pública.

La mayoría de constitucionalistas están de acuerdo al señalar que la libertad de empresa no puede ir contra la salud de las personas, ni producir daño contra el entorno ambiental (tabaco, alcohol, tóxicos, etc.) y la seguridad pública. En efecto, todos los ciudadanos debemos tener la garantía de que no sufriremos ningún daño por el ejercicio irrestricto de la libertad de empresa porque ésta tiene sus límites que la regulan para tener un mercado más transparente y competitivo.

Las oportunidades que ofrezca el Estado deben estar orientadas a promover a las personas para tomar una iniciativa de negocio, de inversión, de apostar por el desarrollo del país, y no debe orientarse a mecanismos de redistribución asistencial, que las acostumbre a recibir.

Fernández Segado⁵⁹ expresa que en España el Tribunal ha interpretado que debe precisarse que por las libertades de empresa no se reconoce el derecho de acometer cualquier empresa, sino sólo de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, cuyo ejercicio esté disciplinado por normas de distinto orden. En nuestro caso esto se da en la legislación del consumidor y en las normas de publicidad en defensa del consumidor, porque en estos estatutos jurídicos se prevé una serie de disposiciones que garantizan el derecho a la salud, seguridad, información, educación, igualdad de trato, protección de intereses económicos, etc.

La libre iniciativa privada tiene reglas particulares relacionadas por la interacción del ser humano y dentro de este contexto por ejemplo la libertad de empresa debe respetar la igualdad de trato o no-discriminación, el respeto a los intereses económicos entre otros. Por ello debemos afirmar que entre las normas de protección del consumidor en una u otra manera tienen relación con el ejercicio de la libertad de empresa.

Se evidencia que existe un vínculo innegable entre libertad de empresa y libertad de competencia dentro del mercado, y de forma muy explícita se señala la plena legitimidad constitucional de las medidas de orden público dirigidas a asegurarla. En líneas generales las libertades de empresa, comercio e industria, están sujetas a ciertos límites: su ejercicio no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. La moral se refiere a aquello de carácter social amplio, es decir que pueda apreciarse de en el sentimiento promedio de la población para distinguir lo malo de lo bueno.

Artículo 61° .- “El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

⁵⁹ Fernández Segado, Francisco. El Régimen Socioeconómico y Hacendístico en el Ordenamiento Constitucional Español. En Derecho y Sociedad. Lima, Asociación Civil Derecho y Sociedad, No 10 1995, P. 85

La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.”

La prohibición de las prácticas monopólicas y el abuso de posición de dominio en el mercado constituyen prácticas que en el fondo afectan al consumidor porque el bienestar del consumidor está en función de los precios, la eficiencia productiva, la adecuada asignación de recursos, etc.

La legislación antimonopólica si bien es cierto está dirigida a promover la competencia y evitar la comisión de actos colusorios y restrictivos; busca finalmente que los agentes económicos no presionen el mercado y no afecten con su actividad empresarial el interés de los consumidores que son quienes dan vida al mercado a través de sus innumerables actos de consumo.

Un gran sector de la doctrina considera que el objetivo central de las normas de la libre competencia es el consumidor entendido como el centro de referencia en las relaciones económico sociales que se crean en la sociedad.

La Ley de Libre Competencia, Decreto Legislativo 701 tiene dos grandes vertientes, sobre las cuales se ha establecido la normatividad y están constituidas por el abuso de posición de dominio en el mercado, y por otro lado por las prácticas restrictivas de la libre competencia, y en ese ámbito si bien es cierto se sancionan a las empresas a veces con fuertes multas, debemos entender que lo que subyace al interior como el fin ulterior de la norma es la competencia en el mercado, en tanto no se afecte los intereses del consumidor.

En efecto, se habla en la doctrina que el Derecho de la Competencia se preocupa también de los derechos del consumidor en la medida que se sanciona las llamadas conductas explotativas de aquellos operadores que abusando de su posición de dominio afectan a la sociedad, al mercado y a los consumidores al establecer condiciones de comercialización que lejos de estar destinadas a afirmar su posición de dominio en relación con sus competidores, por el contrario están destinadas a crear estructuras que benefician su condición monopolista y tienden a saturar y explotar a los consumidores en tanto que no es posible que otros operadores entren a competir ⁶⁰

El INDECOPI como órgano encargado de velar por la libre competencia ha establecido un precedente de observancia obligatoria por el cual se precisa que en nuestro sistema jurídico en materia de competencia se aplica la regla de la razón y no la regla perse⁶¹. Esta resolución proporcionó mayor contenido y propiedad al tema de la libre competencia dado que hizo una precisión que facilita el manejo procesal de estos temas, lo que sin duda es importante para la calificación adecuada de cuando una decisión empresarial constituye un acto de abuso de posición de dominio en el mercado o una práctica restrictiva de la libre competencia, evitando con ello interpretaciones antojadizas que mediatizan veces las decisiones de las autoridades competentes.

Artículo 62° .- “La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

⁶⁰ Resolución 0225-2004 TDC/INDECOPI, estableció que la prohibición del abuso de posición de dominio en el mercado incluye las conductas exclusorias y las conductas explotativas.

⁶¹ Resolución por la que se sancionó a varias compañías de seguros por concertación de precios del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT) y por la cual se estableció un nuevo precedente de observancia obligatoria en libre competencia, la regla de la razón.

Mediante contratos - ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.”

Teoría Normativista: las partes pueden pactar libremente el contenido de los contratos, es decir libertad de contratar. Los términos contractuales no pueden ser modificados por las leyes u otros dispositivos, pero hay de por medio en el mercado una participación prudente del Estado en la regulación contractual, por el interés social y el bien común que le sirve de sustento.

En las actuales circunstancias hay una regulación del Estado en muchos contratos, que incluso modifica en cierta forma los esquemas rígidos de la autonomía de la voluntad. Por ello algunos tratadistas hablan de la inviabilidad de este artículo por que el propio Estado mediante diversas normas legales ha dado su propia interpretación a este artículo, traduciéndola en el reconocimiento a su intervención por razones de interés social. Walter Gutiérrez Camacho señala al respecto que el contrato no puede abandonarse al uso y abuso de las partes, expresa “ pues precisamente el contrato puede convertirse en instrumento que atente contra los intereses más caros del hombre. La libertad no es garantía de la igualdad y como sabemos la desigualdad en el contrato es el origen de la tiranía contractual.”⁶²

Particularmente en los últimos tiempos el Estado ha promovido una serie de decretos supremos y de urgencia que de una u otra manera han intervenido en ciertos contratos y han dado su interpretación a esta norma. El sistema de protección del consumidor precisamente se instaura dentro de este contexto, por que las prerrogativas de los consumidores como condiciones del mercado deben estar presentes en todo tipo de contratos de adquisición de bienes y servicios y el Estado crea los mecanismos adecuados para que estas disposiciones siempre estén presentes aunque no hayan sido invocadas por las partes.

⁶² Camacho Gutiérrez, Walter. Op. Cit.

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

Este artículo expresa con mayor contenido y propiedad una disposición expresa de carácter constitucional en materia de consumidor. Esto demuestra que una de las dimensiones quizá más importantes de la economía social de mercado establecida por nuestra constitución, es la lealtad al consumidor en la medida que este es el destinatario final de todas las transacciones del mercado.

Marcial Rubio Correa⁶³ expresa en su Estudio de la Constitución Política que difícilmente habrá un mercado confiable y en expansión si el consumidor queda a merced del poder de quienes producen y distribuyen. Por ello la Protección del Consumidor tiene importancia no sólo por la justicia en sí misma frente a él, sino también por la necesidad de fortalecer y hacer crecer el mercado. Justicia y conveniencia son dos aspectos que se entremezclan sustantivamente en este ámbito.

Este artículo nos parece muy exiguo, creemos que la redacción pudo ser mejor, se habla de interés del consumidor más no se trata el tema como un derecho del consumidor en cuanto persona humana y protagonista del mercado, tampoco se confirma la protección del Estado al consumidor como parte de su eje central de política en el mercado, la redacción nos parece un tanto tímida o en todo caso los legisladores pensaron que el tema era muy obvio y no aprovecharon para hacer todo un desarrollo constitucional del tema en tanto la política de defensa del consumidor está relacionada con la dignidad de las personas y la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado.

⁶³ Rubio Correa, Marcial Op. Cit.

Carlos Torres y Torres Lara⁶⁴ al sancionar la Constitución de 1993, expresó que una de las intenciones de los constituyentes fue trasladar el eje de gravedad de la economía de empresa a la relación entre empresa y consumidor. Ello explica el por qué la defensa del consumidor tiene una connotación importante en el esquema de economía imperante actualmente en el mercado.

El derecho a la información de los consumidores respecto de los bienes y servicios que se ofertan en el mercado adquiere una connotación constitucional muy importante que debe ser estudiado en función a otro derecho que también tiene raigambre constitucional como el derecho a la libre expresión pero que obviamente implica una correlación para garantizar una información relevante, adecuada que permita un comportamiento eficiente por parte de los consumidores en el mercado.

Algunos tratadistas consideran que no es conveniente establecer una categoría constitucional para los derechos del consumidor, en razón de que podría convertirse en una simple norma programática, aunque lo más importante en esta materia es que el Estado promueva una legislación adecuada, así como los medios eficaces para que los consumidores y usuarios hagan valer sus derechos. Por lo tanto no tiene ni puede hacer una referencia explícita sobre el alcance de la protección la declaración constitucional, siendo la ley quien debe definirla.

No obstante, la normatividad ha mostrado particularmente en los últimos años una sensibilidad creciente respecto a la tutela jurídica del consumidor, es especial con aspectos relacionados con el derecho a la información, la seguridad de los productos y servicios ofrecidos en el mercado, las cláusulas abusivas en los contratos estandarizados y la responsabilidad de los productores por productos defectuosos, con lo cual la legislación peruana

⁶⁴ Torres y Torres Lara.. La Constitución Económica en el Perú, Lia, Asesorandina SRL, 1994

guarda coherencia con el movimiento universal contemporáneo de protección de los consumidores y su defensa organizada.

El tribunal Constitucional ya ha efectuado una interpretación respecto al alcance normativo del artículo 65 de la Constitución y ha señalado con precisión:

“La Constitución prescribe en su artículo 65 la defensa de los consumidores y usuarios, a través de un derrotero jurídico binario; vale decir, establece un principio rector para la actuación del Estado y simultáneamente, consagra un derecho subjetivo. En lo primero el artículo tiene la dimensión de una pauta básica o postulado destinado a orientar y fundamentar la actuación del Estado respecto a cualquier actividad económica. Así el juicio estimativo y el juicio lógico derivado de la conducta del Estado sobre la materia tiene como horizonte tuitivo la defensa de los intereses de los consumidores y los usuarios. En lo segundo, la Constitución reconoce la facultad de la acción defensiva de los consumidores y usuarios en los casos de trasgresión o desconocimiento de sus legítimos intereses; es decir apareja el atributo de exigir al Estado una actuación determinada cuando se produzca alguna forma de amenaza o de afectación efectiva de los derechos del consumidor o usuario, incluyendo la capacidad de acción contra el propio proveedor.”⁶⁵

En nuestro sistema, además del INDECOPI, también existen organismos reguladores de los servicios públicos que están legalmente facultados para regular la prestación de servicios de energía, telefonía, agua potable y alcantarillado, transportes y como tal pueden establecer una serie de disposiciones relativas a proteger al usuario, e inclusive tienen sus procedimientos administrativos que pueden imponer sanciones pecuniarias para promover un mercado de servicios públicos transparente y sin perjuicios a los consumidores.

⁶⁵ Exp.0008-2003AI/TC Sentencia del Tribunal Constitucional, que declaró inconstitucional el D.U 140-2001 que dispuso la suspensión de vehículos automotores usados de peso bruto mayor a 3000 kilogramos, Lima Noviembre de 2003

Por otra parte la Defensoría del Pueblo también tiene entre sus finalidades según el primer párrafo del artículo 162 de la Constitución Política “... supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía”. Con ello esta facultada para vigilar a quienes supervisan a las entidades que prestan servicios públicos e inclusive a las propias entidades prestadoras.

Esto es positivo pero debemos tener cuidado de no generar resoluciones contradictorias entre instituciones creadas para proteger al consumidor, es importante generar confiabilidad y predictibilidad en el sistema y no bloquear el desarrollo y la iniciativa empresarial por disposiciones que lejos de promover la protección termine afectando el mercado.

2. LEY DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR, DECRETO LEGISLATIVO 716

2.1 Objetivos y Alcances de la Ley

El Decreto Legislativo 716 fue sancionado en 1991 y tuvo el mérito de condensar en un solo documento una serie de disposiciones tanto de carácter legal como administrativo que de una u otra forma regulaban los derechos del consumidor, en tal virtud esta ley da un carácter orgánico, con cierto orden y criterio técnico al tratamiento jurídico de los derechos del consumidor. Posteriormente el 18 de Abril de 1996 con ocasión de efectuar modificaciones a las facultades del INDECOPI la Ley de Protección del Consumidor fue modificada por el D. Legislativo 807, luego fueron sancionadas varias normas complementarias a través de la ley 27311 del 18 de Julio de 2000 que se llamó “Ley de Fortalecimiento del Sistema de Protección del Consumidor”, de manera que la sola nomenclatura de la ley evidenciaba hacia donde se apunta en esta materia para el futuro. Luego el 11 de Diciembre de 2000 por Decreto

Supremo 039-2000-ITINCI se sancionó el Texto Único Ordenado de la Ley Protección del Consumidor consolidando en este último texto todas las teorías principios, instituciones y derechos del consumidor. Se trata de una norma con mayor contenido y propiedad.

Recientemente el 10 de Enero de 2003 por mandato de la Ley 27917, el TUO de la Ley de Protección del Consumidor ha sido nuevamente modificada a fin dotarla de nuevas disposiciones en materia de medidas correctivas

El Decreto Legislativo 716 en principio tiene hoy el respaldo de la Constitución Política del Perú, y establece las bases fundamentales del llamado “Derecho del Consumidor”. A quienes no conozcan analíticamente la Ley, su título puede sugerir que va dirigida a un solo sector de la población, o que se refiere a los llamados microcontratos o está destinada a posibilitar a la población el acceso a bienes o servicios esenciales para la vida diaria. No es así; el Decreto Legislativo 716 es aplicable a todos los contratos que celebren las empresas o comerciantes con quienes adquieren bienes o servicios, siempre que no sea para volcarlos nuevamente al mercado a través de procesos productivos o de comercialización.

En consecuencia el Decreto Legislativo 716 es aplicable tanto a los contratos que tienen por objeto adquirir bienes (alimentos, vestidos, muebles, etc.), como a los que tienen por finalidad una prestación de servicios (viajes, turismo, servicios públicos de todo orden, ahorros, prestamos, medicina, hospedaje, tarjetas de crédito, fondos colectivos, etc.) Estamos frente a una nueva dimensión del contrato frente a los “Derechos del Consumidor”.

La Ley es denominada Texto Único Ordenado, Ley de Protección del Consumidor, esto nos permite efectuar algunas consideraciones acerca del Derecho del Consumidor. En efecto creemos que al hablar de protección el legislador lo que pretende es establecer un texto normativo de carácter integral

que no sólo castigue y sancione a modo de defensa sino que tenga también carácter preventivo, de promoción y educación del consumidor y en este sentido es más conveniente hablar de protección es decir actuar antes de la violación de un derecho del consumidor.

En la doctrina del Derecho Argentino y el Derecho Brasileiro por ejemplo se habla de Defensa y Protección del Consumidor, sin embargo estas expresiones se emplean sin mucha preocupación por determinar su conceptualización, así por ejemplo la ley Argentina 24.240 del 22 de Septiembre de 1993, como en el Código Brasileiro, Ley 8.078 del 11 de Septiembre de 1990 denominan en su titulo I “Normas de Protección y Defensa” de los consumidores; la cual supondría 2 clases de normas, sin embargo semánticamente en las expresiones “Defensa del Consumidor” y “Protección del Consumidor” no hallamos una fácil diferenciación, pues en principio parece que significan lo mismo.

No obstante, buscar una diferencia entre ambos términos podría parecer que se está exagerando, sin embargo si una ley utiliza ambos términos es que apunta a determinadas consecuencias jurídicas y algo querrá indicarnos o sugerirnos. Consideramos que al hablar de defensa una ley se está refiriendo a toda la normatividad que las empresas y quienes coloquen bienes en el mercado, es decir los proveedores deben observar en su publicidad, en la oferta, en el momento de contratar y luego de celebrado el contrato; normatividad cuya observancia pueda exigir el consumidor invocando ante la autoridad administrativa o judicial el amparo de sus derechos.

La protección en cambio creemos que se refiere al compromiso asumido por el estado a través de sus órganos pertinentes y a las atribuciones conferidas a las asociaciones de consumidores con el fin de desplegar una actividad destinada a evitar la violación de los derechos de los consumidores, protección que se desplegará aún cuando la víctima no lo solicite. Esta protección se realiza a través de la actuación de los organismos administrativos

del Estado que exigen el cumplimiento de las disposiciones legales pro consumidor.

Para algunos tratadistas hablar de defensa implica una visión sancionatoria y represiva para castigar a quienes violen los derechos de los consumidores y las prerrogativas para que se faciliten los procedimientos de denuncia contra los responsables; y hablar de protección implica hablar de una visión preventiva, reguladora, promotora de la cultura de consumo es decir normas legales que están antes de la violación de los derechos de los consumidores, por ello algunas legislaciones han conjugado ambos términos, tal es caso de Brasil, cuya legislación esta constituida por el Código de Protección y Defensa del consumidor.

El Decreto Legislativo 716 ha articulado una serie de disposiciones destinadas a tutelar de modo específico y con soluciones prácticas y efectivas a los consumidores y usuarios que considera dignos de protección y hay que remitirse a esta norma de modo principal cada vez que se trate de aplicar las otras leyes de carácter general que procuran brindar transparencia a las operaciones mercantiles y evitar maniobras en perjuicio de los clientes y del mercado.

Por lo expuesto podemos afirmar que el Derecho del Consumidor es un Derecho global de normas, principios e instituciones y por ello tiene un contenido más amplio que la Ley de Protección del Consumidor, porque alude a todo un sistema y no solo a una norma. En este sentido hemos convenido que la presente tesis se proyecte como un estudio integral del Derecho del Consumidor en la legislación peruana.

En alguna medida las disposiciones del derecho del Consumidor integran y amplían el contenido de varias normas del Código Civil.

TUO Decreto Legislativo 716, Ley de Protección del Consumidor

ART. 1.- Están sujetas a la presente Ley todas las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, que se dediquen en establecimientos abiertos al público, o en forma habitual, a la producción o comercialización de bienes o a la prestación de servicios en el territorio nacional.

Criterios de Razonabilidad

Razón frente a la norma; en efecto la ley prevé que para los efectos de la protección del consumidor se consideren a todos los que ponen a disposición del público un bien o un servicio en el mercado, independientemente de la categoría ocupacional que tenga la persona en la llamada cadena o ciclo económico de producción y consumo. Aquí el proveedor está ligado al concepto de habitualidad no como número de transacciones, sino como animus de permanencia en esa actividad.

No interesa si la actividad como proveedor la desarrolla en establecimientos comerciales abiertos al público, sino que se presuma que el agente desarrolla la actividad comercial para continuar en ella.

No olvidemos también que la actividad comercial en nuestro país se realiza través de establecimientos formales e informales y en ambos casos les será aplicable la Ley de Protección del Consumidor. Este artículo establece también que la relación de consumo respecto de la cual se aplica la ley debe ser establecida en el territorio nacional, dado que la competencia territorial está en función de la población nacional, de las cosas que se encuentran dentro del territorio nacional y de los hechos que tienen lugar en dicho territorio.

La ley se aplica también a los actos de consumo que tengan origen en el territorio nacional, es decir que se celebren en el Perú, sin perjuicio que la ejecución o prestación del servicio contratado y los efectos del contrato se produzcan o no en el país. Tal es el caso de la venta de pasajes aéreos y de

paquetes turísticos al extranjero⁶⁶. Asimismo en una relación de consumo celebrada fuera del territorio nacional cuyas consecuencias jurídicas tienen efectos en el Perú, resulta competente la legislación peruana para defender los derechos del consumidor afectado⁶⁷.

Certeza

Aquí el criterio de certeza que encontramos es que la habitualidad del proveedor no está en función a la cantidad de operaciones comerciales, ni a la realización de actividades en establecimientos abiertos al público.

Esta certeza va a permitir que toda persona que ponga a disposición del público un bien o servicio esté dentro del alcance normativo de la ley y no se escape de ella. Así su eventual responsabilidad no podrá discutirse en otra vía o con otra ley en la que por deficiencias legales podría exonerarse de las sanciones que impone la ley de Protección del Consumidor.

Esta certeza, da unidad y organicidad al tratamiento del proveedor en la ley de Protección del Consumidor constituyendo una categoría jurídica claramente definida. Además quien ostenta esta categoría es aquel que pone a disposición de los consumidores bienes y servicios de cualquier naturaleza, sea cual fuere la organización jurídica con la que opere en el mercado.

ART. 2° La protección del consumidor se desarrolla en el marco del sistema de economía social de mercado establecido en el capítulo I del Régimen Económico de la Constitución Política del Perú, debiendo ser interpretado en el sentido más favorable al consumidor.

⁶⁶ Resolución 0190-2000TDC-INDECOPI , Alice Owen Rangel contra Assist Card Perú SA por infracción cometida en la prestación de servicios turísticos de asistencial viajero en el extranjero, en particular atención médica

⁶⁷ Resolución 429-2003 CPC , Sra. Díaz contra Aeropostal de Venezuela . se estableció que en aplicación del Art. 2058 inc 2 del C.C , cuando una relación de consumo se celebra fuera del país, pero sus efectos jurídicos se materializan en el Perú, la C.P.C es competente para resolver la violación de los derechos del consumidor sometida ante la autoridad nacional.

El interés del consumidor lo protege el Estado. El consumidor es el protagonista del mercado, el centro de referencia de las relaciones económico productivas dentro del contexto de la economía social de mercado, es decir, leal, honesta y libre competencia, en favor del bienestar del consumidor.

El Estado no sustituye la decisión del consumidor, sino que crea un marco en el que el respeto a ciertas reglas sea el mecanismo que garantice la facultad del ciudadano de elegir.

Lo que fluye tanto del texto constitucional como del Decreto Legislativo 716 es que el tema del consumidor debe ser concebido dentro del marco de la economía social de mercado, que es un esquema en el cual los objetivos socioeconómicos de los empresarios y del Estado deben tener un punto de equilibrio para su adecuado funcionamiento.

La protección del consumidor en este contexto adquiere una dimensión jurídicamente más amplia. Primero, porque el Derecho del Consumidor constituye una prerrogativa de la persona como sujeto de derecho y también constituye un elemento ineludible de la economía de mercado.

En la parte in fine del artículo se ha establecido con claridad el PRINCIPIO PRO-CONSUMIDOR, el cual constituye una base firme sobre la cual se ha de desarrollar en el futuro todo el sistema de protección de los consumidores. Además este principio es importante por que permitirá a las autoridades administrativas y judiciales que tengan que ver con la materia, hacer una integración de dicho principio con otros de nuestro sistema y optar por una interpretación que garantice a todos los consumidores el respeto de sus derechos.

Este principio da luz y orienta el sistema de protección de los consumidores y coloca a la legislación peruana a la vanguardia de la cultura de consumo en consonancia con las legislaciones más avanzadas que también

tienen en su legislación el mismo principio, tal es el caso de la ley Argentina que tiene una disposición muy peculiar en su artículo 65 dotada de una pauta hermenéutica de máxima protección: En caso de duda se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor (Art. 3º in fine) También el Código brasileiro ha diseñado una política nacional que tiene por objeto la atención de las necesidades de los consumidores (art. 4º), entre otras.

Criterios de Razonabilidad

Como expresa Antonio Hernández Gil⁶⁸, la Escuela Exegética, tiene como una de sus notas características “dar a la norma la extensión de que sea susceptible, sirviéndose de un proceso deductivo”, es decir establecer el principio fundamental que la norma consagra, descubrir la intención del legislador para obtener sus consecuencias. Esto nos conlleva a buscar en la ley la razonabilidad de sus disposiciones.

En efecto, si revisamos el texto constitucional como el Decreto Legislativo 716 se puede deducir que todo el tratamiento normativo sobre la protección del consumidor tiene como principio fundamental el respeto a las reglas básicas de la economía social de mercado, por ello es razonable lo expuesto en la ley en cuanto considera al consumidor como protagonista del mercado.

El Estado debe fortalecer la autonomía privada y el poder de decisión del ciudadano; no sustituyendo su voluntad, ni expropiando su decisión, ni debilitando su autonomía, sino más bien promoviendo la ciudadanía económica y permitiéndole al consumidor hacer valer sus derechos. Es decir, el Estado debe tener un rol promotor.

Otro elemento de razonabilidad lo encontramos en el hecho de que el Estado trata de preservar los intereses del consumidor ante los problemas de

⁶⁸ Herandez Gil, Antonio . Metodología del Derecho, Ordenación Crítica de las Principales Direcciones Metodológicas, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1945

asimetría de información que no pueden ser resueltos por la competencia entre las empresas, ni por la propia dinámica de las relación consumidor –proveedor.

Sin embargo, el Estado debe actuar con cautela. No es su rol expropiar o sustituir la decisión de los consumidores, sino permitir que éstos puedan decidir. Es decir, el Estado debe crear un marco en el que el respeto a ciertas reglas sea el mecanismo que garantice la facultad de elegir y el poder de decisión individual.

La ley en este caso con buen criterio ha fusionado en su texto el Derecho del Consumidor como una prerrogativa por su condición de persona y como un elemento central de la economía social de mercado.

Certezas

Los criterios de razonabilidad expuestos conllevan a las siguientes certezas legales:

- La protección del consumidor se establece y desarrolla dentro de la economía social de mercado.
- El consumidor es el centro de referencia de todas las relaciones económicas y comerciales. Es el protagonista del mercado.
- La protección del consumidor es un elemento importante en el esquema político de la economía social de mercado.
- El sistema de protección gira en torno al principio constitucional pro-consumidor.

Estas certezas que subyacen en la norma nos van a permitir que todo el desarrollo legislativo y todos los estudios que se hagan sobre la protección del consumidor, giren en torno a lo dispuesto en el marco constitucional, con un

criterio de razonabilidad, independientemente de la posición ideológica que tengamos al respecto.

Determinación Conceptual del Consumidor en el marco de la Ley

**ART. 3.- Para los efectos de esta Ley, se entiende por :
Consumidores o Usuarios: Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios.**

Consumidores somos todos. Consumidor es una categoría jurídica conceptual no condicionada respecto a la persona en sí misma. No importa la edad, condición, economía, nacionalidad, estado civil, etc.

Hay un elemento que califica el concepto de consumidor y que no está en función al agente, es decir, al consumidor que es un maximizador de recursos por excelencia, sino al destino o al uso que se da a los bienes o servicios adquiridos.

La Ley habla de consumidor o usuario y la palabra consumidor en nuestra ley, como casi en todas las leyes similares del derecho comparado, tiene un significado amplísimo que excede a la idea que es solo la persona que adquiere bienes y servicios. Para este Derecho consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza, como destinatario final, bienes o servicios cualquiera sea su naturaleza; y los adquiere de quien los produce, vende, facilita, suministra o expide. Es decir, jurídicamente consumidor puede ser un comprador, un inquilino, un locatario de un servicio o de una obra, un mutuario, etc., sin que esto implique que deba pertenecer a una clase social, profesión, o situación económica particular.

Esta definición coincide con la del *Molony Report*, cuyo artículo 2 definía al consumidor como “aquel que compra o alquila mercancías para su uso o consumo privados”⁶⁹

Bergel y Paolantonio expresan que las dificultades propias del concepto del consumidor lo han llevado a ser calificado como uno de los más tortuosos temas de la disciplina jurídica de protección de los consumidores.⁷⁰

El término “consumidor” parece más tomado desde el punto de vista económico que del jurídico, en efecto, porque los bienes producidos sirven para satisfacer necesidades no volviendo a ser usados como bienes de cambio. A partir de ello desde el punto de vista jurídico, los bienes susceptibles de consumo pueden ser muebles e inmuebles, materiales e incorpóreos, por lo que el acto del consumo, reviste muchas posibilidades. Son tanto bienes de consumo los alimentos como los artículos electrodomésticos, la vivienda como los servicios médicos, el transporte como la electricidad, en fin, la lista es interminable. Los objetos cotidianos proliferan, las necesidades se multiplican, tanto es así que hay quienes han llegado a decir que hoy el consumo no tiene límites.

En los antecedentes de la ley e incluso en algunos razonamientos de la doctrina anterior se hablaba de consumidor teniendo en consideración a aquella persona individual carente de recursos que adquiriría productos y servicios para satisfacer sus necesidades esenciales; pero luego el criterio se extendió a todo lo que fuese adquisición de bienes sean o no esenciales y sean o no consumibles y se extendió también el concepto a los usuarios de los servicios, por ello la ley refiere a los usuarios como aquel que no solamente tiene el derecho del uso o goce de una cosa, sino todo aquel que es destinatario de servicio de cualquier naturaleza. Por comodidad y a veces para

⁶⁹ En 1962 la comisión presidida por el jurista inglés Molony produjo el “Molony Report” en el que sugerían modificaciones a las leyes de Gran Bretaña, tendientes a una protección más completa de los consumidores y usuarios, en las cuales destacaba la creación de un organismo estatal de protección. Varias de sus propuestas se convirtieron en leyes.

⁷⁰ Bergel-Paolantonio. Anotaciones sobre la Ley de Defensa del Consumidor. ED 22-11-93, citado por Farina, Juan, Op. Cit.

abreviar empleamos a veces solo la palabra consumidor, pero queda sobreentendido que en ella está incluida implícitamente la figura del usuario.

Reiteramos que la palabra consumidor en el contexto de la ley tiene una connotación amplia que va más allá del concepto de bienes consumibles, es consumidor tanto quien compra alimentos como quien compra ropa, muebles, o enseres del hogar, e inclusive un inmueble para vivienda propia.

El liberalismo clásico ha considerado al consumidor como el soberano del mercado. Adam Smith consideraba un absurdo sacrificar el interés del consumidor con el objeto de favorecer al productor. El consumidor es la finalidad exclusiva de la producción, y únicamente se deberá fomentar el interés de los productores cuando ello coadyuve a promover el del consumidor.⁷¹

El Consumidor como destinatario final es considerado como un consumidor amateur, básicamente por dos razones: por el destino que le da al bien o servicio adquirido y por el nivel de información que maneja para la toma de decisión a la hora de adquirirlo.

Mediante Resolución No 101-96TDC del 18 de Diciembre de 1996, el INDECOPI, como ente rector de la materia, aprobó el precedente de observancia obligatoria que estableció lo que debía entenderse por consumidor para efectos de la aplicación del Decreto Legislativo 716:

“Se considera como consumidor o usuario, de acuerdo a lo establecido en el inciso a) del artículo 3 del Decreto Legislativo 716, a la persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta un producto o un servicio para fines personales, familiares o de su entorno social inmediato. No se consideran por tanto consumidores y usuarios para efectos de la Ley a los proveedores cuando adquieren, utilizan o

⁷¹ Smith Adam, Investigación sobre la naturaleza y causas de las Riquezas de las Naciones, México F.C.E., 1954. P.588

disfrutan de un bien o de un servicio para fines propios de sus actividad como tales, según las definiciones contenidas en los artículo 1 y 2 inciso b) del mencionado cuerpo legal. En tal sentido las denuncias que tengan por pretensión la protección de intereses de quienes no pueden ser considerados consumidores o usuarios de bienes ser declaradas improcedentes”.

La aplicación del precedente de observancia obligatorio ha planteado diversos problemas durante el tiempo transcurrido desde su entrada en vigencia. Dichos problemas se originan en la posibilidad de exclusión de sujetos que se encuentran en una posición de desigualdad frente al proveedor, debido a la falta de claridad del precedente de observancia obligatoria en materia del señalamiento de las exclusiones para la aplicación de la Ley de Protección del Consumidor. Esta posibilidad de exclusión es contraria a la teleología del ordenamiento nacional en materia de Protección del consumidor.

La validez de este precedente es un tema que la Sala de Defensa de la Competencia viene estudiando para promover una reforma legal

Lo que debe quedar claro a la hora de analizar el concepto de consumidor final es que no basta que la persona adquiera un bien o un servicio de un proveedor para establecer que estamos frente a un acto de consumo y por lo tanto ser considerado consumidor, sino que es preciso que sea un destinatario final de dicho bien o servicio, independientemente que se trate de una persona natural o jurídica, no deberá reingresar el bien o servicio al mercado.

El Decreto Legislativo 716 no precisa que quien adquiera un bien o un servicio lo haga a título oneroso y es perfectamente posible que la adquisición sea a título gratuito de manera que la protección legal se extiende a quienes pertenecen al ámbito familiar o social del adquirente y usan el bien o servicio. Desde el punto de vista teleológico son consumidores no solo quienes ceden

bienes a sus familiares, sino también cuando se ceden a terceros ajenos al ámbito familiar doméstico pero con dicha cesión no se vuelve a introducir el objeto de consumo en el mercado; por lo tanto será considerado consumidor quien adquiere un bien para regalarlo.

Lo expuesto nos lleva a reflexionar sobre aquello que en la doctrina se conoce como consumidor material y consumidor jurídico.

Consumidor Jurídico será aquel que realice el acto o negocio jurídico de adquisición del bien o servicio. Consumidor material será aquel que realice la utilización, uso, consumo o disfrute del bien o servicio. Obviamente ambos pueden coincidir pero en ambos casos la protección y ejercicio de derechos y garantías variaran según se trate de uno u otro apelando al Código Civil en el primer caso y a la Ley de Protección del Consumidor en el segundo caso.

Debemos precisar también que la Ley peruana no ha distinguido entre consumidor individual y consumidor corporativo y se ha optado por un criterio amplio en este sentido de tal forma que pueden considerarse consumidores tanto las personas físicas como las jurídicas.

Lo más importante para la construcción de la noción del consumidor en el ámbito legal es el propósito con el que se consume, es decir el destino que definitiva le damos al bien o servicio adquirido. Por lo tanto las personas jurídicas que adquieren un bien o servicio y no lo hacen con el propósito de integrarlo al circuito económico o sea que no lo utiliza como insumo, puede ser considerado como consumidor para efectos legales.

Consideramos que la ley no hace distinciones sobre el tamaño de la empresa, sino que lo que importa es el destino final del bien o servicio adquirido, aunque si es pertinente establecer que un eventual consumidor cuya dimensión empresarial es muy grande y que puede llamarse gran empresa, tiene obviamente un nivel que le permite manejar mayor cantidad de

información que una pequeña empresa y como tal estará mejor protegido ante eventuales engaños, dada su condición de comprador técnico o profesional que lo apartara de la legislación de protección del consumidor para trasladarlo a las normas ordinarias del Derecho Civil y Contractual.

En el caso de que las pequeñas empresas adquieran bienes o servicios para incorporarlos a sus procesos productivos, pero tengan un déficit de información, negociación y reflexión, estarán protegidas por la ley, toda vez que la condición sine-quantum para su calificación jurídica ya no radica en el destino de los bienes o servicios adquiridos, sino en el irrestricto respeto al Derecho a la Información que es hoy una prerrogativa del mercado y en especial de los consumidores, sean éstos individuales o corporativos.

Dentro de este contexto y mientras trabajábamos este tema, la Sala de Defensa de la Competencia con fecha 03 de Octubre de 2003 emitió la Resolución No 422-2003 TDC/INDECOPI por la cual incorpora a las pequeñas empresas dentro del concepto de consumidor con lo cual se amplía la cobertura de dicho concepto abarcando no solo a personas jurídicas no lucrativas sino también empresas en tanto adquieran bienes o servicios como destinatarios finales.

Esta resolución obviamente ha marcado un paso importante en la construcción del tema del consumidor final y ha significado modificar el precedente anterior establecido por la Resolución 101-96 TDC del 18 de Diciembre de 1986, creando un nuevo precedente de Observancia Obligatoria. Dicha resolución es la No 422-2003 SDC/INDECOPI recaída en el procedimiento sobre infracción a las normas de protección al consumidor iniciado por Reynaldo Moquillaza S.R.L. contra Milne & Co. S.A., en la que la Sala restableció un nuevo precedente de observancia obligatoria por el cual se consideran como consumidores o usuarios para efectos de la ley a las personas naturales y jurídicas pertenecientes a la categoría profesional de los pequeños empresarios, en tanto son también sujetos afectados por la

desigualdad informativa en la relación de consumo. Este nuevo precedente es indudablemente un hito muy importante para ampliar la cobertura de la ley hacia el sector de la pequeña empresa y se ha dado al mercado un gran mensaje. En los anexos de la tesis se podrá revisar in extenso esta resolución.

Consumidor Razonable establecido por INDECOPI

Es muy importante señalar en esta parte de la investigación que el INDECOPI como órgano rector del Sistema de Protección del Consumidor ha establecido un control de entrada al procedimiento administrativo estableciendo a través de la vía jurisprudencial administrativa el concepto de **Consumidor Razonable** como un complemento al concepto de **Consumidor Final**. Es necesario analizar este concepto porque INDECOPI lo ha establecido para efectos de limitar el acceso de esta normatividad. INDECOPI ha establecido que debe tenerse en cuenta que la protección del consumidor se desarrolla en el ámbito de una economía social de mercado. Esto es en un sistema en que la interacción entre oferente y demandantes orienta la asignación de sus recursos, determinando la calidad y estableciendo los precios en el que los bienes y servicios se incorporan al mercado. Asimismo para el INDECOPI no toda asimetría informativa debe ser corregida porque si el mercado funciona adecuadamente puede generar suficiente cantidad de información relevante para que los agentes económicos tomen decisiones racionales y adecuadamente informadas, sin que sea necesario que desarrollen una capacidad de manejo de información similar a la de los proveedores.⁷²

Consideramos que el razonamiento del INDECOPI es excesivamente teórico con el riesgo de desproteger al consumidor, más aún en economías de mercado imperfectas y atípicas como la nuestra donde el acceso a la información es escasa, los comportamientos de los agentes son ineficientes y los proveedores se encuentran inertes ante un Estado que suele cambiar inconsultamente las reglas de juego. Como expresa Gutiérrez Camacho, “en

⁷² INDECOPI, Documento de Trabajo. Marzo 1999.

un escenario donde no hay cultura de mercado, partir del supuesto que el mercado esté funcionando, es perjudicial para el consumidor”.

El concepto de consumidor razonable establecido por INDECOPI es una creación de nuestra jurisprudencia administrativa, porque la ley no se refiere a él, lo cual no quiere decir que la jurisprudencia no deba ser creativa, pero dicha creación debe tener su correlato no solo en el contexto jurídico positivo sino también en la realidad en la cual opera la norma, como no se puede introducir elementos subjetivos en el análisis del concepto de consumidor a través de interpretaciones jurisprudenciales restrictivas que imponen al consumidor además de los requisitos legales otros que están fuera no solo de la ley sino de la cultura y de su realidad existencial.

El concepto de consumidor razonable más que una creación de nuestra jurisprudencia es una copia o en todo caso una importación del Derecho Anglosajón y que incluso en esa realidad no está exento de razonamientos. *The Reasonable Man*, de donde descende el consumidor razonable, es una construcción mítica del Derecho Común Inglés. Es un ideal, la materialización de todas las cualidades que demandamos de un buen ciudadano.⁷³

Revisemos una síntesis irónica que hace Herbert del Hombre Razonable para analizar si efectivamente este concepto tiene relación con nuestra realidad propia de un país subdesarrollado con una población cultural, social y económicamente heterogénea: “El hombre razonable está siempre pensando en los demás; la prudencia es su guía, y la seguridad primero es la regla de su vida. Es alguien que mira invariablemente a donde se dirige y tiene cuidado de examinar el terreno inmediato antes de dar un brinco o un giro; no bobea ni se pierde en la meditación cuando se aproxima a las puertas de las trampas o a la orilla de un muelle; siempre registra en los talones de los cheques cuantos detalles sean convenientes; nunca se sube a un autobús en movimiento; no se baja de un carro mientras el tren se encuentra en

⁷³ Cooter Robert y Ulen Thomas, Derecho y Economía. Fondo de Cultura Económica, México

movimiento; investiga exhaustivamente la buena fe de cada mendigo antes de repartir limosnas y se informará de la historia y los hábitos de un perro antes de acariciarlo, no cree en chismes; ni los repite a menos que tenga una base firme para creer que son ciertos; nunca le pega a la bola antes de que quienes estén en frente hayan desalojado completamente el hoyo que es su propio objetivo; jamás pide demasiado a su esposa, sus vecinos, sus sirvientes, su buey o su asno; en sus negocios solo busca ese margen de beneficio pequeño que doce hombres como él considerarían justo, y contempla a sus colegas comerciantes, sus agentes y sus bienes con ese grado de suspicacia y desconfianza que el derecho considera admirable; nunca lanza maldiciones ni juega juegos de azahar, ni pierde el control; siempre se comporta con moderación, y aún cuando está azotando a su hijo piensa en el justo medio. Es un monumento en nuestros tribunales, en vano llamando a sus conciudadanos para que ordenen sus vidas de acuerdo con su ejemplo”.....⁷⁴

El ideal del hombre razonable es pues un ser especial que no existe en nuestra realidad, no es el consumidor promedio sino alguien que está por encima del promedio. Coincidimos con Walter Gutiérrez Camacho cuando expresa que en otras latitudes tal vez pueda hablarse de Consumidor Razonable con cierto asidero, pero en un país en el que existe un alto grado de analfabetismo⁷⁵ y la cultura es precaria es sencillamente una ilusión.

La figura del consumidor razonable si se interpreta de forma restrictiva podría conducir inevitablemente a desproteger a un grueso sector de consumidores, porque de acuerdo con la interpretación y el razonamiento del INDECOPI, la mayoría de consumidores comunes y corrientes de nuestro país que no hacen análisis para comprar y que no tienen las condiciones de diligencia ordinaria en su vida cotidiana no estarían protegidos por la ley, es decir que para INDECOPI serían consumidores torpes o irracionales, los que no saben conducirse en el mercado y por lo tanto no merecen tutela jurídica.

⁷⁴ Cooter Robert y Ulen Thomas, Op. Cit. P.383

⁷⁵ Recuerda Walter Gutiérrez Camacho que en el Perú hay analfabetos por condición y por vocación. Los primeros son los que no saben leer ni escribir, los segundos son los que sabiendo leer y escribir no leen ni escriben, en Contrato y Mercado. Lima, Gaceta Jurídica, 2000

Hay muchos casos en el país, de consumidores medianamente informados pero no instruidos que sienten que quien debe tutelar sus derechos no lo hace porque le exige que sea analítico, culto y razonable, algo que tiene que ver generalmente con el nivel de educación, recurso que es deficientemente suministrado por el Estado y que es además esquivo y caro en algunos casos para un pueblo que no lee porque no sabe, o que no sabe porque no lee.⁷⁶

La tesis del consumidor razonable es defendida por algunos autores que tiene una posición restringida y que excluyen del ámbito de protección de la ley a cierto tipo de consumidores, basados en que es indispensable exigir a los consumidores un comportamiento alterado con cierto nivel de diligencia, porque una protección amplia e indiscriminada sería una indeseable señal al mercado que desalentaría las conductas diligentes lo que a la larga elevaría los costos de transacción, porque los empresarios incorporarían en sus precios estas contingencias. Es decir para quienes defienden esta posición, el concepto de consumidor establecido desde este punto de vista constituiría una especie de barrera de entrada al ámbito de protección legal establecido por la Ley de Protección del Consumidor excluyendo a ciertos consumidores que no deben “beneficiarse” de la protección de la legislación de consumo creada paradójicamente por mandato constitucional dado que no responden al parámetro establecido en la figura del consumidor razonable⁷⁷

Estamos de acuerdo con que es necesario educar y capacitar al consumidor porque el desarrollo no depende solamente de la competitividad y de la calidad de las empresas proveedoras de bienes y servicios en el mercado, sino también de la calidad y de la conducta idónea de los

⁷⁶ En el Perú según datos del Instituto Nacional de Estadística (INEI) al 2002 tenemos una tasa de analfabetismo de 12,1 % en el ámbito nacional y si desagregamos estos datos, los varones tienen la tasa de 6,1% y las mujeres alcanzan una tasa de 17%; es decir de cada 100 mujeres casi 18 de ellas son analfabetas. La situación más crítica es la de mujeres que viven en zonas alejadas de la capital, mientras que Lima tiene una tasa de 6,4%; en Huancavelica la tasa de analfabetismo femenina es de 46,8%, es decir de cada 100 mujeres, casi la mitad es analfabeta. Otras ciudades como Ayacucho y Apurímac tienen igualmente tasas altas de analfabetismo relacionadas con su nivel de pobreza. Fuente INEI, “Condiciones de Vida en los departamentos del Perú”, 2002, Lima.

⁷⁷ Esta tesis ha sido planteada principalmente por Alfredo Bullard Gonzales, véase “El Derecho a equivocarse, la Contratación Masiva y la Protección del Consumidor”, en Derecho y Economía, Palestra Editores, Lima, 2003

consumidores frente a una relación ordinaria de consumo y en ese contexto la calidad depende también de los que compran. Pero ello no nos puede llevar al extremo de crear en vía de interpretación un consumidor que solo tiene una existencia ideal o cuando menos muy limitada protegiendo solo un sector muy reducido de consumidores supuestamente racionales.

Creemos que este razonamiento puede dar lugar a una forma muy sutil de discriminar, de crear aunque sin proponérselo quizás un cisma, una brecha entre peruanos analíticos, leídos, cultos y razonables y otros que son todo lo contrario, o en todo caso son adecuadamente informados, pero no tan instruidos ni tan racionales debido a su nivel medio de cultura, a quienes la ley difícilmente ampararía por no tener una conducta acorde a las exigencias del mercado, sin reparar que el mercado es en esencia la interacción de personas buscando satisfacer sus necesidades y como tal es imperfecto, por que imperfecto es el hombre. Entonces por qué exigirle a la comunidad de consumidores un alto estándar de comportamiento razonable⁷⁸

Esta interpretación del INDECOPI va en contra de la tendencia mundial que busca cada vez más ampliar la cobertura de protección de la legislación de consumo y quizás sea oportuno que el INDECOPI cambie su modelo paradigmático de analizar todos los temas de consumidor bajo la óptica del análisis económico del Derecho, sin reparar que hay nuevas formas de entender y analizar el Derecho y que éste es un tema vivo que se enriquece a diario, que no se agota en una sola forma de interpretar la ley, que es como un cubo con varias aristas y tenemos que tener una visión integral del fenómeno social para entenderlo desde el punto de vista jurídico.

Respecto a los precedentes de observancia obligatoria sobre protección del consumidor que en materia de defensa de la competencia estableció

⁷⁸ Según la Encuesta Nacional de Hogares (ENAH) ejecutada por el INIE, en el IV trimestre de 2001 y tabulada en 2002. INEI, Sistema Nacional de Estadística, Informativo Quincenal "Cifras", No 19 del 20 Junio de 2002, existen diferencias significativas entre el área urbana u rural. El 40% de los jefes de hogar que viven en el área rural aprendieron el quechua, el 5,5% el aymara, el 2,0% otra lengua nativa y la mitad de jefes de hogar aprendieron el castellano. En la Costa 11,3% de los jefes de hogar aprendió en su niñez un idioma nativo, Lima el porcentaje es mayor 19,4%, en la Sierra 54,3% y en la Selva baja 14,9%. En Lima Metropolitana se concentra la mayor población de origen indígena (según el criterio del idioma o dialecto materno)

INDECOPI, Gutiérrez Camacho expresa que “El problema de este razonamiento, aparentemente inexpugnable, no solo es su excesivo carácter teórico, sino el declarado alejamiento de lo que significa el rol del Estado en una economía social de mercado. En efecto, en la realidad es difícil saber a ciencia cierta si el mercado está funcionando o no y en ese ejercicio no se debe desproteger al consumidor. Esto es aún más peligroso en economías de mercado imperfectas e incipientes como la nuestra, en donde los agentes del mercado se conducen atípicamente, donde la información a la que pueden acceder los consumidores es escasa y los proveedores se hallan acosados por un Estado que cambia las reglas de juego.”⁷⁹

Por otra parte es preciso señalar que es obvio que puede existir un control de entrada del consumidor para los efectos de la aplicación de la ley, porque previamente debe establecerse si el peticionante cumple con los requisitos objetivos de la ley sobre la base del marco conceptual del consumidor final, caso contrario estaríamos desconociendo los esquemas legales establecidos por el propio sistema jurídico, pasando a proteger a quien no es necesariamente consumidor final y no tiene el carácter de contratante débil.

Lo importante es que la tarea de interpretar los alcances normativos del concepto de consumidor sea un ejercicio adecuado que no nos permita excluir a quienes si deben ser protegidos, teniendo en cuenta que en una economía de mercado imperfecta como la nuestra, la información es un recurso escaso, los agentes económicos se comportan de manera atípica y lo que es mas grave no existe conciencia ciudadadana del rol del consumidor, es decir no hay cultura de consumo y por otro lado no existe cultura de mercado por parte de los proveedores.

En Europa el Alto Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha establecido y ha desarrollado el parámetro del consumidor medio,

⁷⁹ Gutiérrez Camacho, Walter. “Derecho del Consumo, Constitución y el Contratante Débil”, en Diálogo con la Jurisprudencia, Año 9 No 65, Febrero 2004. Pág. 112

como consumidor inteligente y razonablemente informado, atento y reflexivo, en el mercado y consiguientemente como es bien sabido, con la finalidad de alcanzar un mercado interior único y operativo. No obstante el Derecho Comunitario Europeo contiene una disposición muy interesante en el Art. 10 del Reglamento CEE No 1907/90 por la cual el Juez nacional a pesar de tomar como referencia la presunción del consumidor medio, normalmente informado, razonable, atento y perspicaz, cuando tropieza con dificultades especiales para evaluar el carácter engañoso de un mensaje que atente contra el derecho a la información u otro derecho del consumidor, puede ordenar en las condiciones previstas en su Derecho nacional, un sondeo de opinión o un dictamen pericial especial sobre el caso para instruir su decisión.

Esta norma es muy interesante y podría ser tomada como referencia por el INDECOPI como una pauta hermenéutica que permita interpretar y aplicar mejor la ley para resolver situaciones complejas derivadas de problemas sobre protección del consumidor sin necesidad de apegarse rigurosamente a su construcción jurisprudencial del consumidor razonable que podría resultar en algunos casos errática⁸⁰.

La línea jurisprudencial europea no hace referencia expresa a un determinado concepto de consumidor, pero del sentido de sus fallos se desprende claramente que rechazan un concepto de consumidor acrítico, descuidado e irreflexivo y manejan un concepto de consumidor maduro que actúa siguiendo criterios de racionalidad. Esto es posible en una sociedad como la europea con cierto nivel de cultura estándar sin tremendas diferencias sociales, culturales y económicas como la realidad peruana y latinoamericana, pero aún así si para el juez existe una duda puede innovar su fallo gracias a un dictamen o sondeo de opinión que determine con precisión el carácter lesivo

⁸⁰ Según la Encuesta Nacional de Hogares (ENAH0), INEI, Sistema Nacional de Estadística, Informativo Quincenal "Cifras", No 19 del 20 Junio de 2002. El nivel de educación alcanzado por los jefes de hogar se encuentra altamente relacionado con el idioma aprendido en su niñez. Del total de jefes de hogar que aprendieron en su niñez el castellano, el 21,4% alcanzó el nivel de educación superior, el 36,8% secundaria, 36,7% primaria y 5,0% ningún nivel. De los que aprendieron el quechua, 6,6% alcanzó el nivel de educación superior, el 25,0% secundaria, el 49,6% primaria y 18,7% no alcanzó ningún nivel de educación. Estas cifras muestran cual es la realidad social del país.

de una falta contra el consumidor a pesar de ser éste un consumidor atento y razonable.

Por otra parte es innegable que puede haber en el mercado en general, es decir en el círculo de consumidores destinatarios, algunos que destacan por su nivel de conocimientos y otros particularmente ignorantes, pero para los efectos de la aplicación de la ley de protección del consumidor, la de competencia desleal o de publicidad, creemos que lo que se debe buscar es la imagen del consumidor medio, es decir de aquel normalmente informado conforme al medio en que actúa.

Es obvio que tampoco proponemos un prototipo de consumidor desprevenido y poco conciente, por que con ello no se aseguraría la existencia de un mercado transparente, ni se protegería en mayor medida a los consumidores en general, por que un consumidor inconsciente y desprevenido puede impedir que los comerciantes proporcionen un nivel adecuado de información al mercado, quienes disminuirían la cantidad de información por el riesgo de que sus mensajes puedan ser considerados engañosos o también pueden difundir mensajes demasiado permisivos con expresiones técnicas inexactas o incorrectas, lo que podría afectar paradójicamente a aquellos consumidores medios que se resultarían engañados, ya que ellos si están adecuada o medianamente informados para tomar decisiones de consumo.

Si analizamos el mercado con detenimiento veremos que frente al consumidor razonable del INDECOPI hay otros modelos de consumidor establecidos precisamente por los propios consumidores a través de sus asociaciones⁸¹, como es el caso de la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (ASPEC) que como representante de la propia comunidad organizada en torno a la problemática del consumo, ha realizado un estudio con los consumidores del mercado peruano y ha llegado a establecer algunas diferencias entre ellos, así tenemos:

⁸¹ Revista Consumo Respeto, ASPEC. Enero-Marzo 2002, Pág. 23

Consumista

Comprador Compulsivo, que no suele planificar sus compras, que casi nunca se informa antes de comprar. Que no compara precios ni calidad, le encantan las promociones y casi nunca reclama.

Este tipo de consumidor lo constituye la mayoría de personas, porque el poblador común difícilmente hace análisis para comparar y generalmente actúa por impulso.

Consumidor Medio

Aquel consumidor que sólo a veces planifica sus compras, pero le gustan las ofertas. Sólo se informa del producto cuando algo le preocupa. No es muy acucioso ni cuidadoso en sus compras, no se fija mucho en los detalles y sólo reclama cuando la cosa es grave.

Las asociaciones le aconsejan siempre actuar con más cuidado en sus compras; por que de ello depende su seguridad y la de su familia.

Este tipo de consumidor tiene un comportamiento regular y actúa en función de las circunstancias

Consumidor Razonable

Aquel que lee las etiquetas, especialmente las fechas de vencimiento. Compara precios y calidades antes de comprar y lee con cuidado los contratos antes de firmarlos.

Reclama si considera que sus derechos han sido violados. Es un buen consumidor, en tanto demuestra un nivel aceptable de cultura de consumo y además entiende la problemática del consumo como algo integral que nutre inclusive el propio sistema de mercado y además promueve que los

compradores aprovechemos la información que los proveedores trasladan la mercado cada vez que publicitan sus ventas.

Consumerista:

Aquel consumidor que compra responsablemente, pensando no sólo en su interés sino en su impacto en su familia, la comunidad y su medio ambiente.

Siempre está dispuesto a reclamar cuando los proveedores violan sus derechos o los de otros consumidores. Es un convencido de que el consumidor es el soberano del mercado y tiene un gran poder de influencia mediante su capacidad de compra.

Este es el consumidor ejemplar, podría decirse que es el ideal del consumidor, aunque escaso en la sociedad como la nuestra que por razones económicas generalmente se orienta a comprar lo más barato. Este tipo de consumidor no se logra de la noche a la mañana, sino que es producto de la evolución del propio mercado en la búsqueda constante por integrar las relaciones de negocio que se establecen entre compradores y vendedores todos los días.

De las definiciones establecidas referidas, se advierte que los propios consumidores han observado que en el mercado peruano opera un tipo de consumidor que no es exclusivamente razonable, como lo ha establecido el INDECOPI a través de sus resoluciones, y que por el contrario los distintos tipos de consumidores que encontramos en el mercado se diferencian por el comportamiento que cada uno asume en sus actos de consumo, unos mas responsables que otros, actitud que está obviamente relacionada con la heterogeneidad social y cultural de las personas, más aún en nuestro país donde una de la características de su población es precisamente su pluriculturalidad.

Consumidor Medio

Frente a estas concepciones de consumidor hay otra denominada Consumidor Medio, relevante a efectos de determinar la deslealtad de las conductas enjuiciadas como engañosas en materia de consumidor. Este tema ha sido debatido en el Derecho Español a partir de una jurisprudencia del Alto Tribunal Comunitario del 28 de Enero de 1999.

En el Derecho Español tanto en la regulación del engaño en la Ley de Competencia Desleal como en la Ley General de Publicidad se halla ausente una referencia expresa al consumidor medio como consumidor relevante que se ve influenciado negativamente por un mensaje publicitario engañoso. No obstante que el legislador evita cualquier alusión expresa a una noción de consumidor medio, consideramos que si se ha establecido criterios que en vía de interpretación aluden al mismo tema, tan es así que por ejemplo en el artículo 7 de la Ley de Competencia Desleal se expresa "...las personas a las que se dirige o alcanza la difusión de indicaciones, su omisión o cualquier otra práctica que las pueda inducir a error". En el artículo 4 de la Ley General de Publicidad se alude a "los destinatarios del mensaje publicitario que puedan verse afectados en su comportamiento".

Podemos establecer que la normatividad española contra la competencia desleal parte de un concepto de consumidor destinatario como decisivo para la determinación de una conducta engañosa y que no coincide con el concepto de consumidor final, toda vez que alcanza tanto a quienes adquieren los bienes o servicios para su uso o consumo particular como para uso empresarial o profesional. Tampoco coincide con el concepto de consumidor cliente actual o potencial, toda vez que en algunos casos la prestación puede ser adquirida o susceptible de ser adquirida por orden de un prescriptor generalmente perteneciente a un círculo de personas con conocimientos especializados en la materia.

El profesor Felipe Palau Ramírez de la Universitat Pompeu Fabra ⁸² ha estudiado el tema en sus comentarios jurisprudenciales sobre el tema del consumidor medio o destinatario en materia de publicidad y para entender mejor y graficar el tema expone por ejemplo el caso en que la prestación promocionada consistente en un producto farmacéutico, a pesar de que quien adquiere los bienes sea el enfermo, el que toma la decisión del producto que debe adquirirse es el médico o farmacéutico que los prescribe; o en productos dirigidos a los niños, en cuanto a que normalmente o por lo menos en muchos de los casos los productos son adquiridos por los padres o adultos.

Expresa Palau Ramírez, que no puede desconocerse que la publicidad dirigida a los niños plantea problemas de gran complejidad en atención a las eventuales presiones de éstos sobre los padres por lo que habrá que atenderse en muchos casos al significado que los niños atribuyen a los mensajes publicitarios.

Cuando hablamos de derechos del consumidor y nos referimos al derecho a la información, lo estamos relacionando con la publicidad, es decir con aquello se difunde, se promueve y se distribuye a través de los medios de comunicación con sutiles técnicas de marketing. En este contexto hablar de consumidor medio es hablar del destinatario del mensaje contenido en un esquema publicitario que se lanza a veces agresivamente al mercado para vender y posesionarse rápidamente en la mente de los consumidores. Es así como la publicidad alcanzará gran difusión, siendo percibida por la mayor parte de la población, todos los potenciales clientes de un producto o un servicio quedan siempre impresionados y motivados por un mensaje publicitario que motive en ellos el acto de consumo, por lo que no es conveniente relativizar en exceso la figura de los consumidores destinatarios.

⁸² Felipe Palau Ramírez. El Consumidor Medio y las sondeos de Opinión en la Prohibiciones de Engaño en Derecho Español y Europeo, a raíz de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas TJCE del 16 de Julio de 1998 AS. C-210/96; en Actas de Derecho Industrial Tomo XIX , 1998

Por otra, parte es innegable que puede haber en el mercado en general, es decir en el círculo de consumidores destinatarios, algunos que destacan por su nivel de conocimientos y otros particularmente ignorantes, pero para los efectos de la aplicación de la ley de protección del consumidor, la de competencia desleal o de publicidad, creemos que lo que se debe buscar es la imagen del consumidor medio, es decir de aquel normalmente informado.

Es obvio que tampoco proponemos un prototipo de consumidor desprevenido y poco conciente, porque con ello no se aseguraría la existencia de un mercado transparente, ni se protegería en mayor medida a los consumidores en general, porque un consumidor inconsciente y desprevenido puede impedir que los comerciantes proporcionen un nivel adecuado de información al mercado, quienes disminuirían la cantidad de información por el riesgo de que sus mensajes puedan ser considerados engañosos o también pueden difundir mensajes demasiado permisivos con expresiones técnicas inexactas o incorrectas, lo que podría afectar paradójicamente a aquellos consumidores medios que se resultarían engañados, ya que ellos si están adecuada o medianamente informados.

En el Derecho Europeo contra la Competencia Desleal se han ido forjando los linderos del concepto de consumidor medio a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) en un doble ámbito: en el de los conflictos entre la normativa sobre competencia desleal y el principio de libre circulación de mercancías derivado de la interpretación del Derecho comunitario que prohíbe los actos de engaño.

Existen aplicaciones dispares de las prohibiciones de engaño por los órganos jurisdiccionales y administrativos de los diferentes Estados europeos miembros de la Unión. Es cierto que la apreciación de si una conducta induce a error a un consumidor es de carácter fáctico que puede llegarse a conclusiones diferentes debido a diferencias lingüísticas, culturales y sociales

entre los Estados miembros, pero no es menos cierto que la madurez y características de los consumidores de la Unión Europea es muy similar.

De ahí que no sean muy compatibles con el Derecho Comunitario las decisiones de los órganos jurisdiccionales o administrativos de los países que en forma sistemática afirman la inducción a error del consumidor, puesto que ello delata el manejo de otros criterios normativos como el parámetro del consumidor desprevenido”. Y de ahí también que desde el punto de vista fáctico y en el caso concreto, el Juez nacional pueda tener en cuenta el comportamiento de los consumidores de los países del entorno sociocultural para fundamentar su decisión, como ha hecho el Tribunal de Justicia en el caso “Clinique”⁸³

Criterios de Razonabilidad

Consideramos que este tema debe analizarse desde el punto de vista de su razonabilidad. Una persona que adquiere un producto y lo usa como insumo para producir otro, está fuera del alcance normativo de la ley, no se considera consumidor a los empresarios o proveedores cuando adquieren bienes o servicios para destinarlos a su actividad económica.

Es razonable desde el punto de vista de la ley, que define claramente qué se entiende por consumidor o usuario para evitar que se incluyan dentro del esquema especial de la ley a categorías de sujetos para los que no está prevista la protección de la misma.

⁸³ Gran trascendencia ha tenido la sentencia recaída en el caso Clinique en el que se declara incompatible con el principio de libre circulación de mercancías una eventual prohibición de comercializar productos cosméticos bajo la denominación Clinique. Las empresas Estee Lauder Cosmetics GMBH y Clinique Laboratoires SNC eran filiales de la empresa norteamericana Estee lauder la cual comercializaba productos cosméticos en todo el mundo bajo la denominación “Clinique”, pero que en Alemania era sustituida por “Linique”. Con el fin de reducir gastos de envasado y publicidad generados por la diferencia de la denominación la empresa decidió también distribuir la marca “clinique” en el mercado alemán. Sus empresas filiales fueron demandadas ante los tribunales alemanes por Verband Soziale Wettbewerb por que la denominación “Clinique” podía inducir a los consumidores a error haciéndoles creer que los productos cosméticos poseían propiedades terapéuticas. Llegado el caso al Tribunal éste estableció que no existía interés general que justificara la restricción al principio de la libre circulación de mercancías y que no era necesaria la prohibición de utilizar la denominación “clinique” para satisfacer las exigencias de la protección de los consumidores o de la salud de las personas. Se expreso también que la connotación hospitalaria o médica del termino “Clinique” no bastaba para dotar a la apelación de un efecto engañoso que pueda justificar su prohibición.

Es razonable pensar que los proveedores o empresarios tienen más y mejor acceso a la información de su vendedor. Usa mejor la información relevante porque se dedica a producir o comercializar bienes o servicios, no le alcanza la asimetría informativa.

Hasta aquí el texto de la ley tiene su lógica y como tal es razonable como ésta ha calificado la categoría jurídica del consumidor, sin embargo si contrastamos el texto de la ley con la realidad y hacemos un raciocinio de la misma encontramos un problema de razonabilidad que genera una falta de certeza de la ley.

En efecto, el uso del bien es importante en la determinación del concepto del consumidor, pero no olvidemos que en una economía precaria como la peruana, mucha gente compra bienes para su uso personal, luego a consecuencia de la crisis opta por destinar los bienes a actividades comerciales, dando con ello un uso mixto a los bienes. Esta es una realidad que no puede ser negada ni discutida y debe confrontarse con la ley, para optar por aquello que mejor proteja el derecho del consumidor.

Este problema de razonabilidad legal constituye una zona gris en la que no es fácil determinar con toda precisión la naturaleza del destino que se da al bien adquirido por una persona, porque el uso mixto es frecuente en nuestra sociedad debido fundamentalmente a que en el núcleo familiar o personal de los individuos, los bienes son empleados indistintamente por las personas para su uso o disfrute personal o familiar y para desarrollar actividad comercial. Que pasa por ejemplo con las personas que compran un auto y eventualmente lo usan para trabajar como taxi, o con las amas de casa que usan una cocina o su horno no solo para su uso doméstico sino también para hacer alguna actividad extra de cocina o repostería.

Esta situación genera falta de certeza de la ley, porque cómo se va a definir si el ámbito de la tutela del Decreto Legislativo 716 puede extenderse a

los problemas derivados del uso mixto. ¿Qué tratamiento se dará a este tipo de relaciones de consumo?.

Otra situación que debe ser analizada es aquella en que una persona jurídica adquiere un bien o utiliza un servicio pero no lo utiliza como insumo en su proceso productivo y que incluso tenga poca información sobre el mismo, lo cual la convierte un consumidor final tan igual como cualquier persona natural. En este caso ¿qué sucedería, lo ampararía la ley o tiene que acudir a la vía civil?. Consideramos que lo que hay que analizar en estos casos es cual es el sentido de la norma y hacer una interpretación teleológica, por que lo que pretende la norma es que quienes compran un bien o toman un servicio tengan la garantía de calidad y reciban en óptimas condiciones aquello por lo que han pagado, esta es una garantía para el mercado mismo.

Es necesario realizar una clara diferenciación entre aquello que se adquiere como parte del proceso productivo o comercial de una persona jurídica y aquello que se adquiere para un uso doméstico que no constituye insumo o no se incorpora en su producto final o en su objeto mismo del negocio.

En caso de presentarse un uso mixto, cómo se determinará el destino principal o accesorio del bien o servicio adquirido?, Sería una situación de indefensión?. Creemos que la respuesta se daría a partir de una interpretación extensiva de la ley, no por la vía de la Escuela Exegética, sino por la Escuela Constructivista que permita reelaborar un nuevo concepto a partir de los estudios doctrinarios sobre la materia o a partir de la propia experiencia del órgano regulador de la Protección del Consumidor que promueva una revisión de la ley o una interpretación e integración jurídica que facilite la superación de las limitaciones de la ley, partiendo del principio PRO CONSUMIDOR que es hoy una pauta hermenéutica de gran valor en materia de protección al consumidor.

Proveedores

ART. 3.- Para los efectos de esta ley, se entiende por:.....

b) Proveedores.- Las personas naturales o jurídicas que fabrican, elaboran, manipulan, acondicionan, mezclan, envasan, almacenan, preparan, expenden o suministran bienes o prestan servicios a los consumidores. En forma exclusiva y no limitativa se consideran proveedores a:

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

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

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

b.4. Prestadores.- Las personas naturales o jurídicas que en forma habitual prestan servicios a los consumidores.

La ley ha delimitado los alcances de este concepto y establece que son las personas naturales o jurídicas que en establecimientos abiertos al público o en forma habitual se dedican a la producción y comercialización de bienes y servicios. Esta definición en principio no hace distinciones entre personas naturales y jurídicas y cuando establece que es necesario conducir un establecimiento abierto al público, o tener la condición de habitual esto quiere decir que la ley alude a un profesional de la actividad comercial. El concepto habitualidad no está relacionado a un número determinado de transacciones sino al hecho que pueda presumirse que alguien desarrolle actividad comercial para continuar en ella.

Es preciso señalar que la definición de proveedor tal como lo ha previsto la ley no exige que éste lleve acabo sus actividades comerciales en establecimientos abiertos al público o atendiendo necesariamente a una actividad lucrativa, sino que basta con que se preste servicios de manera habitual a cambio de una contraprestación económica para ser considerado como tal.

Por otra parte, la finalidad no lucrativa de las personas jurídicas de carácter no mercantil, e incluso aquellas dedicadas a fines de filantropía, de ninguna manera significan que para la consecución de sus fines sociales no realicen actividades económicas, entendidas éstas como la prestación de servicios o la producción o comercialización de productos a cambio de una retribución o pago. Desde este punto de vista sus actividades no difieren de las aquellas prestadas por cualquier otro proveedor mercantil y en este sentido las personas jurídicas no lucrativas están también inmersas en el mercado y como tal son parte de él y de su dinámica, por lo tanto no pueden ser excluidas del alcance normativo de la legislación de protección del consumidor, de manera que es factible que dichas personas jurídicas puedan eventualmente atentar contra los derechos de los consumidores y obviamente ser debidamente sancionadas.

En materia de consumo todo aquel que entra al mercado y pone a disposición del público un producto o un servicio y recibe una contraprestación por ello, está considerado dentro del alcance normativo de la Ley de Protección del Consumidor, por lo tanto la forma societaria que revista sea de carácter mercantil o de fines sociales no lucrativos, no impide de ninguna manera que le sea aplicable el Decreto Legislativo 716.

Vega Mere⁸⁴ sostiene que el proveedor es la categoría opuesta (y complementaria) a la de consumidor, para luego añadir que en los servicios señalados en el apartado d) de la misma norma, el D. Legislativo N° 807 ha

⁸⁴ Vega Mere, Op. Cit

incluido a los profesionales, expresando luego que no ha faltado quien se oponga a ello. Algunos han señalado que la prestación de un servicio profesional no puede quedar sujeta al mismo régimen que se aplica, por ejemplo, a la venta de un chocolate o cualquier otro bien. Posiblemente, quienes se muestran contrarios a esta inclusión olvidan que el consumidor es un profano frente al profesional, que al ser habilitado para ejercer su ciencia, se presume conocedor y experto.

El rechazo inicial para incluir en la categoría conceptual de proveedor bajo el régimen de la Ley de Protección del Consumidor a determinados profesionales, responde obviamente a una costumbre que desde antiguo ha mantenido en una categoría especial a las profesiones liberales clásicas como la medicina o la abogacía entre otras. En este sentido no debemos confundir el control ético que determinados gremios profesionales tienen a través de los Tribunales de Honor o Comités de Ética de los colegios profesionales y que apunta más al comportamiento de sus agremiados en cambio la Ley de Protección del consumidor apunta a la idoneidad e información en la prestación de los servicios.

Es fácil advertir que la información y la formación que tiene el profesional frente al profano le da una suerte de ventaja sobre el consumidor. No quisiéramos creer que quienes rechazan esta inclusión (con la cual nos mostramos de acuerdo) todavía viven esperanzados en el trato privilegiado que les dio el legislador a través del artículo 1762 del Código Civil, en virtud del cual si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable. Ingerir un chocolate en mal estado puede ser menos peligroso que una intervención quirúrgica mal practicada. Y todos sabemos que en nuestro país aún no se ha presentado una ola de demandas y denuncias contra malos profesionales como ha ocurrido en otros países, por ejemplo, en el caso de la mala praxis de

los médicos⁸⁵. Muy probablemente a partir de la correcta interpretación de la ley y de los casos que el INDECOPI vaya resolviendo en materia de servicios médicos se pueda producir un cambio de mentalidad en quienes son usuarios de servicios profesionales

Derechos Del Consumidor

ART. 5°.- En los términos establecidos por el presente Decreto Legislativo, los consumidores tienen los siguientes derechos:

a) Derecho a una protección eficaz contra los productos y servicios que, en condiciones normales o previsible, representen riesgo o peligro para la salud o la seguridad física;

b) Derecho a recibir de los proveedores toda la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la adquisición de productos y servicios, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios;

c) Derecho a acceder a una variedad de productos y servicios, valorativamente competitivos, que les permitan libremente elegir los que deseen;

d) Derecho a la protección de sus intereses económicos, mediante el trato equitativo y justo en toda transacción comercial; y a la protección contra métodos comerciales coercitivos o que impliquen desinformación o información equivocada sobre los productos o servicios;

⁸⁵ La Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI a través de las Resoluciones No 129 - 2004 TDC/INDECOPI ha sancionado con UITs a la Clínica Maison de Sante por realizar una ligadura de trompas a una paciente sin su respectiva autorización, y la Resolución No 146 - 2004 TDC/INDECOPI ha sancionado a un odontólogo por realizar un servicio de colocación de braquets sin llevar a cabo la respectiva toma de placas de la cavidad bucal del paciente poniendo en riesgo su salud oral y la posible pérdida de su dentadura.

e) **Derecho a la reparación por daños y perjuicios, consecuencia de la adquisición de los bienes o servicios que se ofrecen en el mercado o de su uso o consumo;**

f) **Derecho a ser escuchado de manera individual o colectiva a fin de defender sus intereses por intermedio de entidades públicas o privadas de defensa del consumidor, empleando los medios que el ordenamiento jurídico lo permita.**

Criterios de Razonabilidad

Dentro del contexto de los derechos del consumidor consideramos que subyacen en ellos los siguientes criterios de razonabilidad:

Asimetría Informativa

La racionalidad de las normas de protección al consumidor se orienta a proteger a los consumidores, como categoría genérica, de la asimetría informativa en la que suelen encontrarse dentro del mercado.

Esto implica el derecho del consumidor a recibir información adecuada para una buena decisión de compra. Información suficiente y verdadera, no aquella estrictamente necesaria, es decir información que va más allá de las expectativas del consumidor y que es a su vez adecuadamente suministrada tanto por la forma como por la oportunidad en que se proporciona

Esto supone una asimetría informativa (que favorece al proveedor) La razonabilidad de la ley estriba en que la información que poseen las partes es desigual. Quien vende tiene una ventaja sobre el consumidor porque sabe más del producto que ofrece y de las condiciones en las que se contrata. El consumidor se informa al comprar, al usar el bien o después. El proveedor responde a esta asimetría con medidas atrayentes, garantías, información adicional, etc.

Este criterio de razonabilidad conlleva a una certeza: la información relevante.

Información Relevante

Aquella información importante que tenga relevancia para que el consumidor pueda optar por una buena decisión de compra. Amplia información actual y adecuadamente suministrada, oportuna y clara para que no mediatice la libre elección del consumidor.

Certezas

La razonabilidad de las disposiciones establecidas en este artículo conlleva a certezas legales innegables, todas ellas relacionadas con los derechos del consumidor en tanto constituyen prerrogativas propias del consumidor en el mercado y que no pueden ser negadas ni discutidas por el Derecho. Tenemos por ejemplo: La Protección de Intereses Económicos que implica a su vez varias prerrogativas para el consumidor como el trato equitativo y justo en toda transacción comercial, mecanismos de protección adecuada, reparación de daños y perjuicios, etc. dentro del marco de una cultura de consumo.

También se pueden incluir el prepago como una condición del mercado en todas aquellas transacciones comerciales al crédito; la no discriminación e igualdad de trato en todo acto de consumo cuya violación supone atentar contra el derecho a consumir.

3. LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR

En el capítulo anterior cuando hemos tratado sobre la naturaleza jurídica de los derechos del consumidor, hemos señalado cual es su ámbito de aplicación, expresando que forman parte de una nueva clase de derechos distintos a los personales y que su defensa debe darse necesariamente en

forma grupal. El hecho de que Derecho del Consumidor sea una disciplina relativamente nueva no implica que el derecho no se haya preocupado anteriormente por los consumidores.

Si bien los códigos no tocaban la figura del consumidor, los contratos de consumo existieron antes que apareciera el derecho del consumidor; como señala el autor argentino Atilio Anibal Alterini⁸⁶, la defensa del consumidor es una etapa de maduración donde se asume la realidad, el comprador de cosas en la compra-venta, el locador en la locación de servicios, el adherente en los contratos predispuestos, el destinatario de la publicidad en el interés difuso.

Mientras que no existieran normas específicas sobre el consumidor, la jurisprudencia aceptó esto, lo que los códigos aceptaban tangencialmente. Señala finalmente Alterini un uso innovador a favor de los consumidores de normas ya existentes, es decir, una revalorización de las normas decimonónicas.

En el Perú, la Constitución del 79 en su artículo 110, 2do. Párrafo decía: “El Estado reconoce el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción y de la productividad... con igual finalidad... defiende el interés de los consumidores, mas aún la Constitución de 1993 expresa en su Art. 65 que “El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios”. Si recordamos que una de las finalidades del Estado Social de Derecho es la de proteger a los miembros de su sociedad, entendemos que siendo los consumidores los más débiles en la relación comercial, son ellos los que deben ser protegidos, en atención de artículo 1 de la nueva Constitución que establece que la Defensa de la Persona Humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado.

El Presidente norteamericano John F. Kennedy respaldaba ésta mención ya en 1962 cuando dijo: “que los consumidores son el grupo económico más

⁸⁶ Alterini, Atilio Anibal. Op Cit.

importante fue que señaló cuales eran los principales derechos que estos tenían mencionando los siguientes: El derecho de la seguridad mediante protección contra la venta de bienes peligrosos para la salud o la vida; el derecho a ser informado como protección contra la información marcadamente engañosa; el derecho a elegir, creando el acceso a la variedad de productos y servicios a precios competitivos; el derecho a ser oído: asegurar que los intereses del consumidor “recibirán consideración completa y comprensiva en la formulación de la política gubernamental y tratamiento justo rápido en sus tribunales administrativos”.

Los derechos de los consumidores se irán ampliando mediante el trabajo judicial y doctrinario, así por ejemplo los investigadores de la Fundación Ebert consideran como derechos del consumidor:

3.1 Derecho a la Salud y a la Seguridad

Es el derecho a la protección eficaz contra productos, procesos de producción y servicios que, en condiciones normales o previsibles, represente riesgo o peligro para la salud o seguridad física debiéndose hacer de conocimiento del consumidor por los canales apropiados.

Por ejemplo, en caso de alimentos, al aplicar este derecho sabremos que: los consumidores deben ser protegidos contra daños físicos.

Los aditivos a los productos alimenticios no deben presentar riesgo alguno para la salud.

.Los envases que están en contacto con productos alimenticios, no deben alterarlos ni contaminarlos.

El ejercicio de este derecho lleva a la restricción de la oferta de productos de determinados productos que por su naturaleza o por el estado en que se encuentran pueden generar riesgos para las personas y que por lo tanto necesitan ser ofertados con ciertas restricciones o advertencias para informar al público de las eventualidades del riesgo. Así tenemos por ejemplo: tales como:

- ALIMENTOS: Por estar irradiados. Por estado de descomposición; por elementos tóxicos en su elaboración.
- ARTEFACTOS ELÉCTRICOS: Por carecer garantía. Por no cumplir especificaciones técnicas de seguridad técnica industrial, etc.
- COSMÉTICOS: Por afectar la piel o debilitarla⁸⁷ (ejemplo: jabones con mercurio)
- MEDICAMENTOS: Por sus consecuencias secundarias. Por ser inefectivos o inútiles; etc.
- JUGUETES: Por no cumplir con normas de inocuidad los reglamentos de seguridad. Por comprobada baja calidad de los materiales utilizados⁸⁸, etc.
- PLAGUICIDAS Y PESTICIDAS: Por comprobados efectos en detrimento de las zonas donde son aplicados. Por afectar a las personas encargadas o a moradores de las inmediaciones donde se aplican; etc.
- PRODUCTOS DE LIMPIEZA Y DE USO DOMESTICO: Por ser expedidos sin advertencias de los riesgos de uso, por ejemplo no indican que son inflamables⁸⁹ o que el aroma que expiden causa alergias; etc.

⁸⁷ ASPEC denunció a Warner Lambert por la comercialización del jabón “neko” sin advertencias del riesgo a que están expuestas las personas por su uso que puede afectar las pieles sensibles; el caso se resolvió favor y la sala por Resolución 0571-2004 TDC/INDECOP del 6-10-04 dispuso la nulidad de la resolución de primera instancia a fin de que se profundicen las investigaciones al respecto. .

⁸⁸ ASPEC ha iniciado en el año 2004 fuertes campañas contra los juguetes de procedencia china que están elaborados con insumos altamente tóxicos para la salud de los niños

⁸⁹ Por Resolución 0162-2004 TDC/INDECOP se sancionó a por vender el producto sin advertencias de sus riesgos en el uso

- PRODUCTOS DESTINADOS AL CONSUMO INFANTIL: (biberones, pañales, textiles, etc.), por causar alergias; por la inseguridad de su empleo; etc.
- SERVICIOS: Por economías que afecten la seguridad en medios de transporte masivo. Por huelgas en los servicios públicos; falta de instrumentos de seguridad, por velocidad no controlada⁹⁰, y en general por falta de idoneidad en los servicios públicos, etc.

En este punto, es innegable que uno de los principales problemas ante los que se enfrentan los consumidores y las autoridades, es el comercio informal. La imposibilidad de controlar la procedencia de los productos, su adecuada elaboración, hace en muchos casos imposible la aplicación de este derecho. Encontramos aquí la enorme relación que tiene el derecho de los consumidores con otras áreas del quehacer nacional, sólo una adecuada política económica dirigida a erradicar la informalidad y promover la competencia, traerá como correlato una efectiva vigencia del derecho del consumidor.

No olvidemos que esta actividad se encuentra prevista y sancionada en el artículo 271 del Código Penal (elaboración y Comercio clandestino de productos). Finalmente diremos que es el INDECOPI el ente encargado de regular y controlar la calidad de los productos que se expenden dentro del mercado, pudiendo imponer penas que van desde la multa hasta el cierre del negocio. Así como también, en caso de e detectar productos fraudulentos, deberá ponerlo en conocimiento de la Fiscalía Provincial Penal de turno con el informe correspondiente, a fin de formalizar denuncia penal por delito contra la propiedad industrial (Art. 225 del Código Penal)

Cabe señalar que el tema de los medicamentos genéricos debe también ser considerados dentro el derecho de la salud y por ende como una de las

⁹⁰ Por Resolución 0382-2004 TDC/INDECOPI se sancinó a la empresa Internacional Ormeño por exceso de velocidad, se impuso 60 IUTs de multa por la gravedad del caso .

prerrogativas del derecho al consumidor en cuanto al acceso a los medicamentos, situación íntimamente vinculadas con las políticas que en materia de salud pública debe establecer el Estado.

Esta es una realidad que no debe ser negada ni discutida por el Derecho. En efecto, según datos de la Acción Internacional para la Salud (AIS)-red Internacional que promueve el acceso de las personas a los medicamentos- la venta de medicinas en el mundo asciende anualmente a cuatrocientos ochenta mil millones de dólares, de esa cantidad cuarenta y ocho mil corresponden a genéricos, siendo EE.UU. Japón y Alemania, los países que más los consumen.

En el Perú, consideramos que es un derecho de los consumidores respecto a su salud, el recibir orientación respecto al consumo de medicamentos genéricos, toda vez que son de más fácil acceso y de menor costo de aquellos de marca, toda vez que, existe una desinformación respecto a dichos productos tan es así que la población los considera de mala calidad.

Lo expuesto tiene su correlato en el Decreto Supremo 019-2001-SA, Ley General de Salud, en el que se señala que los especialistas del sector privado y del sector público, es decir, los médicos deben consignar obligatoriamente en sus recetas la denominación común internacional (DCI), que son los genéricos, así como el nombre de marca del fármaco si los tuviere, sin embargo muchos galenos incumplen las normas y es más, la Dirección de Acceso y Uso de Medicinas de la DIGEMID no ejerce un adecuado control de los directores de los centros médicos.

En este sentido el uso de los genéricos debe hacerse más popular y es importante la presión de los usuarios y las asociaciones de consumidores para que instituciones como el Ministerio de Salud, el Indecopi, el colegio médico, y el colegio químico farmacéutico, tengan la voluntad de vigilar la ética y la

deontología de las prácticas de fabricación y comercialización de dichos fármacos.

Este también es un tema muy sugerente en las negociaciones del Tratado de Libre Comercio que creemos debe servir para proteger a los consumidores peruanos en tanto tiene que incentivarse el acceso a la salud de toda la población, toda vez que hay una serie de medicinas nuevas para enfermedades como el sida o el cáncer que son muy necesarias y antes de proteger la patente consideramos que se debería defender primero la salud.

Dentro del derecho a la salud como una de las prerrogativas del consumidor, es necesario también, poner atención a los llamados planes o programas de salud de las compañías de seguros porque algunos de ellos se enmascaran una serie de abusos que atentan contra el derecho a la salud en clara violación de los derechos del consumidor.

Este tema esta fuertemente regulado en Brasil, por ejemplo el 28 de agosto de 2002, la Secretaria de Derecho Económico del Ministerio de Justicia del Brasil aprobó una norma que permite a los órganos de defensa del consumidor la constatación y revisión de los planes de salud que establezcan previamente limites de internación para los asegurados.

Asimismo los operadores de salud no se pueden negar a cubrir dolencia o enfermedades de notificación compulsoria, las que deben ser notificadas al Ministerio de Salud, como la fiebre amarilla, el dengue o la malaria. También se establece que las cláusulas con letras pequeñas que tiendan a engañar al consumidor, están prohibidas; y en general la legislación brasilera precisa que no se puede mercantilizar las relaciones inmersas dentro de los problemas de salud de las personas.

En el Perú la Superintendencia de Banca y Seguros; y la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Servicios de Salud (EPS) son

las llamadas a establecer las regulaciones que correspondan para evitar que se excluyan a los consumidores de los derechos que corresponden como usuarios de los servicios de salud.

3.2 Derecho a ser Informado

Es el derecho a la obtención de datos necesarios para tomar una decisión de compra y realizar una elección informada que nos permita ejercer plena y responsablemente los demás derechos del consumidor.

Esto implica el derecho de exigir la información necesaria que permita al consumidor tomar una decisión de compra oportuna, informada y libre de cualquier influencia nociva que mediatice su acto de consumo. Es un derecho fundamental, porque permite hacer efectivos los demás derechos.

La publicidad nos da una información parcializada, nos dice únicamente lo bueno del producto o servicio, nunca expresa lo malo y además nos dice solamente lo que quiere decir. Si el consumidor no tiene información objetiva, difícilmente podrá tomar decisiones adecuadas para preservar su salud y su economía, por ello debe ser una constante preocupación de los proveedores ofrecer al consumidor toda la cobertura de información que sea posible que permita al consumidor ejercer su derecho de libre elección.

El consumidor debe estar adecuadamente informado para gozar de protección frente a la difusión de informaciones, publicidad, rotulado, o cualquier práctica que pueda ser fraudulenta, engañosa o falaz; como por ejemplo:

- Precio de los bienes y servicios;
- Condiciones de venta o del contrato;
- Garantías ofrecidas: período de vigencia, vida útil o plazo de expiración;

- Resultados de pruebas comparativas, tanto en calidad, cantidad, rendimiento y precios de productos similares;
- Restricciones y limitaciones del producto.

Por lo tanto es obligatorio ofrecer información en el momento y lugar oportunos; brindar toda la información indispensable y relevante; no silenciar o dejar de informar respecto a probables defectos o efectos, consecuentes que conlleven el cambio de elección; omitir información relevante al consumidor; no brindarla en exceso con objeto de confundirlo o cansarlo; presentar toda la información en forma reglamentaria; (por ejemplo en los envases conteniendo en forma visible y distinguible la información pertinente). Restringir e impedir el uso de indicaciones o aseveraciones escritas, orales o simbólicas susceptibles de inducir a error o causar falsas impresiones a los consumidores; que el comerciante se ciña a los reglamentos que rigen los contratos, etc. En este sentido, la Ley 28300 del 23-7-04 obliga a los proveedores a consignar los precios de sus bienes y servicios en nuevos soles, es decir en moneda nacional.

Es importante también el derecho del consumidor a ser informado de las medicinas que le son prescritas por los médicos, quienes por mandato de la Ley General de Salud (D.S 019-2001 SA), están obligados a establecer en las recetas tanto el nombre del medicamento genérico como el de marca, hecho que es de vital importancia para el acceso a la salud y para proteger los intereses del consumidor, más aún si los medicamentos genéricos son más baratos que los de marca. Además debemos desmitificar la idea o la mala información que se tiene de los medicamentos genéricos que se piensa son menos eficaces que los de marca.

No debemos olvidar que el fenómeno publicitario admite dos consideraciones: Por una parte, la publicidad se contempla como un instrumento destinado a estimular la demanda de bienes de consumo y a promover las ventas. Por otra parte, se considera como un medio de información al público, con la consiguiente necesidad de someter el mensaje a

controles rigurosos con el fin de evitar que se recurra a técnicas atractivas, pero insidiosamente atentatorias contra los derechos y los intereses de los consumidores.

Por ello en todo spot publicitario deben respetarse taxativamente todos los principios de la ética publicitaria, como son: la veracidad, comprobación, autenticidad, legalidad, pertinencia y respeto a la libre competencia. Caso contrario nos encontraremos ante las denominadas manifestaciones ilícitas de la publicidad dentro de las cuales la publicidad engañosa o mentirosa es una de las más graves y que inclusive se encuentra prevista y sancionada en el artículo 238 del Código Penal.⁹¹

Los efectos de la publicidad engañosa no acaban ni cesan cuando se retira o se indemniza, ni tampoco con sanciones penales, por lo tanto, se hace necesario la rectificación publicitaria y su difusión debiera considerarse a costa del infractor (una norma de este tipo la encontramos en el Código de Defensa del Consumidor del Brasil, Ley 11098 del 11 de Setiembre de 1990.

Asimismo, la ley española 26-1984, Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, señala en su artículo 3ero que “la oferta, promoción y publicidad falsa o engañosa de productos, actividades o servicios, perseguida y sancionada como fraude”.

Luego, la información puede llegar al consumidor por tres canales; que son: Publicidad; Rotulados o leyendas de mercadería y servicios; y Términos de contratos. En general a Publicidad debe tener ciertas reglas, sea cual fuere el canal de información, entre estas reglas tenemos:

- Estar regulada por reglas o códigos de ética.
- Ser considerada un servicio y no sólo un medio para vender;

⁹¹ Otras formas de publicidad ilícita la constituyen la publicidad sexista, la publicidad abusiva, la publicidad comparativa, la publicidad denigrante. En España se regula incluso la publicidad subliminal

- Garantizar la leal competencia;
- Evitar suscitar impresiones falsas;
- Ser veraz y objetiva.

Los rotulados de mercaderías y servicios pueden estar contenidos en signos distintivos (marcas, nombres comerciales, lemas) o en leyendas informativas contenidas en envases, folletos, embalajes o presentaciones con información muy variada, y el control de los mismos se encuentra en manos del INDECOPI y su infracción está sujeta a sanción administrativa e inclusive penal

Por otra parte los términos de los contratos deben estar debidamente arreglados conforme a la legislación competente, es decir reflejar su exacto contenido y alcance, por lo que deben ser redactados empleando términos sencillos y de fácil entendimiento, para facilitar la lectura de las cláusulas abusivas y la interpretación en caso de existir cláusulas ambiguas o oscuras.

3.3 Derecho a Elegir

Es el derecho a acceder a una variedad de productos y servicios, valorativamente competitivos, para la satisfacción de necesidades del consumidor. La expresión valorativamente competitiva, pretende simplificar o asienta el principio de seguridad sobre la calidad, adecuada satisfacción de una necesidad y de un precio justo del producto o servicio. Este derecho permite resaltar nuestra libertad de decisión y llama al conocimiento y ejercicio de los demás derechos.

No hay duda, que uno de los factores que más conspiran contra la efectiva vigencia de este derecho es la poca capacidad adquisitiva que tienen la mayoría de los consumidores. Para nadie es extraño que alguna vez, hayamos preferido adquirir productos de dudosa procedencia en mercados informales a un costo menor al que hubiéramos tenido que pagar en tiendas

formalmente establecidas. En este caso el consumidor se encuentra ante el dilema de escoger entre el excesivo precio del producto ofrecido por el formal, o el cómodo precio del producto del comerciante informal.

Esta situación conocida como asunción del riesgo determina que el consumidor asuma la posibilidad de poder ser engañado, si es que el producto adquirido resultare defectuoso, dada la imposibilidad de poder acreditar la compra. La elección se realiza obedeciendo a un criterio de fácil acceso al producto que satisfaga nuestra necesidad.

Para una efectiva vigencia de este derecho, es necesario que los productos y servicios básicos estén a disposición de todos; que los productos y servicios se adecúen a requerimientos y posibilidades del consumidor; que el consumidor encuentre alternativas confiables; que los productos tengan garantía de comercialización; que se evite la utilización de propaganda subjetiva y publicidad encubierta; que se erradique la copia o plagio y la imitación o competencia desleal en marcas y productos; que se impida el direccionamiento de la elección sea mediante regalos o la utilización de frases que denoten discriminación en la oferta al mercado local respecto a otros mercados, etc.

Debemos señalar con respecto a la venta con regalos que esta modalidad ha sido poco tratada en nuestro país. Sin embargo, otras legislaciones han desarrollado este tema, con un criterio tuitivo amplio. Así la reformada ley Francesa del 20 de marzo de 1951 en su artículo b define la venta con prima como: “todo bien o prestación de servicios distinto del objeto de la venta o de la prestación de servicios atribuida o susceptible de ser obtenida, inmediatamente o de manera indirecta, por el vendedor o por otro sujeto suministrador, bien a título gratuito o bien en las condiciones de precio de venta presentadas explícitamente o implícitamente”.

La ley española de competencia desleal 3/1991 (del 10 de Enero de 1991) considera dos criterios para calificar la deslealtad: En primer lugar, en el caso que la entrega de obsequios se use como simple promoción publicitaria, la deslealtad radicar  en la presión ejercida sobre el consumidor hasta tal punto de ponerle en el compromiso de contratar la prestación principal. En segundo lugar en el caso que la ventaja o prima quede condicionada a la contratación de la prestación principal, la deslealtad de dicha práctica surge cuando induzca o pueda inducir al consumidor a errar acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento o cuando le dificulte gravemente la apreciación del valor efectivo de la oferta o su comparación con ofertas alternativas.

En ambos casos lo que se consigue es que la ventaja ofrecida no afecte de manera decisiva y esencial el comportamiento económico del sujeto, es decir, que le ponga en el compromiso de contratar. Esta modalidad de venta es una forma muy sutil de presionar e impulsar las ventas en el mercado, estrategia de mercadeo que debe ser manejada con cautela para no afectar el derecho de libre elección del consumidor.

3.4 Derecho a ser Representado

Es el derecho a una representación en forma individual o colectiva, de manera que los intereses de los consumidores reciban tutela jurídica plena y responsable ante cualquier decisión que pudiese afectarlos.

Los fenómenos de mercado han traído aparejadas una serie de técnicas de mercadotecnia que de una u otra manera han ejercido una fuerte presión sobre los derechos del consumidor y en este sentido es natural que los intereses individuales y colectivos de los consumidores están representados por personas naturales o jurídicas frente a: las decisiones gubernamentales sobre política económica; la formulación y aprobación de dispositivos legales y normativos; la elaboración de reglamentos de comercio, publicidad,

construcción, salud, alimentos, etc.; la fijación de tarifas de servicios públicos; la regulación y control de precios, calidad de productos y pesas y medidas; el establecimiento de regímenes jurídicos sobre monopolios y transnacionales; las actividades desarrolladas, por los gobiernos locales; el establecimiento de legislación sobre protección ambiental, la regulación sobre la propiedad industrial y la libre competencia .

La representación debe sujetarse en este caso a las reglas propias del Derecho Civil y del Derecho Procesal y como tal se les aplicará las reglas que correspondan sobre la materia.

3.5 Derecho a la Protección de Intereses Económicos

Es el derecho a un trato equitativo y justo en toda transacción económica o comercial al amparo del cual el consumidor interviene en:

- La fijación de precios y tarifas;
- Fijación de márgenes de ganancias;
- Idoneidad de cláusulas contractuales;
- Regulación de los contratos de adhesión;
- Promoción de hábitos de consumo que protejan el patrimonio familiar;
- Regulación sobre acaparamiento, especulación y usura; etc.
- Protección contra: Condiciones, abusivas de crédito; Casos de usura, como cobro de intereses sobre intereses devengados y no pagados o la capitalización de intereses: Engaño en pesas y medidas; Prácticas o acuerdos de productores, industriales, comerciantes proveedores o transportistas, que lesionen los intereses de consumidores, etc.

Las prerrogativas otorgadas al consumidor con este derecho implica que debemos estar siempre alertas para poder defendernos de los actos que atentan contra nuestros intereses económicos y es especial debemos tener cuidado para:

- Defender el ahorro (tasa de interés real).
- Lograr la pronta devolución por pagos en exceso al igual que en caso de no pago o retraso en el pago.
- Tener derecho al pre-pago y su correspondiente reducción de intereses en los contratos de préstamo celebrados con las entidades financieras.
- Obtención del justiprecio: interrelación de cantidad, calidad, garantías, servicios posventa, presentación y precio.
- Reconocimiento de practicas comerciales coercitivas lesivas a sus intereses.
- Orientar adecuadamente su capacidad de compra; etc.
- Este derecho se relaciona, sustancialmente con el derecho a la reparación de daños, y juntos sirven como instrumento para los demás derechos.

El IDECOPI por Resolución 387-2004 TDC/INDECOPI del sancionó con una multa de 2 UITs al Banco de Crédito del Perú por utilizar un mecanismo que penalizaba a sus clientes por pagar deudas por adelantado, ordenándole como medida correctiva la devolución de lo indebidamente cobrado por desconocer el derecho al prepago que tiene todo consumidor en sus operaciones de crédito con la correspondiente reducción de los intereses inicialmente programados, lo que no puede ser vulnerado con mecanismos alternos que so pretexto de cobrar portes, gastos administrativos o comisiones tiendan a enmascarar un cobro indebido que atenta contra los derechos de los consumidores y afectando la confianza del sistema financiero.

También por Resolución 612- 2004 TDC/INDECOPI La Sala de Defensa de la Competencia ha sancionado a Financiera CMR-SAGA con una multa de 10 UITs por realizar prácticas comerciales coercitivas al presionar a sus clientes a la celebrar contratos adicionales a su línea, ofertándoles el servicio de tarjeta “Asist Card” la misma que no había sido solicitada por sus clientes, pudiendo ser objeto de sanciones con el retiro de sus línea de crédito que inicialmente habían obtenido.

3.6 Derecho a la Reparación de Daños

Es el derecho que permite lograr una solución equitativa a las justas reclamaciones, que pudiesen suscitar los productos, bienes o servicios ofrecidos a los consumidores. Con este derecho se asegura al consumidor medios o canales para obtener asesoramiento legal, compensaciones por engaños y reparaciones equitativas.

Este derecho permite que se establezcan sistemas de asistencia técnica y asesoramiento; se definan procedimientos de reclamo, arbitraje y arreglo amistosos; se adecue la legislación existente; se establezcan diversas vías de recurso y procedimiento; se establezcan tribunales de mercado para la conciliación, el peritaje, el arbitraje y el arreglo amistoso; se establezcan Tribunales de Consumo de Quejas Menores de rápida ejecutoria y no onerosos, etc.

Las reclamaciones de los consumidores deberán ser necesariamente justas; o sea, consecuencias atribuibles al producto, bien o servicio, y no al mal uso dado por uno mismo o provocado por terceros.

Se presenta un caso de causa justa para reclamar por ejemplo cuando se genera pérdida del patrimonio por un producto o bien defectuoso o servicios ineficientes o engañosos (p.e. la explosión de la TV produjo un incendio), las

informaciones no son exactas y completas; el servicio posventa no es satisfactorio (p.e. inexistencia de repuestos, servicio técnico figurativo), etc.

Cuando en una reparación utilizan piezas de repuesto usadas o no originales, sin conocimiento del solicitante del servicio; existe incumplimiento de obligaciones contractuales. Sea quien fuere el responsable de la falta contra los consumidores, la solución puede incluir: la restitución del monto equivalente a lo pagado, más los intereses correspondientes (ejemplo: imposibilidad de incumplimiento de contrato), más la indemnización por daños y perjuicios ocasionados (ejemplo: incumplimiento en plazos de entrega); el reemplazo del producto defectuoso por uno nuevo, más indemnización por los perjuicios ocasionados ⁹²

El principio aplicable en relación a este derecho del consumidor es que a una reclamación justa debe corresponder una solución satisfactoria que incluso supere las expectativas que toda persona tiene, aunque es obvio que el sufrimiento provocado por el daño no necesariamente puede ser resarcido con dinero, puesto que el daño puede ser material pero también moral y personal, en cuyo caso el debate sobre el resarcimiento se hará en la vía judicial por responsabilidad civil.

3.7 Derecho a la Educación

Es el derecho a adquirir y desarrollar los conocimientos y la capacidad para actuar en forma consciente y responsable como un consumidor informado. Los objetivos o fines fundamentales son:

⁹² Nos referimos en general a las medidas correctivas que la autoridad administrativa esta autorizada a otorgar a los consumidores para salvaguardar sus derechos, con excepción de indemnización por daños y perjuicios que en el Perú solo puede ser ordenada por las autoridades judiciales previo juicio civil.

- Inculcar el conocimiento de los derechos y las obligaciones de los consumidores;
- Desarrollar en el consumidor un conocimiento crítico que le permita evaluar y potenciar su capacidad de toma de decisiones en sus compras;
- Otorgar al consumidor capacidad de acción para que por si mismo busque un trato justo.

En el ejercicio de este derecho las organizaciones de consumidores deben constituirse en promotores principales y permanentes colaboradores de los esfuerzos educativos en el tema de consumo. Corresponde al Estado y a sus órganos dependientes al asumir la responsabilidad de incluir la educación al consumidor en los programas educativos oficiales, dentro de los distintos niveles de enseñanza.

La preparación de los niños para la vida adulta, contribuirá a formar consumidores informados, conscientes de los valores de los productos, bienes y servicios. Esto permitirá ir creando en el subconsciente colectivo una cultura de consumo, que implica asumir en el futuro una actitud de alerta, de conocimiento del mercado y de conciencia del rol que juega el consumidor como protagonista del mercado para promover a su vez el crecimiento del mercado.

Las municipalidades tienen competencia en la educación inicial y están en capacidad de influir decididamente en la educación al consumidor, para lo cual se necesita un sostenido programa de educación del consumo en el mercado local.

3.8 Derecho a un Medio Ambiente Saludable

Es el derecho que busca garantizar que los efectos de la acción del hombre sobre el medio ambiente, sean positivos para su conservación y

calidad de vida. Sus objetivos fundamentales: conservación de la vida, preservación de los elementos que la posibilitan; aire, agua, flora y fauna.

El consumidor por sí solo o agrupado en organizaciones de consumidores no tienen suficiente poder de decisión, por lo que es necesaria la intervención del Estado como legislador y previsor, dando las medidas preventivas y correctivas pertinentes. y en ese sentido el Estado debe legislar sobre todas aquellas situaciones que de una u otra manera afectan al medio ambiente y por ende el derecho de los consumidores. Algunas de estas situaciones son las siguientes:

- El manejo y almacenamiento de residuos tóxicos;
- El uso de plaguicidas y pesticidas;
- La ubicación de plantas industriales de alto riesgo;
- El control de ruidos en el trabajo, en el campo, en las ciudades, etc.;
- La prevención de accidentes en plantas químicas y petroquímicas;
- Los niveles de contaminación atmosférica;
- La utilización de productos que atenten contra el medio ambiente.
- Problemas de contaminación.

Utilización de aerosoles, refrigerantes, sustancias aislantes, entre otras que contiene clorofluocarbonos (CFC), componentes industriales de larga vida, como el bromo y cloro, que destruyen la capa de ozono, protectora de las radiaciones ultravioletas del sol.

Utilización de plaguicidas como el DDT, que luego de ingresar al organismo, se almacena en diversas partes de éste, ocasionando trastornos en el sistema nervioso y muchos tipos de cáncer. El daño se debe a que estos

plaguicidas persisten mucho tiempo en el ambiente y se transmiten de las plantas a los animales (carne y leche)

Asimismo, contaminación del aire, aguas, suelos y alimentos por emanaciones de gases de minas, plantas industriales, vehículos, aviones, etc.; por su alto contenido de plomo.

La explotación de basura tóxica (desechos químicos y radioactivos, solventes, aceites quemados y otras sustancias tóxicas) tanto en países en desarrollo como en los países industrializados resulta mucho más barata que eliminarla mediante procedimientos obligatorios. Esta explotación ha sido clasificada como terrorismo tóxico internacional por su alto riesgo de poner en peligro la salud en otros países, mediante efectos como contaminar las aguas, provocar infecciones, incendios, explosiones, corrosión, etc. Sobre este punto cabe señalar que hoy el Código del Medio Ambiente en el Perú con mucho tino establece que las empresas industriales deben efectuar estudios de impacto ambiental para preservar un medio ambiente sano sin contaminación que ponga en riesgo la salud y la seguridad de la población.⁹³

Observamos que surge en las últimas décadas el interés por legislar sobre esta materia en muchos casos, puesto que el derecho de los consumidores ha adquirido un nivel constitucional y por tanto, su violación puede dar lugar a las acciones de garantía constitucional pertinentes (la acción de amparo contra la comercialización de un producto considerado nocivo para la salud). Sobre todo hoy en día que el Derecho, protege considerablemente la ecología, con sanciones no solo administrativas sino también penales.

3.9 Derecho a la No Discriminación o Derecho a la Igualdad de Trato

⁹³ El Código del Medio Ambiente del Perú establece la obligación de las empresas de presentar sus estudios de impacto ambiental y sus respectivos programas de adecuación al medio ambiente (PAMA) en el sector de actividad que corresponda. Asimismo hay un registro de empresas especializadas en realizar este tipo de estudios, incluyendo supervisión y monitoreo de los programas.

La pluralidad racial y étnica que hay en el Perú, le dan una connotación heterogénea desde el punto de vista social, económico y cultural, lo que ha creado un equivocado concepto de prevalencia de razas y etnias y ha generado desde siempre problemas de discriminación. Este hecho no solo se presenta en nuestro país, sino también en otras latitudes, en mayor o menor grado. Sin embargo hoy a la luz de los modernos postulados de la economía, la cultura de la libertad, la globalización económica, la apertura de mercados, la promoción de la competencia, etc; la No Discriminación no solo es un derecho ciudadano inspirado incluso en la Declaración de Derechos Humanos y en la doctrina del constitucionalismo social, sino también una garantía de un mercado eficiente, transparente, competitivo, sin restricciones de ninguna clase.

En efecto el artículo 2 de nuestra constitución señala que “nadie debe ser discriminado por motivos de origen, raza, sexo, idioma, religión, condición económica, etc” y la violación de este derecho de carácter constitucional, constituye también una infracción a los derechos del consumidor contemplados en el artículo 5 inciso c) del T.U.O Decreto Legislativo 716 que expresa que todos tenemos derecho a acceder a una variedad de productos y servicios valorativamente competitivos, que nos permiten libremente acudir al mercado y elegir lo que deseemos.

Si un establecimiento abierto al público nos niega el acceso por razones de raza o color, nacionalidad, religión, sexo, etc. nos está privando de un elemental derecho a consumir, además de constituir obviamente una grave ofensa a nuestra dignidad personal, pues recordemos que no hace mucho tiempo (1998) se venía produciendo en nuestro país una situación por demás irregular y abusiva, que fue incluso calificada por la prensa como racismo al puro estilo nazi. Conocidas discotecas de Lima, bajo la excusa de reservarse el derecho de admisión, impedían el ingreso a jóvenes que no eran blancos, altos y rubios, con alegaciones por demás conocidas como “usted no tiene reserva”, “el local está lleno”, “usted no tiene tarjeta de invitación” o “esta es

una fiesta privada”, se les negaba el acceso a miles de jóvenes que no tenían los rasgos físicos predeterminados por la casa.

Desde el punto de vista jurídico El Derecho a No Ser Discriminado o Derecho a la Igualdad de Trato como una prerrogativa del Derecho de las Personas, es su vez una condición general del mercado, y como tal merece toda la atención, prevaleciendo incluso frente al derecho a contratar.

El Derecho a no ser discriminado y a la igualdad de trato es inherente a la persona, en su condición de ser humano y de consumidor por excelencia, y como tal constituye un derecho primigenio, no olvidemos que el hombre es sujeto de necesidades desde que nace y por tanto consumidor.

Todo mercado que se precie de ser excelente en la asignación de recursos, debe respetar este derecho para que exista transparencia y equidad en las transacciones y fundamentalmente para no restringir el acceso a consumir, la libertad de elegir y decidir aquello que puedo adquirir, caso contrario estará frente a la negación de la competencia. Por su parte la libertad de contratación, si bien cierto es un derecho constitucionalmente amparado, tiene sus restricciones y una de ellas es el respeto al orden público.

Además cuando una persona realiza un acto de consumo, lo hace en su condición de consumidor-persona, ciudadano-consumidor; por lo tanto no interesan sus condiciones personales frente a quien ofrece bienes o servicios, por que quien está en el mercado para ofertar no puede discriminar, porque a él le debe dar lo mismo que quien consume sea un blanco, negro, asiático, varón, mujer, peruano, extranjero, discapacitado, católico, protestante, ateo, etc.

Al respecto cabe precisar que toda persona es libre de permitir o no el acceso a su residencia y proteger su intimidad y en ese orden de ideas un club privado puede también restringir el acceso únicamente a sus socios. Sin

embargo el problema surge cuando se trata de locales abiertos al público y que operan en un mercado que se supone es libre.

Consideramos que en el fondo, evitar los actos discriminatorios de todo tipo, significa a su vez evitar que se afecte el correcto desenvolvimiento del mercado y proteger por ende los derechos del ciudadano consumidor, consagrados en la Constitución Política, por lo tanto cada vez que se presente una situación de esta naturaleza deberá hacerse un adecuado ejercicio de integración jurídica para hacer respetar este derecho y promover conductas responsables en los operadores del mercado, solo así éste será eficiente competitivo y transparente.

Cabe señalar, que se discute mucho respecto del tratamiento discriminatorio que en algunos casos se viene dando a las parejas de homosexuales que acuden a determinados cafés, restaurantes, discotecas, etc.⁹⁴ El tema ha sido puesto en debate sobre si les debe permitir o no el libre acceso. En principio, si se les niega el acceso solo por su condición hay discriminación, y es obvio que quizá no estamos culturalmente preparados para aceptar una realidad que es innegable, lo cual explica el rechazo ciudadano, sin embargo creemos que si los homosexuales acuden a un lugar público y realizan actos de exhibicionismo u otros actos reñidos contra el pudor es lógico que van a ser desalojados y no solo porque sean ellos, sino a cualquier persona incluso heterosexual que no tenga un comportamiento socialmente alturado y si fuera así no creemos que haya en este caso discriminación, eso es simplemente una cuestión de orden, de seguridad e incluso cultura que todos debemos tener en un lugar público.

Por otro lado, independientemente de la ley, hay de por medio un reto para los operadores comerciales del mercado que deberán manejar este tema con inteligencia, estrategia y tolerancia, porque no se puede negar el acceso a

⁹⁴ El 22 de Agosto de 2004 fue presentada por T.V una denuncia del Movimiento Homosexual de Lima (MHOL) sobre practicas de discriminación contra homosexuales en la tienda Santa Isabel de Plaza San Miguel y el restaurant-café-heladería 4D en San Isidro, generando un gran debate sobre el tema.

las personas, sea quien fuere, porque un consumidor es en esencia una persona humana que accede al mercado porque tiene necesidades y por otro lado los padres de familia deberán saber orientar a sus hijos menores de edad sobre este tema.

El tema de la homosexualidad es una expresión de la libertad de la persona que abraza una opción sexual minoritaria y quienes pertenecen a estos grupos de personas son seres humanos que tienen el derecho de ser amparados por la Ley. El Derecho no puede negar ni discutir una realidad, solo tiene que normarla, en este sentido tiene que observar los hechos y devolverle a la sociedad una norma que sea funcional que permita a cada uno ejercer su libertad sin afectar el derecho de los demás. Además el mercado del cual tanto se habla en materia de consumo es en esencia el resultado de la interacción dinámica de las personas que acuden a comprar y vender sin discriminación.

En la mayoría de legislaciones este derecho fluye de los textos constitucionales y es a partir de ahí que se sanciona los casos de violación, en concordancia con las leyes especiales de protección del consumidor. La Ley de Defensa del Consumidor de Venezuela en cambio si tiene un texto expreso en su artículo 34 en el que se establece taxativamente que: “Los proveedores no podrán establecer diferencia alguna entre los bienes o servicios que se ofrezcan al público, salvo que se trate de razones de seguridad o tranquilidad del establecimiento o se fundamenten en disposiciones legales. Queda prohibido discriminar de manera alguna a los adquirentes de bienes o servicios salvo lo que establezca la Ley”. Esta disposición legal aunque escueta es una de las pioneras en señalar taxativamente este tema, lo que es muy importante para evitar interpretaciones antojadizas y fuera de contexto en materia de protección del consumidor, que podrían dejar eventualmente en indefensión a las personas respecto de los tratos discriminatorios que suelen presentarse en mercados tan imperfectos como los latinoamericanos.

El debate sobre el tema de la No Discriminación y la Igualdad de Trato en el Perú, se inició a partir del fallo de la Sala de Derecho Público de la Corte Superior de Lima, que declaró fundado un amparo interpuesto por dos discotecas limeñas (sancionadas por INDECOPI por prácticas discriminatorias) otorgándole supremacía al derecho a la libre contratación sobre el derecho a la igualdad de trato, ambos considerados en nuestra carta magna. Revisemos los antecedentes:

Antecedentes: El 29 de Mayo de 1998 la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (ASPEC) denunció ante el INDECOPI a cuatro discotecas capitalinas, las cuales presuntamente realizaban actos de discriminación, negándoles a determinados consumidores el acceso a sus instalaciones.

Posteriormente producto de las constantes denuncias, y luego de hacerse un seguimiento, la lista de discotecas denunciadas se incrementó a ocho, por las acciones de oficio iniciadas por el propio INDECOPI. Luego de visto el proceso la Comisión de Protección del Consumidor del INDECOPI, primera instancia administrativa, falla sancionando a cinco discotecas. Esta resolución es apelada y se deriva al tribunal del INDECOPI, segunda instancia administrativa.

Paralelamente al procedimiento administrativo, las discotecas en cuestión llevan el diferendo a la vía judicial e interponen una acción de amparo contra el INDECOPI, aduciendo que se estaba atentando contra la libertad de contratar y contra el derecho a constituir libremente empresa y realizar actividades comerciales.

Vía Judicial: La primera instancia judicial, Juzgado de Derecho Público, declaró infundado el amparo, concediéndole la razón al INDECOPI. Sin embargo, el fallo de la Sala Transitoria Corporativa de Derecho Público, segunda instancia judicial, amparó la pretensión de las discotecas otorgando

preferencia a la libertad de contratación frente al elemental derecho de igualdad de trato y no-discriminación a favor de toda persona. Este hecho suscitó encontradas opiniones en los ámbitos académicos, políticos, comerciales, etc. Jaime Delgado Zegarra, Presidente de la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (ASPEC), mostró su disconformidad por considerar que es indispensable respetar el derecho fundamental de todo ciudadano a la igualdad de trato.

Particularmente consideramos que efectivamente, la Sala no tomó en cuenta la legislación sobre protección del consumidor en todos sus aspectos que otorga al ciudadano la posibilidad de acceder libremente a los servicios elegidos. La libertad de contratar referida en nuestra Constitución debe estar necesariamente sujeta a las normas, es decir su fuerza no puede ser irrestricta. Además las discotecas son locales abiertos al público, no son bajo ningún punto de vista asociaciones o clubes privados, no olvidemos que están provistas de licencias municipales y como tal son establecimientos públicos, por lo que no se les puede permitir actos discriminatorios en contra de los consumidores, sin considerar que el dinero de todos los ciudadanos de cualquier ascendencia racial vale lo mismo.

Descartamos que la controversia generada por la Sala de Derecho Público involucre un conflicto entre dos derechos constitucionales. Creemos que no fue correcto invocar la libertad de contratación en la fundamentación del referido fallo. No compartimos dicho criterio, porque la referida libertad posee algunas restricciones, sobre todo cuando éstas afectan el derecho de terceros. Es más, de ser válida la interpretación de la Sala es decir que el derecho a contratar es irrestricto, se impediría cualquier forma de intervención estatal en la economía, así por ejemplo los organismos reguladores de servicios no podrían cumplir su papel supervisor de las entidades privadas, o tampoco sería válida la interposición de derechos antidumping o derechos compensatorios reservados para el caso de importaciones cuyos precios predatorios afectan la producción nacional.

Probablemente los vocales de la sala han interpretado que las discotecas son asociaciones y como tales tienen derecho a limitar el acceso, al existir libertad de asociación constitucionalmente amparada. Algunas veces el tema discriminatorio se ha tratado de camuflar haciéndolo figurar como una asociación. No obstante se trata de locales abiertos al público a los que pueden acceder cualquier persona. Además no se había agotado la vía administrativa y entidades como la Defensoría del Pueblo, y la asociaciones de consumidores también se preocuparon por el respeto a la cultura de consumo.

Debemos precisar que cuando se habla del Derecho a la Igualdad de Trato o a la No discriminación, no sólo nos referimos a la situación del racismo, sino también a toda circunstancia que implique discriminar por cualquier motivo a una persona en la materialización de sus actos de consumo. Lo sucedido con las discotecas es solo anecdótico, pero podría suceder lo mismo si se niega el acceso a los extranjeros, a los no católicos, a los comunistas, ateos, discapacitados, provincianos, etc, eso es inadmisibles en una cultura de mercado que debe ser lo más transparente, eficiente y competitiva posible⁹⁵.

3.10 Derecho de Revocación

Este derecho ha sido tratado fundamentalmente por la legislación española y la directiva europea sobre materia de consumo y la revocación hay que entenderla dentro del contexto de los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles o comerciales, lo que plantea una aclaración terminológica que ayude a conocer su contenido y alcance.

La doctrina y la jurisprudencia española fundamentalmente han utilizado frecuentemente términos como desistir, denunciar, disolver, renunciar, rescindir, resolver, revocar, de manera indistinta. Si bien gramaticalmente son

⁹⁵ La Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPi ha sancionado con 20 UITs a la discoteca "Mama África" del Cuzco por discriminación, Resolución No 221- 2004 TDC/INDECOPi

términos diferentes con estas expresiones se hace referencia a un mismo fenómeno, la extinción o terminación de la relación obligatoria ya iniciada como consecuencia de la voluntad de una de las partes.

Para explicar la naturaleza jurídica de este derecho debemos precisar que este surge como respuesta a las necesidades generadas en un nuevo contexto socioeconómico propiciado por la sociedad de consumo, y que el legislador con la intención de proteger a la parte más débil de una relación contractual ha introducido un cierto número de técnicas: obligación precontractual de informar, exigencia de forma escrita, regulación de las menciones que deben figurar en el contrato, etc. Dentro de estas técnicas hay que situar el Derecho de Revocación cuya utilización se ha generalizado en la mayor parte de países occidentales.

Desde el punto de vista jurídico el Derecho de Revocación plantea múltiples cuestiones: ¿Cómo situar este derecho con relación al principio de la fuerza obligatoria de los contratos?, ¿Constituye un obstáculo a este principio, o interviene en un momento donde este principio no juega?, ¿Afecta o no al proceso de formación del contrato?, ¿Se confunde con otras nociones como por ejemplo la condición o se trata de una modalidad original autónoma?.

Esta materia ha sido debatida fundamentalmente por la doctrina francesa, hay estudios de Cas y Ferrier⁹⁶ y de Calais Auloy⁹⁷ quienes han propuesto varias teorías para explicar el derecho de revocación.

1. Explica la doctrina que el contrato ya está formado, puesto que consumidor y empresario han intercambiado sus consentimientos. El Derecho de Revocación se explicaría aquí como un instrumento de perfeccionamiento de contrato. Partiendo de esta premisa se pretende no vulnerar el principio de la fuerza obligatoria de los contratos. Hay algunas hipótesis explicativas de esta teoría.

⁹⁶ Cas y Ferrier. *Traité de Droit de la Consommation*, Paris, 1986

⁹⁷ Calais Auloy. *Op. Cit.*

a) Se trata de un contrato en calidad de ensayo o prueba. Badenes Gasset⁹⁸ define este tipo de relación de la siguiente manera “una venta subordinada, por su eficacia, a la comprobación, determinación o aprobación de la existencia de alguna de las cualidades de la cosa que han formado el presupuesto o motivo determinantes de la declaración de voluntad del comprador, conocido por el otro contratante y teniendo por ello eficacia jurídica”. Sin embargo, la finalidad del plazo de reflexión concedido al consumidor en los contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles no es verificar que la cosa tenga los requisitos pactados o sea idónea para el uso a que ha sido destinada, sino permitir que el consumidor madure el consentimiento prestado.

El fundamento del derecho de revocación radica en las circunstancias que rodean a la contratación fuera de establecimientos comerciales porque la iniciativa proviene del empresario y el consumidor no tiene la posibilidad de comparar la calidad y el precio de la oferta con otras ofertas parecidas del mercado. El plazo de 7 días es concedido con el fin de que el consumidor reflexione sobre la oportunidad o no de contratar.

b) Una segunda hipótesis calificaría el Derecho de Revocación como un contrato con arras o señal.

En la doctrina tal como establece Albadalejo⁹⁹ existen tres modalidades de arras: confirmatorias, penales y penitenciales. Es la última modalidad de las arras la que es invocada por algunos analistas del Derecho de Revocación para justificar su naturaleza, amparándose en el Art. 1590 del Código Civil Francés sobre la venta con arras. Para ellos el Derecho de Revocación se explicaría como un arra o señal cuyos efectos son retroactivos y destruyen un contrato que había sido completamente formado.

⁹⁸ Badenes y Gasset. El Contrato de Compraventa, Tomo I y II, Madrid, 1969.

⁹⁹ Albadalejo, M. Manual de Derecho Civil, Tomo II, Madrid, 7ma. Edición, Bosch, 1983

Esta hipótesis ha sido objetada por la diferencia sustancial que existe entre el mecanismo del derecho de revocación y el de un contrato con arras o señal.

2. Una segunda teoría considera que el contrato no se forma en el momento de su conclusión sino al término del plazo de reflexión. El principal defensor de esta teoría es Calais Auloy¹⁰⁰ quien ha escrito *La Loi sur le démarchage á domicile et la protection du consommateur*, y quien sostiene que el consumidor en las ventas a domicilio tiene necesidad de madurar su consentimiento. La concesión de un plazo de reflexión deja suponer que la declaración inicial de voluntad, a pesar del hecho de que haya sido dada por escrito no es todavía perfecta, el contrato no puede concluirse instantáneamente, se forma de modo sucesivo. Esta voluntad no sería perfecta, salvo que sea confirmada posteriormente por la ausencia de la renuncia del consumidor.

3. Otra justificación del Derecho de Revocación es que el contrato concluido bajo condición suspensiva o resolutoria; bajo condición suspensiva del Derecho de Revocación o bajo condición resolutoria del ejercicio del Derecho de Revocación.

Esta hipótesis ha sido cuestionada porque el uso del derecho de revocación depende de la sola voluntad del consumidor, en cambio lo que caracteriza a la condición es que los contratantes sujetan los efectos del contrato a la realización de un acontecimiento incierto que sea exterior a la voluntad de las partes.

4. Otra teoría establece que la calificación más justa del Derecho de Revocación se basaría en la existencia de un mecanismo original que consistiría en disociar imperativamente la formación de la ejecución del

¹⁰⁰ Calais Auloy. *La Loi sur le Démarchage á Domicile et la Protection du Consommateur*. EC, No 24 Paris, 1993

contrato. Esta disociación reposaría sobre la distinción entre perfección y eficacia del contrato. Esta teoría se basa en la ley francesa que con el fin de proteger al consumidor suspende la eficacia de un contrato prohibiendo la ejecución de la obligación que pesa sobre el consumidor antes de la expiración del plazo de reflexión. Esta disposición no existe en cambio en la ley española.

Ejercicio del Derecho de Revocación.

Una redacción clara que explica la forma en que se ejercita el derecho de Revocación la encontramos en el Art. 1º de la ley española sobre contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles que dispone lo siguiente:

“El consumidor podrá revocar su declaración de voluntad sin necesidad de alegar causa alguna hasta pasado siete días contados desde la recepción. Para determinar la observancia del plazo se tendrá en cuenta la fecha de emisión de la declaración de revocación”.

Esta norma reconoce el derecho que tiene el consumidor de revocar el contrato sin necesidad de motivar su decisión. El ejercicio del Derecho de Revocación no reposa mas que sobre la voluntad de su titular y su eficacia es independiente de la voluntad de la otra parte.

Otra disposición de la misma ley establece que una vez ejercido el derecho de revocación las partes deben restituirse recíprocamente las prestaciones de acuerdo con el Código Civil, así como también se establece que el consumidor no tendrá que rembolsar cantidad alguna por la disminución del valor de la cosa que sea consecuencia de uso conforme a su naturaleza.

La doctrina considera que estas disposiciones a favor del consumidor están inspiradas en el principio pro consumidor a fin de facilitarle el ejercicio de su derecho de revocación eliminando cualquier obstáculo que pueda hacerlo desistir.

Finalmente la directiva europea establece lo siguiente: “El consumidor tendrá el derecho de renunciar a los efectos de su compromiso mediante el envío de una notificación en un plazo mínimo de 7 días a partir del momento en que el consumidor haya recibido la información contemplada en el Art. 4 y de acuerdo con las modalidades y condiciones establecidas en la legislación nacional. En lo referente al respeto del plazo, bastará con que la notificación se haya expedido antes de transcurrido dicho plazo”.¹⁰¹

Las condiciones del ejercicio de este derecho son las siguientes: Es un derecho personal, está limitado en el tiempo, tiene un plazo de reflexión y se ejerce a través de una notificación, además su ejercicio es discrecional y es de carácter imperativo puesto que el Art. 6 de la directiva europea dispone que “el consumidor no podrá renunciar a los derechos que le sean conferidos en virtud de la presente directiva”.

3.11 Derecho a la Protección de la Intimidad, el Honor y la Buena Reputación

El Derecho la Intimidad es uno de los derechos de la persona humana y en tanto éste es en esencia un consumidor es obvio que también se le debe proteger contra la revelación de todo tipo de información que afecte su vida privada, y que de una u otra manera pueda poner en riesgo su vida de relación tanto en el ámbito comercial, familiar, profesional y personal.

Hay pocos estudios que desarrollen este tema como una de las prerrogativas del consumidor, no obstante legislaciones como la de Brasil por ejemplo considera como una cláusula abusiva en el mundo de la contratación bancaria y financiera permitir la utilización de los datos de los clientes, y en ese mismo sentido ninguna empresa tiene el derecho de investigar la vida privada de los consumidores o sus hábitos de consumo.

¹⁰¹ Reglamentación Comunitaria Europea, Directiva 87/577 sobre protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales , del 20 de Diciembre de 1985

También está prohibido que en cualquier contrato de adhesión, se establezca una cláusula que imponga al consumidor la obligación de manifestarse contra la transferencia onerosa hacia terceros de los datos personales confiados a una empresa, toda vez que atentan no solo contra la intimidad y la dignidad de la persona, sino también contra la confiabilidad del sistema y del mercado.

Por otra parte en las actividades bancarias y financieras, la legislación brasilera establece que a fin de proteger la intimidad de las personas, las entidades bancarias o de cobranza deben de notificar obligatoriamente a los consumidores antes de ser reportados a las centrales de riesgo y en caso de controversia las empresas deben probar este hecho; así como también se establecen reglas destinadas a evitar las notificaciones compulsivas los consumidores.

En nuestro medio el Tribunal Constitucional ha venido desarrollando una línea de interpretación que sanciona todo tipo de comunicaciones remitidas a los consumidores en las que tanto el contenido como la forma vulneren su derecho a la intimidad, al honor y a la buena reputación, es decir en esencia que atenten contra dignidad de las personas. Nos referimos a todas aquellas comunicaciones de empresas de cobranzas que en su texto consignan palabras como “trábase embargo en 48 horas”, “urgente aviso previo a ejecución judicial”, “embargo y secuestro de bienes”, “advertencia judicial”, etc. Al respecto el Tribunal ha establecido que las empresas de cobranza no pueden arrogarse atribuciones que no les corresponden y que se encuentran reservadas al ius imperium del Estado¹⁰²

También el INDECOPI ha desarrollado una línea de trabajo en la que se ha cuestionado seriamente estos métodos de cobranza, inclusive se ha sancionado aquellos que revisten la forma de cedulones o volantes de gran

¹⁰² Expediente 2790-2002 AA/TC Declaró fundada una acción de amparo contra la empresa Recobro SA,

tamaño y de aquellos que notifican las comunicaciones de cobranza a domicilios laborales y que incluso son remitidos por fax a los centros de labores de las personas deudoras, atentando contra su dignidad y contra su derecho a la intimidad, más aún cuando el domicilio del contrato es el domicilio personal de los consumidores. Por Resolución No 173-2003 TDC/ INDECOPI se multó a la empresa Recobro SA por prácticas de atentatorias contra la dignidad y la intimidad de las personas al notificarlas con cartas agraviantes a su centro de trabajo, no obstante conocer su domicilio real.

Otras Temas relacionados con el Derecho del Consumidor

Dentro del contexto descrito anteriormente, vamos a señalar varios temas que son producto de la realidad social y económica, y que hasta la fecha no han sido recogidos y adecuadamente regulados en la ley y que el sistema de protección del consumidor espera para lograr su eficiencia social.

La Relación Consumidor-Empresa-Estado: Una Cultura de Satisfacción al Cliente.

El gran reto para todos nosotros es pasar de una cultura legalista a la cultura de satisfacción al cliente, pasar de la obligación mínima legal de brindar información a conceptuar el reclamo del consumidor como un regalo, una oportunidad de que esa información que le brinda al empresario le sirve a éste para mejorar y satisfacer sus necesidades.

Por ello, debemos pasar del estándar mínimo que nos exige la ley como garantía implícita en los productos que ofreceremos, al estándar de la calidad total. El empresario debe dejar de ver al consumidor como un comprador temporal que sólo le brinda ingresos en el corto plazo, para empezar a verlo como una relación de lealtad de largo plazo que le proporcionará valor y bienestar a cambio de calidad. En suma, el empresario debe aprender a valorar al consumidor, para que su relación con él no sea solo como cliente ocasional

sino que desarrolle en el futuro una relación duradera, es decir crear aquello que los especialistas en marketing llaman una fidelización del cliente.

El consumidor por su lado debe valorar sus propios derechos y su decisión de consumo, para sólo darle ese regalo a quien aprecia y respeta sus derechos. En una idea, el consumidor debe convertirse en ciudadano pleno del mercado.

Medidas Correctivas a favor del Consumidor.

De acuerdo al actual artículo 41 del Decreto Legislativo 716, el INDECOPI únicamente se encuentra facultado para aplicar sanciones administrativas a los proveedores que infringen la Ley de Protección al Consumidor. Esta sanción es independiente de aquellas acciones civiles o penales que el consumidor inicie ante el Poder Judicial. El 80% de los consumidores que acuden a INDECOPI tienen la expectativa de que, además de la sanción, EL INDECOPI podrá ordenar restitución, reparación o la devolución del dinero u otros bienes materia de su reclamación.

Para satisfacer la demanda de este 80% consumidores, se ha efectuado una innovación legislativa en materia de Derecho del Consumidor y hoy el INDECOPI está facultado para poder disponer medidas correctivas que tiendan a restituir las cosas al momento en que se produjo la lesión a los derechos del consumidor, no obstante hay que tener en cuenta que dicha facultad tiene sus limitaciones y en tal sentido el INDECOPI no puede decretar medidas que corresponden exclusivamente al poder judicial, además las medidas correctivas no significan bajo ningún punto de vista indemnizaciones o reparaciones civiles; por lo tanto debe quedar claro que las medidas correctivas no tienen una lógica indemnizatoria.

La ley precisa que las medidas correctivas tienen como finalidad revertir los efectos que la conducta infractora hubiese ocasionado en el mercado o

evitar que ésta se produzca nuevamente en el futuro, y para ello se parte de la existencia de una relación de consumo en todos los sectores y sin límite de monto. Las medidas correctivas no tienen naturaleza indemnizatoria o resarcitoria.

Asimismo el ejercicio de esta facultad otorgada al INDECOPI obviamente debe ser ejercida con responsabilidad y en tal sentido la entidad deberá tener en consideración la posibilidad real del cumplimiento de la medida, los alcances jurídicos de la misma y el monto involucrado en el conflicto y si la entidad considera que no es posible otorgar la medida correctiva, el consumidor la podrá solicitar en la vía judicial.

Las medidas correctivas posibles de dictar por el INDECOPI, son las siguientes:

1. Decomiso o destrucción de mercadería, envases, envolturas y/o etiquetas;
2. Clausura temporal del establecimiento o negocio, plazo máximo 6º días calendario;
3. Publicación de avisos rectificatorios o informativos, teniendo en consideración los medios que resulten más idóneos para revertir los efectos nocivos que el acto objeto de sanción hubiera ocasionado;
4. Reposición y reparación de productos;
5. Devolución de la contraprestación pagada por el consumidor;
6. Que el proveedor cumpla con lo ofrecido en la relación de consumo, siempre que el ofrecimiento conste en forma expresa por escrito;
7. Devolución o extorno, por el proveedor de las sumas de dinero pagadas por el consumidor cuando el producto entregado o el servicio prestado no corresponda a lo que haya sido expresamente acordado por las partes;

8. Que las entidades depositarias cumplan con efectuar el traslado y el pago de las cuentas por CTS del trabajador, conforme a lo dispuesto por la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios;
9. Que el proveedor cumpla con atender la solicitud de información requerida por el consumidor, siempre que dicho requerimiento guarde relación con el producto adquirido o servicio contratado;
10. Que el proveedor pague las coberturas ofrecidas en los seguros contratados por los consumidores, quedando sujeto el pago al cumplimiento de las condiciones establecidas en la correspondiente póliza de seguros;
11. Cualquier otra medida correctiva que el INDECOPI considere pertinente ordenar y que tenga por finalidad revertir los efectos que la conducta infractora hubiera ocasionado o evitar que ésta se produzca nuevamente en el futuro.

Estas medidas correctivas son posibles de ser dictadas actualmente gracias a una modificación de la norma que incluso ha sido fortalecida por una última modificación la Ley 27917 del 10 de Enero de 2003. Esto ha significado un gran avance en el desarrollo del Derecho del Consumidor que fortalece el sistema y da mayor confianza y transparencia al mercado, y es una muestra más que el Derecho del Consumidor como disciplina jurídica es flexible en tanto es capaz de irse adecuando a los tiempos para promover un sistema de protección más integral y eficiente con imágenes y motivaciones nuevas para el consumidor.

Ello permitirá, por un lado, que los consumidores obtengan algo más que una victoria simbólica, y por otro lado, en tanto existe la posibilidad de ser sancionados con multa, los proveedores tengan una razón más para auto componer los conflictos.

En otras palabras, la adopción de esta reforma legislativa propiciará en los proveedores una vocación mayoritariamente conciliatoria, dado que preferirán solucionar las controversias a través de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, antes que tener que cumplir con la reparación o devolución a los consumidores tras una resolución en la que además reciban una sanción administrativa

Las reclamaciones por concepto de reparación civil deben ser tramitadas por los consumidores ante el Poder Judicial, aunque no olvidemos que a veces los jueces desconocen las resoluciones del INDECOPI y entrampan los procesos de reparación civil con reglas procesales que están fuera de lugar y esto es un problema de violación del Derecho del Consumidor, que violenta el sistema de protección del consumidor, creando desconcierto en el mercado, y más aún no se respeta el principio pro-consumidor que es parte de nuestro sistema jurídico.

Incumplimiento de resoluciones del INDECOPI

Cuando termina el procedimiento, las partes (consumidor y empresa) deben cumplir con lo que ordena el INDECOPI y quien no cumple será sancionado. Esas son las reglas de juego, no vale jugar el partido y luego desconocer la derrota. Por ello, el INDECOPI impone multas a quien decide incumplir con lo ordenado en una resolución.

Sin embargo, y a pesar del mecanismo de la multa, es una realidad que a veces las partes incumplen los mandatos contenidos en una resolución. Por ello, debemos pensar en un mecanismo más eficaz para obtener resultado.

Además de un perfeccionamiento en los mecanismos de multa, creemos conveniente darle al consumidor una herramienta más para hacer cumplir una resolución a su favor,

Así tendremos que, por un lado, el Indecopi impondrá multas para hacer cumplir sus resoluciones, y por el otro lado y de manera paralela, el mismo consumidor podrá perseguir el cumplimiento de lo que le beneficia.

Según las normas actuales de protección del consumidor, el INDECOPI hoy puede imponer una multa e incluso duplicarla a aquel proveedor que no ha cumplido con lo dispuesto en una resolución o no cumple la medida correctiva impuesta. Este es un mecanismo disuasivo de aquellas conductas que no favorecen la confianza en el mercado.

Multa por Incumplimiento

Además de la sanción por infracción a las normas de protección al consumidor, la CPC está facultada para imponer multas por incumplimiento de medidas correctivas, de medidas cautelares y de acuerdos conciliatorios. Cada una de estas multas tiene un tratamiento especial por el cual se le impone el doble de la multa a aquel proveedor que no cumple con lo dispuesto por el INDECOPI y se va aumentando en la medida que el infractor siga desconociendo lo dispuesto por la institución. Este mecanismo tiene por objeto incentivar a que los proveedores cumplan con las resoluciones ordenadas por el INDECOPI y con los acuerdos celebrados entre las partes.

Cabe precisar que la propia institución ha desarrollado varios criterios para determinar el monto de las multas, de manera que esta imposición no es un acto mecánico sino que responde a una serie de situaciones que son debidamente determinadas y valoradas por el INDECOPI al momento de ordenar el pago de una multa, no olvidemos que el éxito de un sistema de protección al consumidor, es su equilibrio tanto en la defensa de los consumidores como en la sanción a los infractores, en una formula que no implique promover el descuido y la poca reflexión de los consumidores, ni el abuso de los proveedores, ni tampoco el exceso de multas por parte del órgano sancionador que termine frenando la iniciativa empresarial.

Mecanismos de Apoyo a las Asociaciones de Consumidores y Promoción del Sistema

Las asociaciones de consumidores cumplen un rol fundamental en la defensa de los consumidores, tanto en lo que concierne a la difusión de sus derechos y al suministro de información, así como a la representación de sus intereses. Tales asociaciones, por mandato de la Ley, no tienen fines de lucro, lo cual dificulta su desarrollo y afianzamiento. Cuando una asociación de consumidores promueve un proceso administrativo y obtiene un pronunciamiento favorable de la Comisión de Protección del Consumidor, la multa impuesta es en su integridad recurso propio del INDECOPI, conforme a lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley de Protección al Consumidor.

Para fortalecer los mecanismos de autodefensa organizada de los consumidores, INDECOPI puede celebrar convenios de cooperación interinstitucional con las asociaciones de consumidores y disponer que un porcentaje de las multas administrativas impuestas en los procesos promovidos por las asociaciones sean destinadas a financiar sus programas de difusión, promoción e investigación de dichas organizaciones.

Dentro de este contexto con fecha 18 de Julio de 2003, se aprobó la Resolución de la Presidencia del INDECOPI N° 074-2003-INDECOPI-DIR, por la cual en virtud del artículo 40 del Texto Único Ordenado de la Ley de Protección del Consumidor, se aprobó la Directiva sobre Normas para la Intervención de Asociaciones de Consumidores en Procedimientos Administrativos ante la Comisión de Protección del Consumidor y demás Órganos Funcionales del IINDECOPI, y en tal virtud las asociaciones están facultadas para promover procedimientos administrativos en defensa de intereses individuales, colectivos o difusos ante cualquier órgano funcional, para lo cual deberán previamente inscribirse en un registro establecido por la institución, con el cual adquieren un reconocimiento automático. La única

excepción es que las asociaciones no podrán presentar denuncias ante la Comisión de Procedimientos Concursales y la Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios¹⁰³

INDECOPI también debe disponer normas orientadas a diseñar mecanismos flexibles y de bajo costo que permitan ampliar la cobertura del sistema de defensa del consumidor, reduzcan los conflictos de competencias, generen sinergías con otras entidades del Estado y fomenten mecanismos de autocomposición de conflictos y autotutela por parte de los consumidores organizados.

Prácticas Comerciales Coercitivas

En el artículo 5 inciso d) de la Ley de Protección al Consumidor se consigna de manera general el derecho a los consumidores a la protección contra los métodos comerciales coercitivos. Luego, en el artículo 13 de la Ley se tipifica un supuesto específico que podría ser catalogado como una práctica coercitiva.

En la actualidad existen una serie de prácticas comerciales usuales en nuestro medio que, a falta de una enunciación más específica, no se conoce si son o no lícitas conforme al texto expreso de la Ley. Esta situación produce desconcierto en los agentes económicos, quienes no saben a ciencia cierta que si tal o cual práctica, eventualmente, podría ser sancionada por el INDECOPI. En algunos casos se trata de prácticas comerciales claramente desventajosas para los consumidores, pero no siempre es así. Existen otra serie de prácticas que incluso podrían revertir en grandes beneficios para los consumidores.

A fin de determinar esta incertidumbre y hacer más predecible el actuar del INDECOPI en este caso, reduciendo así los costos de transacción involucrados en la realización de actividades comerciales, creemos que es

¹⁰³ Directiva N° 074-2003-INDECOPI-DIR, fue publicada en el Diario Oficial El Peruano el 22 de Julio de 2003

oportuno incorporar en la Ley un listado, no limitativo, en el que se aclaren los supuestos dudosos más comunes.

Descentralización, Coordinación con otras entidades del Estado y Promoción de Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos.

Desde su creación, la labor del INDECOPI ha estado casi en su totalidad circunscrita al área de Lima. Sin embargo, ya se han establecido 10 Oficinas Descentralizadas fuera de la capital, en lo que constituye un esfuerzo por llegar con la debida atención a todo el país.

El modelo de descentralización del INDECOPI es un muy original basado en una franquicia pública que significa una formula costo-eficiente para el Estado, sobre todo en los actuales momentos de ajuste presupuestario para la mayoría de las instituciones públicas. En este sentido, lo más importante es saber escoger a la institución que va a tener a cargo la representación a fin de que maneje los mismos estándares de calidad en servicio al igual que la entidad principal y en este sentido se apunta generalmente a aquellas entidades con las cuales se mantiene una línea común de trabajo y que garanticen cierta solvencia moral e institucional, así por ejemplo en el caso del INDECOPI ha optado por cámaras de comercio, colegios profesionales y universidades entre otras.

La preocupación por descentralizar es además compartida con otras entidades del Estado, que en sus ámbitos respectivos tienen interés de velar por los derechos de los consumidores. En particular, éste es el caso de los organismos reguladores de los servicios públicos. Resulta difícil o en todo caso, muy costoso para el Estado que cada entidad haga un esfuerzo en paralelo por atender directamente a los consumidores en provincias.

Uso Mixto

Este tema está referido al hecho de que por cuestiones económicas muchas personas adquieren un producto o servicio como consumidor final, pero eventualmente le da un uso empresarial y corren el riesgo de que ante una eventual violación del Derecho del Consumidor, queden excluidos de la protección legal que sólo ampara al consumidor final típico identificado más con la persona natural.

Esta es una situación real que aún las normas no han regulado con precisión y el INDECOPI aún no se ha pronunciado claramente, aunque el INDECOPI ha venido construyendo el concepto de consumidor final y con dicho razonamiento es casi seguro que podría considerarse positivamente para el consumidor esta peculiar situación. En efecto en la Resolución 101-96 TDC/INDECOPI del 18 de Diciembre de 1996 se estableció que hay supuestos en los cuales existen zonas grises, es decir situaciones excepcionales en las que últimamente una persona al adquirir un bien tiene un status de consumidor y proveedor a la vez, el caso típico es del propietario de un automóvil que además del uso personal hace eventualmente servicio de taxi, en cuyo caso estamos frente a un consumidor.

Esta realidad no puede ser negada ni discutida por el Derecho del Consumidor y es obvio que este tema debía ser revisado para que la norma tenga vigencia social y para no caer en inocuidad del sistema de protección del consumidor.

En este contexto, El INDECOPI ha venido observando el comportamiento del mercado y obviamente ha venido estudiando cual es el efecto de sus resoluciones en el mercado para ir adecuando sus decisiones a aquello que acontece en la realidad socioeconómica del país, y en este sentido ha promovido el Documento de Trabajo 001-2000 del Área de Estudios Económicos del INDECOPI, publicado el 15 de Marzo del 2000 donde advierte que el Perú es un país de pequeñas y microempresas (Pymes) que

representan el 78% de la Población Económicamente Activa (PEA), generan el 42% del Producto Bruto Interno (PBI), y su número 3,000,000 constituyen el 98.5% aproximadamente de empresas en el país, por lo tanto la regla establecida por la ley para considerar a una persona como consumidor debe ser revisada y debatida, planteando desde ya necesidad de incorporar transitoriamente al régimen de protección del consumidor a estos agentes económicos, porque la asimetría informativa también se presenta en las pymes, aún cuando en abstracto sean proveedores.

Esta reflexión expuesta en el Documento de Trabajo del INDECOPI es totalmente pertinente porque es precisamente en este sector de actividad económica, las pymes, en las que se presenta con mayor frecuencia los casos de usos mixtos o las llamadas zonas grises en materia de consumo, puesto que es difícil separar el ámbito personal del ámbito empresarial de quienes conforman las pymes, toda vez que en su núcleo familiar los bienes son utilizados indistintamente por las personas para su uso o disfrute familiar y para desarrollar eventualmente actividad propia de una empresa.

Posteriormente los Lineamientos de Protección del Consumidor, aprobados por Resolución 001-2001 LIN-CPC/INDECOPI del 07 de Junio de 2001, estableció con más precisión que en aquellos casos de usos mixtos y en caso de duda, el adquirente será considerado consumidor final, adoptando una interpretación sistemática sobre la base del principio pro-consumidor.

Finalmente la Resolución 0422-2003 TDC/INDECOPI del 03 de Octubre de 2004, que constituye precedente de observancia obligatoria, estableció ya con claridad meridiana que las personas naturales y jurídicas pertenecientes a la categoría profesional de los pequeños empresarios, son también sujetos afectados por la asimetría informativa en la relación de consumo y pueden ser considerados como consumidores finales para efectos de la aplicación de la Ley de protección del Consumidor.

Otros temas que necesitan ser regulados

Actualmente el mercado se mueve con gran rapidez y dentro de la dinámica del Derecho del Consumidor existen una serie de situaciones que no están reguladas o en todo caso la legislación es insuficiente para normar los fenómenos de consumo que se presenta, por ello debemos estar atentos para observar la realidad económica social y económica para penetrar en el mundo del consumo y ver que debe ser regulado o mejorado legalmente en aras de una eficiente regulación del mercado y una eficaz legislación de Protección de los consumidores.

En este sentido creemos que existen muchos temas por estudiar. Veamos algunos:

- Los sistemas de salud, medicamentos y el derecho de los pacientes
- Derechos del cliente de servicios bancarios y financieros
- Seguridad alimentaria, biotecnología e irradiación de alimentos.
- Rotulado y contenido de etiquetas de alimentos y medicinas.
- Armonización de la legislación de Protección del consumidor con el Derecho Civil
- El incremento del comercio electrónico realizado vía Internet y el nivel adquirido en su desarrollo requieren de la determinación de áreas de control y de regulación necesaria para cautelar los derechos de los consumidores, por ejemplo el acceso de los menores de edad a paginas de adultos y las condiciones mínimas de los locales donde se presta el servicio. Este tema es una realidad que tampoco ha sido recogida por la Ley, ni por el Indecopi como órgano rector.
- Las centrales de riesgo, y la información del sistema Financiero, frente al derecho a la intimidad de la persona.

- Los medios alternativos de solución de conflictos, conciliación y arbitraje de consumo.

4. L EY DE PUBLICIDAD COMERCIAL E N D EFENSA DEL C ONSUMIDOR DECRETO LEGISLATIVO 691

4.1 Derecho a la Información

En el mundo del consumo es imprescindible hablar de la publicidad que acompaña siempre a un producto para potenciar su comercialización y existen al respecto una serie de disposiciones destinadas a regular que la información que se proporciona al consumidor cumpla con los requisitos de legalidad, veracidad, autenticidad, pertinencia y lealtad, en tal sentido las actuales disposiciones del Decreto Legislativo 691 están destinadas a evitar la llamada publicidad engañosa o mentirosa que pueda eventualmente mediatizar la libre decisión de compra que un consumidor debe tener para adquirir un bien o servicio.

El consumidor tiene derecho a ser informado pero la forma como se cumple la obligación por parte de los proveedores, tiene sus reglas a fin de regular que los mensajes publicitarios no sean engañosos en su texto ni en sus efectos residuales.

Por otra parte la actividad publicitaria implica una manifestación de la libertad del comercio e industria reconocida constitucionalmente y además es una muestra de la libertad de expresión, y si bien es cierto que la publicidad se sirve de los medios de comunicación es claro que su objetivo es vender la mercadería anunciada por lo tanto su meta es netamente económica y mercantil que supone a su vez un universo múltiple de inter-relaciones de variado orden y de gran trascendencia para el sistema económico, es por eso que la ley no apunta a la técnica publicitaria como tal sino mas bien a los

parámetros dentro de los cuales la libertad de expresión deben marcarse para garantizar un anuncio adecuado para un mercado transparente, donde empresarios y consumidores obtengan la satisfacción justa de sus expectativas.

La publicidad comercial y su regulación en materia de defensa del consumidor constituyen un aspecto esencial de cualquier economía de mercado real y transparente, porque el derecho del consumidor a la libre elección de bienes entre otras opciones implica necesariamente la información que la publicidad pueda suministrarle, y las decisiones de compra de grandes sectores de la población se encuentran basadas en la publicidad. Es por eso que algunos autores afirman que el mercado puede ser definido de acuerdo a las creencias y necesidades que la publicidad inculca al público. Por ello una publicidad falsa o engañosa por ausencia de ley o deficiencias regulatorias perjudicaría igual tanto a competidores como a los consumidores. A los competidores porque sus ventas disminuirían en beneficio al empresario deshonesto y a los consumidores porque verían defraudadas sus expectativas respecto de los bienes o servicios que adquieran.

4.2 Principios de la Publicidad

La doctrina publicitaria ha anunciado una serie de principios pero los más importantes son los siguientes:

Principio de legalidad: en virtud del cual la actividad publicitaria debe ceñirse obligatoriamente al sistema de normas que configuran el Derecho positivo, es decir a lo que está prescrito en la ley.

Principio de veracidad: la publicidad debe ser necesariamente objetiva y abstenerse de incurrir en falsedades, exageraciones o connotaciones ajenas a la verdadera naturaleza, componentes o propiedades de los productos o servicios. Se prohíbe por tanto la publicidad falsa o engañosa que de una u otra

manera induzca a error al consumidor en sus decisiones de compra, porque ello afecta su libre determinación, afecta su derecho a la libre elección en tanto se encuentra mediatizado por el menaje residual de la publicidad engañosa.

Principio de autenticidad: la publicidad debe ser fácilmente identificable como tal, distinguiéndose inequívocamente de programas o informes noticiosos. Esto implica que el consumidor debe identificar en forma consciente el carácter publicitario de un mensaje. Esto evita el llamado enmascaramiento publicitario muy común a través de los Publi-reportajes y de los clásicos comerciales tipo flash, donde no se aprecia el autentico spot publicitario lo que crea una eventual confusión en el público.

Principio de Lealtad: Este es el principio de la libre competencia que implica el respeto a las reglas de la leal concurrencia en el mercado y rechaza los actos de competencia desleal que pueden llevarse a cabo a través de la publicidad como la denigración, el engaño, confusión, usurpación de marcas o nombres comerciales, etc.

Principio de Pertinencia: los anuncios deben mantener una relación de coherencia entre las imágenes y personajes utilizados y la naturaleza o propiedades del producto o servicio que se promocionan. Un caso típico de violación de este principio lo constituye la llamada publicidad sexista muy común en nuestro medio.

Para efecto de nuestro análisis debemos precisar que lo que la ley sanciona son las llamadas manifestaciones ilícitas de la publicidad y estas se miden a través del grado del efecto residual que dejan en la población.

En el contexto del Decreto Legislativo 691, el anuncio publicitario debe entenderse en su más amplio sentido comprendiendo inclusive la publicidad de envases y etiquetas y material de punto de venta. En cuanto al término producto este comprende también a los servicios y en cuanto a consumidor se

refiere a cualquier persona a la que se dirige un mensaje publicitario o que es susceptible de recibirlo. El anunciante está referido a cualquier persona natural o jurídica en cuyo interés se realiza la publicidad. La agencia se refiere a cualquier persona natural o jurídica que brinde servicios de diseño, confección, organización y ejecución de anuncios u otros productos publicitarios. El medio de comunicación se refiere a todas las empresas que brinden servicios de carácter audible, audiovisual o impresos de acuerdo a ley.

4.3 Manifestaciones ilícitas de la publicidad

Las manifestaciones ilícitas son aquellas formas de publicidad cuyo efecto residual es nocivo para el consumidor en la medida que le crea confusión, engaño o influencia negativa que afectan y mediatizan su opción de compra en el mercado, generándole comportamientos ineficientes.

Obviamente una publicidad será ilícita en tanto que en la construcción del esquema o pieza publicitaria se hayan violado los principios elementales de la buena publicidad, que en vez de trasladar al público consumidor información sobre las bondades del producto o servicio, por el contrario le transmita un mensaje negativo o engañoso que termine por mediatizar sus decisiones de consumo induciéndolo al error de manera directa o indirecta.

Lo importante para determinar la licitud de una publicidad es el mensaje residual que queda en el consumidor después de apreciar un comercial, es decir la sensación inmediata de agrado o desagrado que queda en el consumidor después de haber visto o escuchado un spot publicitario, sea cual fuere el medio utilizado.

4.3.1 Publicidad Abusiva

Art. 3. “Los anuncios deben respetar la constitución y las leyes. Ningún anuncio debe favorecer o estimular cualquier clase de ofensa o

discriminación racial, sexual, social, político o religioso. Los anuncios no deben contener nada que pueda inducir a actividades antisociales, criminales o ilegales o que parezca apoyar, enaltecer o estimular tales actividades.”

Esta norma establece una cobertura suficientemente amplia para evitar que la publicidad vulnere normas jurídicas, sancionando aquella publicidad antisocial y discriminatoria que resulte ofensiva y contraria al conjunto de valores que imperan en la sociedad.

Este tipo de publicidad caracterizada por:

1. Poseer un carácter discriminatorio de cualquier naturaleza;
2. Incitar la violencia o explote el miedo de las personas;
3. Se aproveche de la falta de madurez, de los menores de edad de tal forma que los induzca a realizar determinados actos de consumo contrarios a la ley;
4. Infrinja la normativa ambiental, o sea capaz, de inducir al consumidor a comportarse en forma perjudicial o peligrosa para su salud, seguridad e integridad física o psíquica, en el mediano o largo plazo, inclusive.

Dentro de este contexto es preciso evitar anuncios que atenten contra el buen gusto y el decoro social, y como expresa Sánchez Guzmán¹⁰⁴ son conceptos fáciles de entender, pero difíciles de definir y más aún de aplicar en casos concretos. Por ejemplo la publicidad de la conocida marca italiana “Benetton” tiende siempre a exacerbar el contraste, razón por la cual ha generado mucha controversia en los países donde se han difundido, toda vez que han considerado que cuando una publicidad toca valores sociales, la cultura y en general principios generalmente aceptados en una sociedad, se torna en algo chocante y que no es aceptada por el grueso de los destinatarios.

¹⁰⁴ Sánchez Guzmán, José. Introducción a la Teoría de la Publicidad. Madrid, Tecnos 1979

Según Mercadeo Latino ¹⁰⁵ la campaña de Benetton consta de 6 piezas gráficas:

- Un sacerdote besando una monja
- Un bebe recién nacido al que todavía no le cortan el cordón umbilical
- Una pareja de niños, que la propia empresa describe como *angelic white girl and dark and mysterius black boy* (angelical niña blanca y oscuro y misterioso niño negro)
- Un papagayo sobre una cebra
- Un rollo de papel higiénico
- Hojas pudriéndose en un charco de petróleo.

Muchos medios han decidido no publicar los avisos descritos, sobre todo los tres primeros por considerar que afectaría a su público, así el anuncio del sacerdote besándose con la monja podría afectar al segmento del mercado católico e influenciar su comportamiento futuro hacia el producto, puesto que la religión en sociedades como la nuestra tiene una fuerte aceptación social.

En el caso del anuncio del bebe puede afligir al consumidor porque el nacimiento sigue siendo considerado como algo privado y personal en la sociedad, y el anuncio de la pareja de niños es inaceptable por que parece ser que está incentivando la discriminación social, antes que tratar de eliminarla. En Brasil por ejemplo se consideró abusiva esta publicidad de Benetton y se le inició en consecuencia el procedimiento respectivo, ello por inducir en el público sentimientos de índole racista, lo cual es explicable en un país multirracial como Brasil, donde la riqueza cultural estriba precisamente en su heterogeneidad racial y su pluriculturalidad.

¹⁰⁵ Mercadeo Latino . Publicidad de BENETTON genera controversia, Marketing Estratégico, Año 11, N° 18 , Agosto 1991

En alguna oportunidad también se ha presentado comerciales en los que aparecen niños y niñas vestidos como pandilleros pintarrajeando las paredes de lugares públicos, como si ésta fuera una conducta de lo más apropiada. También han existido comerciales donde se induce a los niños abiertamente a mentir o se les presenta en situaciones riesgosas o peligrosas, e inclusive hay publicidad institucional que so pretexto de campañas de promoción social para obras benéficas o para educar al niño e inducirlo a que no tenga malas hábitos, los niños son presentados en situaciones indecorosas, indignas, ridículas e incluso ilícitas, en una clara afrenta no solo al buen gusto sino también a la buena imagen que merecen los menores y a la ley que protege el interés superior del niño, recogidas no solo en el Código del Niño y del Adolescente, sino también en la Convención Internacional de los Derechos del Niño¹⁰⁶

Algunos autores califican estos anuncios como publicidad antisocial, y otros sostienen que no debería estar prohibido presentar escenas cotidianas o de la vida real, porque lo único que se hace es recoger lo que está en la sociedad, no obstante creemos que estas opiniones no guardan relación con el carácter ético y de respeto al público que debe tener la publicidad.

En nuestro medio existen una serie de fenómenos y comportamientos sociales, que deben ser desterrados: narcotráfico, terrorismo, violencia¹⁰⁷, etc, entonces no hay justificación para que la publicidad presente estos anuncios cargados y sórdidos como hechos normales y deseables, cuando en realidad el sentimiento colectivo los repudia y más bien busca desterrarlos para siempre.

4.3.2 Publicidad Engañosa

¹⁰⁶ Publicidad institucional de entidades que presentan fotografías de escenas de niños de la calle, en situación de indigencia. Publicidad institucional de campañas antipiratería que presentan a niños tras los barrotes en una situación que semeja ser delincuentes tras las rejas.

¹⁰⁷ En Brasil, se produjo un caso de publicidad considerada abusiva, a través un anuncio de una cola o goma de zapatero, utilizada muy frecuentemente por los niños abandonados, quienes se drogan inhalándola. El anuncio contenía expresiones como "nao da barato" términos que son parte del lenguaje de los narcotraficantes y adictos.

Art. 4. “Los anuncios no deben contener información ni imágenes que directa o indirectamente, o por omisión ambigüedad o exageración puedan inducir a error al consumidor, especialmente en cuanto a las características del producto el precio y las condiciones de venta”.

Este tipo de publicidad es una de las más antiguas y cotidianas y quizás la más dañina para el público, porque este toma sus decisiones de compra basado mayoritariamente solo en la publicidad que se hace del producto o servicio con el perjuicio que muchas veces ello implica.

Expresa Jaime Delgado Zegarra¹⁰⁸ que este tipo de publicidad es además nociva para el mercado porque no solo atenta contra los consumidores sino también contra los competidores quienes verían desviada su clientela por una deshonesta maniobra publicitaria.

Debe tenerse en cuenta el nivel cultural de las personas promedio para ver si pueden engañadas con la publicidad y en consecuencia su libertad de decidir una compra puede ser mediatizada¹⁰⁹

La publicidad es engañosa según lo previsto en la ley porque induzca a error al destinatario o pueda perjudicar a un competidor o porque silencie datos, si tal omisión conduce igualmente al engaño. La falsedad que el acto persigue no es por si mismo sino en la medida de que induzca o pueda inducir a error a los consumidores, toda vez que el destinatario final es universal, no concreto.

Algunas legislaciones denominan a este tipo de actos de publicidad engañosa sobre productos, actividades o servicios, como “fraude al consumidor”, en tanto el mensaje residual derivado del acto publicitario por ser engañoso expone una falsa realidad que influye en el consumidor para que

¹⁰⁸ Delgado Zegarra, Jaime y Caceres Valle, Crisologo. Publicidad, Régimen Jurídico y Práctica Comercial, Lima, IDC, 1993

¹⁰⁹ Stiglitz, Gabriel. Op. Cit.

este termine optando por una decisión de compra falaz, por que si no hubiera existido dicho mensaje hubiera optado por otro producto.

En este tipo de publicidad un punto bastante discutible es el tema probatorio, por ello vale destacar lo dispuesto por el Tribunal Federal Alemán que ha establecido como sistema de prueba que el Juez pueda decidir según su propia experiencia si él pertenece al circulo de destinatarios afectados.

4.3.3 Publicidad Denigratoria o Despectiva

Art. 7 .- “Todo anuncio debe respetar la libre y leal competencia mercantil.

Los anuncios no deberán imitar el esquema general, el texto, el eslogan, la presentación visual, la música o efectos sonoros de otros mensajes publicitarios nacionales o extranjeros, cuando la imitación puedan dar lugar a error o confusión.

Los anuncios no deben denigrar ninguna empresa, marca, producto o aviso, directamente o por implicación, sea por desprecio, ridículo o cualquier otra vía”.

La norma transcrita implica el pleno respeto al Principio de Libre y Leal Competencia mencionado al inicio del trabajo. Cuando se habla de libre competencia nos referimos al derecho que todos los ciudadanos poseen de incursionar en cualquier actividad económica y confrontarse en el mercado con otros competidores. Competir es luchar, pugnar por un mismo objetivo. Es obvio que cualquier competencia resultan ganadores y perdedores. Al competir se causa un daño al adversario, pero este daño es lícito en la medida que se usen medios leales y permitidos (daño concurrencial).

Sin embargo, también existen medios desleales o ilícitos para buscar la supremacía en el mercado. Según lo expresado por el especialista en Derecho

Publicitario Luis Diez Canseco Nuñez¹¹⁰ “se trata de acciones encaminadas a perjudicar, obstaculizar e incluso eliminar al competidor mediante una maquinación dañosa. Constituyen denigración las afirmaciones, noticias, comportamientos o actitudes de un competidor que vayan dirigidas o sean aptas para producir el desprestigio de otro competidor, sean éstas falsas o verdaderas. La denigración en su propia esencia, es un atentado a la personalidad y al honor comercial. Recae sobre la persona del comerciante o sobre sus productos. También puede asumir la forma de imputación de hechos, revelación de datos o de la formulación de un juicio despectivo. Igualmente puede configurarse mediante la difusión de noticias que sean aptas para desprestigiar al competidor”.

4.3.4 Publicidad Comparativa

Después de una historia plagada de contradicciones legislativas, se ha establecido con claridad suficiente la licitud de la publicidad comparativa en el Perú.

La publicidad comparativa era una técnica que se usaba poco hasta el año 1973, cuando la Comisión Federal de Comercio (FTC), promovió su uso al dictaminar que el hecho de nombrar la marca de un competidor no implicaba un caso de competencia desleal. Igualmente en España el Estatuto de Publicidad prohibía la publicidad comparativa y hablar del tema era casi un tabú hasta que se fue poco a poco admitiendo la licitud de ciertas expresiones comparativas, a propósito de la publicidad de los detergentes “DASCH” y “ARIEL”¹¹¹. En Francia tras estar prohibida también la publicidad comparativa se admitió en 1986 a través de una sentencia de la Corte. Hoy la tendencia en Europa, América y casi en todo el mundo es a admitir la comparación en beneficio de la competencia, y del derecho del consumidor a la información, lo cual sin duda trae beneficios para la transparencia y eficiencia en el mercado. .

¹¹⁰ Diez-Canseco Nuñez, Luis. . Armonización sobre la Legislación de Tráfico Económico, Documento Base, Publicación de NN.UU, Lima, 1987

¹¹¹ Por Decisión del 4 de Noviembre de 1976 se admitió por primera vez la publicidad comparativa en España, Caso de las marcas de detergente DASCH y ARIEL.

Por mucho tiempo los empresarios combatieron cualquier comentario crítico sobre sus negocios. En virtud de ello, la publicidad comparativa era considerada hasta hace poco como un acto típico de competencia desleal, tendencia que estaba basada en el modelo clásico de publicidad llamado Modelo Profesional y que tuvo vigencia desde 1909 hasta 1945 aproximadamente, donde se garantizaba el derecho a la privacidad de las empresas, cuyas marcas no podían ser mencionadas aún cuando hubiera sido para expresar algo exacto y verdadero, lo cual no estaba a la altura del interés social en la protección del consumidor.

Empero, el interés de los consumidores por gozar de mayor información sobre los bienes ofertados así como el surgimiento de mercados cada día más competitivos fueron cediendo paso a esta nueva figura publicitaria y hasta lograr su aceptación definitiva. No obstante el tema ha causado y sigue causando una apreciable polémica. En efecto, con la masificación de la producción aparece el Modelo Social en el cual se acepta que se mencione o aluda a un competidor siempre y cuando exista un beneficio superior para el consumidor y dicho beneficio según como lo establece este modelo, únicamente puede ser conseguido con el traslado de información veraz y relevante para el consumidor.

En nuestra legislación, la publicidad comparativa será ilícita siempre y cuando se denigre al competidor a través de información que no es objetivamente verificable, por lo que las alusiones subjetivas al competidor afectan su posicionamiento por cuanto no brindan ningún beneficio al consumidor, el utilizar afirmaciones no comprobables ni sujetas a ningún parámetro objetivo de evaluación, siempre tendrán como objeto diluir el posicionamiento del competidor, lo cual es a toda luces desleal porque no se hace para alcanzar fines superiores.

El Tribunal del INDECOPI a través de la Sala de Defensa de la Competencia ha emitido una resolución que establece con precisión el tema de la publicidad comparativa, con ocasión del caso de la denuncia por

competencia desleal que formuló The Coca Cola Company contra Embotelladora Don Jorge SAC (Perú Cola) y que fue resuelta a través de la Resolución No 0547-2004 TDC/INDECOPI (Expediente 051-2002 CCD) que estableció un Precedente de Observancia Obligatoria que señala entre otras cosas que: "...La publicidad comparativa se convierte en ilícita al vulnerar el principio de lealtad, adquiriendo la calidad de acto de competencia desleal. Esto sucede cuando la publicidad comparativa pierde su carácter informativo - es decir, deja de transmitir información al consumidor- teniendo por objeto o efecto el aprovecharse indebidamente de la reputación del competidor a fin de resaltar supuestas ventajas de la oferta propia sobre supuestas desventajas de la oferta ajena.

La publicidad comparativa pierde su carácter informativo cuando el anunciante utiliza opiniones o afirmaciones no comprobables, es decir, de carácter subjetivo, ya que es imposible para el consumidor comprobar si las supuestas ventajas anunciadas existen en realidad. Esta falta de carácter informativo, es decir, de objetividad, provoca que el competidor aludido sufra un daño -materializado en la detracción potencial o real de clientela- sin que el consumidor se vea beneficiado por ello.

El efecto neto de este tipo de publicidad comparativa es negativo y, por ello, inaceptable para el modelo social de represión de la competencia desleal al que responde el ordenamiento nacional en materia publicitaria.

La utilización de testimonios en un contexto comparativo es lícita, siempre y cuando el anunciante presente de manera objetiva el testimonio y para lo cual cuente previamente con las pruebas documentales suficientes que sustenten no sólo la existencia sino el contenido y el sentido de las afirmaciones publicitarias vertidas en el comercial..."

Es preciso señalar que existe también la publicidad comparativa de tono personal cuando en un spot publicitario se emitan juicios que pueden

menoscabar el crédito de una empresa en el mercado a no ser que sean versiones exactas, verdaderas y pertinentes. Y califican dentro de este supuesto las manifestaciones referidas a la religión, la nacionalidad, la intimidad, o cualquier circunstancia personal del afectado.

En la publicidad comparativa de tono excluyente los anuncios denigran a los competidores, marcas, productos o servicios directamente o por implicación, ridículo, desprecio o cualquier otra forma.

Dentro de este contexto también puede existir publicidad alusiva que es aquella en la que se hace mención de un competidor pero solo para trasladar información efectuar ningún juicio valorativo sobre su producto o servicio y obviamente sin denigrarlo.

Para analizar un supuesto de publicidad comparativa hay que tener en consideración el artículo 11 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, Decreto, Ley 26122 y el artículo 7 de la Ley de Publicidad en Defensa del Consumidor, Decreto Legislativo 691, en las que se establecen con precisión reglas que prohíben la publicidad comparativa denigrante.

4.3.5 Publicidad Sexista

Frecuentemente encontramos spots publicitarios con clara alusión al sexo, no obstante no es tarea fácil establecer en qué casos nos encontramos frente a publicidad sexista, sobre todo si es común en nuestro medio utilizar hombres y mujeres en todo tipo de anuncios, pues no basta con que se presenten desnudos, puesto que la desnudez es natural y no necesariamente pornográfica, pues hay quienes sostienen inclusive que es motivo de inspiración artística. No es la sola exhibición del cuerpo lo que se cuestiona, sino el mensaje publicitario y la forma cómo se utiliza la imagen y cuál es el efecto residual que deja en el consumidor.

Frecuentemente la publicidad utiliza la atracción estética y la combina con la atracción sensual. Esta acción tiene como objetivo atraer hacia la imagen del spot la atención al público, gracias al sensualismo y/o el erotismo utilizado. La publicidad se esfuerza por todos los medios en “excitar” el deseo de poseer el producto y ha comprendido con rapidez que un camino fácil y directo hacia ese objetivo es recurriendo a los sentimientos primarios (libidinosos) del público de manera directa y abierta, vale decir, mostrar en la imagen lo que el receptor pueda poseer adicionalmente con la compra del producto.

Existe una fuerte tendencia publicitaria que apela al erotismo y al sexo con la finalidad de generar un comportamiento y un deseo de compra por parte del consumidor y la explotación de estos recursos en algunos casos sobrepasa los límites tolerables para la sociedad y en efecto ha resentido a ciertos sectores sociales principalmente mujeres, quienes de manera muy activa y desde hace buen tiempo vienen cuestionando la publicidad sexista.

Pero que debe entenderse por publicidad sexista, porque todo ataque a la dignidad de las personas representándolas en una situación de inferioridad o devaluándolas de alguna manera en función de su género sea masculino femenino es discriminatoria. Al respecto, un grupo de especialistas en diversas materias fue convocado por el Consejo Sueco Nacional de Políticas del Consumidor (CSNPC) con el fin de elaborar una propuesta para la definición de publicidad sexista, el resultado fue la proposición de los siguientes criterios base¹¹² :

- 1) Publicidad en la que se usa a la mujer como objeto para llamar la atención.

¹¹² Ekman. E . “Un Análisis en torno a las Reflexiones y Logros en el Marco de los Países Nórdicos”, De imagen a Protagonistas, Consumidores y Consumidoras, Por una Publicidad No Discriminatoria , Ponencias y Conclusiones del Seminario taller Internacional de Consumidores y Publicidad, Santiago de Chile, IOCU, 1989

- 2) Publicidad en la que no hay ninguna razón, ni relevancia para la presencia de la mujer en relación a un producto determinado.
- 3) Publicidad en la que la mujer es retratada de forma poco digna en relación al contexto, por ejemplo con su cuerpo en una pose antinatural.
- 4) Publicidad que utiliza insinuaciones sexuales y hace promesas que son irrelevantes para el producto.
 - a) Publicidad en que la mujer/ hombre es explotada/do como un objeto.
 - b) Publicidad que retrata a la mujer como una criatura pasiva, una persona carente de valor intrínseco que obtiene su autoestima a través de otros.
 - c) Publicidad que expresa que el rol de la mujer es satisfacer a otros.
- 5) Publicidad que da una visión falsa de la contribución de las mujeres o de los hombres a la vida del trabajo.
- 6) Publicidad que refuerza el estereotipo de los sexos en la sociedad.
- 7) Publicidad que declara que el rol de la mujer es agradar al hombre.
- 8) Publicidad que representa a hombres activos en roles profesionales, mientras que se muestra a las mujeres semidesnudas en el baño
- 9) Publicidad que representa una visión estereotipada de los rasgos de la personalidad de las mujeres y de los hombres.
- 10) Publicidad que retrata nuestras habilidades y ambiciones en el trabajo y en el hogar de manera tal que solo puede ser contraproducente para los esfuerzos de lograr la igualdad entre el hombre y la mujer.

- 11) Publicidad dirigida a los niños que les da impresiones falsas y pasadas de moda de lo que es característico de los hombres y de las mujeres.
- 12) Publicidad que relaciona la velocidad y la fuerza con el mundo del niño mientras que las emociones, la suavidad y la ternura se asocian al mundo de la niña.
- 13) Publicidad que muestra niños activos y concentrados en sus juegos mientras que las niñas están solo concentradas en si mismas.

4.3.6 Publicidad Encubierta

Es aquella que se presenta de tal manera que el público al que va dirigida, no es consciente de que ese anuncio que tiene al frente, constituye una manifestación publicitaria ilícita, conculcando así su derecho a identificar fácilmente dicha actividad. Esta práctica ilícita se configura cuando el contenido de un texto es de carácter publicitario pero ese carácter no aparece claramente expresado frente a los consumidores, en tal virtud la publicidad no es reconocida por el público como tal, porque se enmascara bajo el ropaje de una noticia de información general y como tal induce a error a los consumidores.

Sin duda la publicidad encubierta es aquella cuyo modo de presentación es lo suficientemente ladino para que el público no la identifique claramente.

La publicidad encubierta implica una violación del principio de autenticidad desde el punto de vista legal implica una violación del artículo 6 del Decreto Legislativo 691, según el cual “Los anuncios deberán distinguirse claramente como tales, cualquiera que sea su forma y el medio empleado para su difusión. Cuando el anuncio aparezca en un medio que contenga noticias, opiniones o material recreativo, se presentara de tal forma que sea reconocible como anuncio”.

La norma transcrita tiene a su vez su antecedente en el artículo 11 del Código Internacional de Práctica Publicitaria, adoptado por la Cámara Internacional de Comercio en su 47^o sesión, París 2 Diciembre de 1986, y que bajo el epígrafe de Identificación de los Anuncios, establece que los anuncios deben ser claramente distinguibles como tales, tanto en su forma como por el medio utilizado; cuando un anuncio aparezca en un medio que contiene noticias o temas editoriales, deberá ser presentado de manera tal que pueda ser reconocido de inmediato como publicidad.

5. LA LEY DE LIBRE COMPETENCIA Y LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR

La legislación de libre competencia y en especial el Decreto Legislativo 701 es en esencia una legislación represora de conductas que atentan contra el desarrollo de actividades económicas y que afectan el mercado como eficiente asignador de recursos, perjudicando por ende a los consumidores que son la razón de ser del sistema y que tanto la sociedad como el Estado no están dispuestas a tolerar.

Por ello es importante identificar cuáles son las conductas prohibidas por la legislación y que son objeto de sanción, luego a partir de este proceso de identificación o tipificación, establecer si a través del esquema de las normas de libre competencia es posible también proteger los derechos de los consumidores tal como lo establece el marco constitucional.

En este sentido, cabe señalar que la prohibición de las prácticas monopólicas y el abuso de posición de dominio en el mercado que establece el Artículo 61 de la Constitución constituyen conductas que en el fondo afectan al consumidor porque el bienestar del consumidor en el mercado, está en función de los precios, la eficiencia productiva, la adecuada asignación de recursos, entre otras prerrogativas de la libre competencia. De manera que es totalmente válido que cualquier conducta de un agente económico que de una

u otra manera tienda no solo a impedir la competencia, sino también a presionar al consumidor con condiciones de comercialización absurdas y abusivas, pueda ser sancionado por la autoridad competente, en nuestro el INDECOPI, dejando de lado interpretaciones restrictivas de la ley que puedan dejar de lado las conductas explotativas de los agentes en le mercado.

La Ley de Libre Competencia se ha estructurado sobre la base de las llamadas prácticas colusorias o restrictivas de la competencia por un lado y el abuso de posición de dominio, por el otro.

La prohibición del abuso de posición de dominio en el mercado contenida en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701, incluye tanto las conductas exclusorias -es decir, aquellas dirigidas a excluir a los competidores del mercado- como las conductas explotativas- es decir, aquellas dirigidas a ejercer de manera abusiva la posición de dominio para explotar a los consumidores, lo que es consistente con el origen comunitario europeo de la legislación nacional en la materia y nuestro marco constitucional que sanciona el abuso de posiciones dominantes o monopólicas, con la interpretación del Tribunal Constitucional que ha sostenido que la protección de consumidor es una obligación que no puede ser mediatizada con interpretaciones antojadizas o restrictivas de la ley , y con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República que también se ha pronunciado por sancionar las prácticas explotativas de los agentes económicos.

Un último pronunciamiento de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI, Resolución 0225-2004 TDC/INDECOPI ha reconocido expresamente que el abuso de posición de dominio en el mercado puede expresarse en conductas exclusorias y conductas explotativas¹¹³ Esta resolución ha causado polémica, porque para algunos autores la ley solo se refiere a conductas exclusorias, a pesar de que no existe disposición expresa en este sentido y porque consideran que es el propio mercado el que debe

¹¹³ Resolución 0225-2004 TDC/INDECOPI del 4-6-04 en denuncia de la Central Unitaria de Trabajadores (CUT) y el Congresista Javier Diez Canseco contra las AFPs

solucionar los inconvenientes y abusos de posición de dominio que se presenten en el juego de la competencia, sin necesidad de que participe la autoridad competente para corregir los efectos negativos que afecten al consumidor .

La referida resolución del Tribunal en principio está arreglada a Derecho, además de tener un razonamiento legal y una riqueza conceptual acorde con las modernas tendencias del Derecho de la Competencia y la Economía.

En efecto, nuestra Constitución en su artículo 58 garantiza el derecho a la libre iniciativa privada, presupuesto esencial de la economía de mercado y el constitucionalismo económico y en este sentido se respetan y promueven las iniciativas empresariales y es obvio que todos los agentes tienen el derecho de fijar sus precios, sus condiciones de comercialización, sus márgenes, sus sistemas de mercadeo y distribución y demás prerrogativas que busquen eficiencia y rentabilidad en el negocio, pero es obvio que el ejercicio de estas libertades debe hacerse en concordancia con el marco legal, caso contrario es susceptible de que esta libre iniciativa privada pueda ser ejercida de manera abusiva bloqueando el mercado, presionando, pervirtiendo y destruyendo la sociedad de consumo y obstaculizando la libre competencia, dejando de lado las leyes de la oferta y demanda para reemplazarlas por la voluntad unilateral y arbitraria que termina afectando paradójicamente al consumidor que es quien precisamente da vida al mercado a través de sus actos de consumo. Así mismo el artículo 61 de la Constitución establece que el Estado combate toda práctica que limite la libre competencia y combate además el abuso de posiciones dominantes o monopólicas.

Por lo tanto, existe consistencia en la resolución del Tribunal cuando se establece que el artículo 3 y 5 del Decreto Legislativo al hablar de abuso de posición de dominio en el mercado, incluye conductas abusivas de exclusión y conductas abusivas explotativas, puesto que la ley no hace distinciones al respecto y nadie puede hacer diferencias ahí donde la ley no las hace.

Además, la posición de dominio que obtiene una empresa, es en esencia un reconocimiento que le otorga el propio mercado a la iniciativa privada de aquellos agentes económicos que tienen determinadas condiciones, pero eso no significa una patente de corso para abusar y establecer prácticas de comercio explotativas, basadas en arbitrariedades, porque la arbitrariedad y el abuso es de suyo sancionable en cualquier sistema, máxime si se abusa del consumidor que es el protagonista del mercado, eso es un principio general que subyace en la esencia misma del Derecho y vigente en cualquier sistema jurídico.

De otro lado, la resolución del Tribunal al establecer que el artículo 5 del Decreto Legislativo 701 tipifica, prohíbe y sanciona el abuso de posición de dominio en el mercado en sus dos modalidades ha reconocido la reiterada jurisprudencia comunitaria europea consolidada incluso en el Proyecto de Constitución de la Unión Europea y en la legislación de países europeos como Alemania y el Reino Unido ¹¹⁴

Por otra parte, el mercado es un proceso en permanente movimiento en el que interactúan las personas poniendo de manifiesto sus intereses, es decir una relación biunívoca entre proveedores y consumidores, cuyos intereses se expresan en los precios y en la aceptación de tales precios, lo que genera una mutua actuación que es la que otorga dinámica al mercado y la economía de mercado se desarrolla sobre la base de la libre elección de los consumidores y la formación autónoma de los precios, de manera que el Estado no puede interferir directamente en la formación de los precios, sino solo proveer las condiciones de institucionalidad y legalidad que haga posible el desarrollo económico, y en este sentido el Estado es responsable de establecer una estructura legal sólida, coherente y principista que garantice una economía

¹¹⁴ Ley de Defensa de la Competencia Británica de 1998, prohíbe el abuso de posición de dominio en el mercado, sancionando los precios inequitativos y la limitación de la producción o el desarrollo tecnológico que perjudique a los consumidores.

eficiente y un desarrollo social pacífico y una asignación de recursos equitativa.

Sin embargo no es posible cerrar los ojos a una realidad, el mundo de Adam Smith ya no está vigente, no es el nuestro. Las cosas han cambiado. Hoy las empresas han crecido enormemente al punto de que sus economías son mayores que las de muchos países y su poder en el mercado es innegable. La situación de inferioridad en la que se encuentran los consumidores es patente y hace quimérico (rompe) el equilibrio de intereses que la ley busca.¹¹⁵

Es posible que el poder de estas empresas puedan de una u otra manera romper ese equilibrio que la ley propone e impongan condiciones de comercialización que produzcan fallas en el mercado, haciendo que éste no funcione a la perfección como suponían los clásicos liberales¹¹⁶.

Estas fallas de mercado producidas por eventuales abusos de los agentes económicos, no pueden ser solucionadas por el propio mercado, eso es difícil e inclusive utópico en un país como el nuestro, con democracia incipiente, una economía de mercado relativa, informal e imperfecta, estructuras sociales, políticas y económicas atrasadas, y con profundos desniveles socioeconómicos en un mismo mercado, con bajo nivel educativo y altas tasas de analfabetismo, entre otras cosas que dificultan nuestro desarrollo.

De ahí que solamente una adecuada interpretación de la Ley como la efectuada por la Sala de Defensa de la Competencia, permitirá a las

¹¹⁵ Gutiérrez Camacho Walter. Principio de Libertad de Precios, en Legal Express, Publicación Mensual de Gaceta Jurídica, No 43 , Año 4 Julio de 2004, Pag. 4

¹¹⁶ PepsiCo Inc, es el cuarto grupo mundial agroalimentario, detrás de Nestlé, Kraft y Unilever . Ha realizado en el 2003 ventas por 26,971 millones de dólares y esta presente en 160 países.

The Coca-Cola Company, es la líder mundial de bebidas gaseosas y ha realizado ventas por 21,044 millones de dólares en el 2003 y está presente en 200 países.

El 24 de marzo de 2004 la comisión Europea de la Competencia (Bruselas) sancionó a la empresa Microsoft con una multa de 497 millones de euros por abuso de posición de dominio en el mercado. Dicha multa representa menos del 2% de las ventas de la empresa en el año.

Estas cifras nos demuestran el tamaño del mercado y el poder de estas empresas

autoridades competentes, en nuestro caso el INDECOPI sancionar esas conductas y corregir las eventuales fallas del mercado, por lo tanto la resolución comentada es válida y no significa de ninguna manera un intervencionismo del Estado, porque solo se ha expresado que el Decreto Legislativo 701 al hablar de abuso de posición de dominio en el mercado incluye los actos exclusorios y los actos explotativos que tiendan a perjudicar los derechos de los consumidores sin entrar en detalles de control o intervención gubernamental y cualquier argumentación que exprese lo contrario es falaz desde nuestro punto de vista.

Cabe señalar que aún en economías de mercado más desarrolladas excepcionalmente el Estado participa para corregir los efectos negativos que la libre competencia pueda eventualmente producir afectando a los consumidores¹¹⁷.

Finalmente, la legislación antimonopólica si bien es cierto está dirigida a promover la competencia y evitar la comisión de actos colusorios y restrictivos; busca finalmente que los agentes económicos no presionen el mercado y no afecten con su actividad empresarial los derechos de los consumidores que son quienes dan vida al mercado a través de sus decisiones e innumerables actos de consumo.

5. CRONOLOGÍA DE LA LEGISLACIÓN DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

BASE LEGAL

- TUO del Decreto Legislativo 716, Ley de Protección del Consumidor
- Ley 26506, Ley que modifica el Art. 7°-A
- Ley 27049, Ley que precisa el derecho a no ser discriminado en el consumo

¹¹⁷ En USA a fines de los 70 el Estado intervino avalando créditos de la Chrysler, una de las principales empresas automovilísticas del mundo, para evitar que miles de trabajadores se vean afectados al igual que otras empresas y la economía hubiera tenido que enfrenar una crisis. También existe el control de fusiones y concentraciones empresariales que afectan la competencia y perjudican en esencia al consumidor.

- Ley 27251, Ley que establece el derecho del prepago en las operaciones de crédito.
- Ley 27311, Ley de Fortalecimiento del Sistema de Protección del Consumidor
- Decreto Supremo N° 039-2000/ITINCI, Texto Único Ordenado de la Ley de Protección del Consumidor.
- Resolución N° 001-2001-LIN-CPC/INDECOPI (Lineamientos sobre Protección del Consumidor)
- Ley 27598, Ley que adiciona el Art. 24°-A y 24°-B Se prohíbe el uso de métodos de cobranza que afecten la buena reputación del consumidor (se prohíbe los métodos de cobranza de los llamados hombreritos amarillos)
- Ley 27768, Ley que modifica el artículo 24°
- Ley 27846, Precisa alcances del Art. 40°
- Ley 27849, Ley que regula las centrales privadas de información de riesgos y de protección al titular de la información.
- Ley 27917, Ley que modifica el Art. 42°
- Decreto supremo N° 011-2003-PCM (Reglamento de Ley 27598)
- Decreto Supremo N° 048-2003-CP (Modifica Art. 4° del Reglamento de Ley 27598)

Ley 28300 del 23 de Julio de 2004, que modifica el artículo 7-A del TUO del Dec. Legislativo 716, Ley de Protección del Consumidor.

7. ACEPCIONES Y CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN

Las normas señaladas en el cuadro precedente se aplican a todos los casos donde exista una relación de consumo entre proveedor y consumidor celebrada en territorio nacional.

7.1 Relación de Consumo

Esta premisa se encuentra regulada por la concurrencia de tres componentes que están íntimamente ligados y cuyo análisis debe configurarse de manera integral; puesto que la ausencia de uno de los dichos componentes determinará que no nos encontremos frente a una relación de consumo. Dichos componentes son los siguientes:

1. Un consumidor o usuario destinatario final
2. Un proveedor; y,
3. Un producto o servicio materia de una transacción comercial.

No obstante haber señalado estos tres elementos, para hablar de relación de consumo, debemos considerar que el mundo del mercado actual impone en la comercialización de productos nuevas reglas de juego donde la relación de consumo tiene otra dimensión y no solo se circunscribe al acto traslativo de cosa-precio, sino que va mucho más allá y es aplicable también a otras situaciones en las que no necesariamente se adquiere un producto, pero si se evidencia una relación entre consumidor y proveedor y que se presenta por lo general en los grandes almacenes.

Antes de desarrollar esta idea es preciso revisar algunos conceptos previos:

En primer lugar si partimos del texto constitucional, artículo 65 de la Constitución que establece la tutela de los consumidores, veremos que no existe mención de la llamada relación de consumo

En el texto de la Ley, Decreto Legislativo 716 tampoco se establece una mención expresa y detallada de este concepto. En efecto, el artículo 1 de la Ley dice: “ Están sujetas a la presente ley todas las personas naturales o jurídicas de derecho público o privado, que se dediquen en establecimientos abiertos al público, o en forma habitual a la producción de bienes o a la comercialización de bienes o a la prestación de servicios en el territorio nacional”

Esta omisión ha sido salvada por la construcción conceptual hecha en los Lineamientos sobre Protección del Consumidor aprobados por Resolución No 001-2001-CPC/INDECOPI del 7 de Junio de 2001, pero esta construcción conceptual está referida únicamente a una relación contractual, es decir al acto jurídico propiamente dicho celebrado entre un proveedor y un consumidor, es decir al acto traslativo de cosa-precio o servicio-precio.

Sin embargo si revisamos la doctrina, en ésta se habla de RELACIÓN DE CONSUMO no de CONTRATO DE CONSUMO, porque lo que se tutela no es la relación específica de una persona en particular sino a todo aquel que se encuentra en una relación de mercado es decir de expectativa comercial entre quien provee bienes o servicios y quien está en condiciones de recibirlos.

En el artículo 42 de la Constitución Argentina, que es el antecedente más cercano a nuestra ley si se habla de una relación de consumo pero entendida en el contexto del moderno aspecto social del contrato de masa, cuyos destinatarios son los consumidores en general, cuya tutela se establece sobre la base del reconocimiento, respeto y dignidad que le corresponden como persona humana. Y es con este razonamiento que se debe entender la función social que hoy se reconoce a la relación contractual.

Expresa Juan Farina¹¹⁸ que el texto constitucional argentino adoptó el termino RELACIÓN DE CONSUMO, no porque se dude de que existe un contrato, ya que hay una oferta y una aceptación, sino para referirse, con una visión más amplia, a todas las circunstancias que rodean o se refieren o constituyen un antecedente o son una consecuencia de la actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para destino final de los consumidores y usuarios

¹¹⁸ Farina M. Juan. Defensa del Consumidor y del Usuario , Bs As, Astrea 1995

Aunque la ley peruana no lo diga expresamente, como si lo hace la Constitución Argentina, artículo 42 “todo consumidor ha de ser objeto de un trato equitativo y digno” y al hablar de trato digno no se refiere necesariamente a un trato de carácter comercial sino que el supuesto va mucho más allá y como tal se refiere a un trato de carácter social y humano, es decir al honor, respeto, consideración que se debe a una persona. En la construcción del derecho del Consumidor como disciplina jurídica ha tenido un gran influencia la escuela del Derecho Natural, por ello dentro de los postulados de esta disciplina la dignidad humana es un principio fundamental y como tal es de carácter supraestatal.

Expresa Farina¹¹⁹ que “el honor y la dignidad corresponden a toda persona, como derechos inalienables, innatos e inseparables de ella y no se pierden ni por el pecado ni por el delito. Son de carácter humano indeleble, independientemente de la situación concreta en que el individuo se halle”.

Esta afirmación de Farina sin duda es de gran contenido por que establece claramente que cuando en una relación de consumo la dignidad de un consumidor es mellada, quien ofende y además está premunido de una condición de proveedor en el mercado, debe ser sancionado independientemente de que exista de por medio una relación contractual concreta.

En la sociedad actual donde el hombre está preocupado por lograr lo que más interesa: asegurar la vida, la subsistencia, y también un orden fijo, el Derecho Natural, refresca el mundo jurídico para devolverle al Derecho los valores que nunca debe perder de vista, valores hoy representados por el bienestar general y la colaboración positiva para lograrlos.

El Derecho del Consumidor no debe ser solo la aplicación y el cumplimiento de ideas recogidas y consagradas en la ley, sino también tomar

¹¹⁹ Farina M. Juan Op. Cit

conciencia de la enorme eficacia y trascendencia que tienen, para el logro del bienestar económico social en general, la paz y el orden garantizados por la Constitución, para no quedar expuestos a la arbitrariedad, la fuerza y el azar. Las disposiciones de la Ley de Protección del Consumidor en este sentido están estructuradas sobre bases fundamentales del Derecho Natural, porque están en juego prerrogativas no solamente económicas sino humanas

Carnelutti¹²⁰ establece que la “formación de conceptos debe ajustarse a ciertas reglas, y que la regla fundamental es la simetría”. Esta propuesta llevada al campo de la Protección del Consumidor y más específicamente a la determinación conceptual de la relación de consumo implica que todos los conceptos jurídicos y económicos creados a partir de las resoluciones, precedentes o lineamientos del INDECOPI se ajusten o regulen con un orden lógico y que estén plenamente vinculados con lo que pasa en la sociedad, es decir, que recojan lo que sucede en la realidad actual a fin de no perder vigencia social, afectando el mercado y afectando paradójicamente al consumidor a quien se pretende proteger.

Hay un árbol de conceptos cuya simetría conlleva a considerarlos como categorías jurídicas que están en constante evolución conforme cambian las condiciones sociales y económicas. Pero no sólo es importante que las categorías jurídicas conceptuales respondan a la realidad y tengan su respectivo correlato socioeconómico que las sustentan, sino que también deben responder adecuadamente al sistema jurídico en que operan.

Otro postulado del Sincretismo de Carnelutti es la “necesidad de extender las zonas de experiencia o lo que es lo mismo, la materia jurídica, más allá de la proposición jurídica, del precepto, de la regla”. Así mismo establece “que no interesa tanto como se establece y formule el Derecho, sino como se realiza”, es decir como opera una norma en la realidad para la cual ha sido creada, eso es lo importante.

¹²⁰ Carnelutti F. Metodología del Derecho, traducido por Osorio, México D.F UTEHA , 1950

En este contexto, la multiplicación de las ofertas de bienes y servicios, y la influencia de la publicidad y la mercadotecnia en el mundo globalizado hace que el consumidor se encuentre en inferioridad para adquirir bienes y servicios a precios justos y queda expuesto a todo aquello que los grandes almacenes han creado para él, ofertándole no solo una gran variedad de productos y servicios, sino también una serie de prestaciones adicionales como son el confort, la seguridad, el ambiente, el servicio post venta, las atenciones, premios, regalos, descuentos, shows, demostraciones, degustaciones, estacionamiento de vehículos, atención al cliente, etc. Todo esto constituye una serie de beneficios adicionales alternativos cuyos costos nos son trasladados en los precios de venta de los bienes y servicios, es decir están incluidos en los márgenes de ganancia de los grandes almacenes. En el mercado nada es gratuito.

Toda esta parafernalia de ofrecimientos que los proveedores ponen a disposición del consumidor en el mercado, ha restringido la posibilidad de negociar condiciones de adquisición de un producto o servicio, se han despersonalizado las ventas y hay una anonimización de la producción, por ello los consumidores deben hoy suscribir contratos de adhesión con cláusulas predispuestas, muchas de ellas abusivas y en perjuicio de sus intereses y además soportar toda la publicidad y mercadotecnia puesta frente a nosotros para consumir

Ahora cabe preguntarse:

- si me intoxico con una degustación, la ley de Protección del Consumidor no me protegería porque no tengo relación de consumo.
- Si me entregan por premio un producto en malas condiciones que no lo hacen idóneo, tampoco puedo reclamar por que no tengo relación de consumo.

- Si al probar un producto cualquiera en un gran almacén me produce un daño porque se encuentra en mal estado, tampoco me protegería la ley porque no tengo relación de consumo.
- Si recibo mal trato de parte de un vendedor de la tienda, tampoco me protegería la ley por no tener relación de consumo
- Cuando sin razón alguna se atenta contra la dignidad y el honor de un consumidor en una tienda, se va a exonerar a la tienda porque no hay relación de consumo¹²¹.
- En los ejemplos propuestos si se liberaría de responsabilidad a los proveedores, desde nuestro punto de vista, eso sería inconsistente con el sistema de protección del consumidor.

Con este razonamiento solo estaremos protegidos por la Ley de Protección del Consumidor cuando compramos algo y cualquier otra cosa que pase en una tienda y que implique violación de los derechos del consumidor no serán amparados por la Ley Protección del Consumidor y debemos acudir a la vía civil. Este razonamiento nos parece falaz.

La realidad que en materia de consumo nos impone el mercado actual desborda la dimensión jurídica sobre las cuales se han elaborado ciertas normas y en ese sentido el Derecho del Consumidor no puede ser reducido solo a ideales jurídicos, sino que debe encontrarse validamente respuestas a nuevos fenómenos de mercado, lo que implica calificar una serie de conductas que se presentan a diario en las transacciones comerciales en un mundo globalizado como el de hoy, y en este sentido es preciso redimensionar el concepto teórico de la relación de consumo para hacerla extensiva a otras situaciones más complejas que las descritas en los Lineamientos de Protección al Consumidor establecido por el INDECOPI.

¹²¹ Por Resolución No 115- 2004 TDC/INDECOPI sancionó Supermercado santa Isabel del centro comercial Jockey Plaza por atentar contra la dignidad del Sr. Antonio Alfonso Ledesma Tapullima al confundirlo con un delincuente y someterlo a revisiones y detenciones indebidas por parte de los agentes de seguridad.

En efecto existe relación de consumo que se podría calificar de connotación simple en tanto se agota en una operación comercial traslativa de cosa-precio o servicio-precio, pero hay otras más complejas que tienen mayor duración en contratos de ejecución diferida o prestaciones continuadas, como el suministro por ejemplo. Puede darse el caso también que la relación de consumo que inicialmente tenga un consumidor se traslade a otro consumidor cuando existe de por medio una cesión de derechos o de posesión contractual.

En general es preciso destacar que la relación de consumo no es solamente una relación formal directa, es decir no es un mero acto traslativo de cosa precio, sino que va mucho más allá y que es en esencia una relación de correspondencia entre quien vende un producto presta un servicio con aquel que adquiere el producto o recibe el servicio.

Otra situación que puede presentarse es que la relación de consumo sea generada a través de un contrato celebrado fuera del territorio nacional, pero si los efectos jurídicos de esa relación, es decir las consecuencias jurídicas de la prestación contratada tienen lugar en el Perú, la autoridad administrativa peruana, es decir el INDECOPI estará facultado para resolver esa controversia, puesto que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2058 del Código Civil los tribunales peruanos son competentes para conocer acciones relativas a obligaciones que deban ejecutarse en el territorio nacional

En el caso de las entidades financieras por ejemplo la relación de consumo es compleja en tanto que abarca diversos aspectos del servicio bancario como por ejemplo captación del cliente, evaluación, otorgamiento de créditos, manejo de cuenta, monitoreo del crédito, cobranza, etc, por lo tanto al transferir el crédito de un cliente el banco transfiere también la relación de consumo o parte de ella como es la gestión de cobranza y lo que ello implica.¹²²

¹²² Mediante Resolución No 0118-2004 TDC/INDECOPI se sancionó a la empresa Recobro SA con 2 UITs por pretender cobrar una deuda inexistente, el tribunal consideró que la relación de consumo que la denunciante estableció con el Banco... había sido transferida a Recobro, al haber esta empresa adquirido los créditos bancarios de la denunciante con el Banco... En el caso de un crédito de consumo se entabla una relación entre el consumidor,

Otra situación compleja que suele presentarse es aquella derivada de los servicios de transporte público de pasajeros por vía terrestre e incluso aérea, cuando un consumidor celebra un contrato de transporte con una empresa y ésta a su vez subcontrata a otra que es la que efectivamente lleva a cabo el servicio. En este caso si llega a prestarse un servicio de mala calidad, es decir un servicio falto de idoneidad y en consecuencia se violan los derechos del consumidor, cuál será el operador que responde ante las personas afectadas.

En este caso debemos señalar que este tipo de situaciones suelen presentarse y que incluso están previstas en la propia legislación y en este sentido el Código Civil inclusive en su artículo 1766 regula esta eventualidad¹²³, por ello consideramos que no es procedente sancionar en estos casos a ambos operadores, es decir no se podría sancionar a dos proveedores frente a un mismo hecho, un mismo agraviado y un mismo servicio, más aún si la sumatoria de las sanciones es superior el máximo permitido por la ley, es decir 100 UITs.¹²⁴

En este sentido consideramos que en este tipo de situaciones se debe procesar y multar a un solo operador, que en este caso debe ser aquel proveedor con el cual el consumidor ha establecido formalmente la relación de consumo, porque es dicho proveedor el que ha recibido el pago por el servicio ofrecido, y la sanción deberá responder a la forma y circunstancias en que se ha violado la ley, además no olvidemos que la subcontratación es una realidad que no puede ser desconocida ni negada en la evaluación que se haga antes de emitir una resolución sobre violación de los derechos del consumidor.

como prestatario y la entidad financiera que efectúa el préstamo. La referida relación se extiende desde la etapa precontractual, en la que el proveedor y el consumidor realizarán actos dirigidos a la celebración del contrato de préstamo, y abarcará en su integridad la ejecución del contrato. En caso que una de las partes fuese sustituida, ello no conllevaría la extinción de la relación, toda vez que pueden existir prestaciones pendientes de ejecución.

¹²³ Artículo 1766 Código Civil: El locador debe prestar personalmente el servicio, pero puede valerse, bajo su propia dirección y responsabilidad, de auxiliares y sustitutos si la colaboración de otros está permitida por el contrato o por los usos y no es incompatible con la naturaleza de la prestación.

¹²⁴ Caso Sr. Luis Antunez y Villegas contra Expreso Internacional Ormeño S.A y Expreso Chinchano S.A por servicio de transporte falto de idoneidad, Resolución No 2004 TDC/INDECOPI

No debemos confundirnos en los casos donde hay casos fortuitos o de fuerza mayor, es decir imprevistos. Estar protegido por la ley de Protección del Consumidor no impide que el mismo hecho sea objeto de un proceso de reparación civil por el daño, este es otro tema.

El planteamiento metodológico de Carnelutti es importante en este caso porque nos permite determinar que los poderes públicos (legislativo y administrativo) deben asumir un rol protagónico en la promoción de normas y políticas de defensa del consumidor que estén arraigadas en la sociedad y que consideren toda la problemática a la que el consumidor está expuesto en un mundo como el de hoy, lleno de presiones crecientes desde todo punto de vista.

Expresa Carnelutti “debajo de las reglas están los fenómenos y hasta ellos es preciso calar”; por ello consideramos que es preciso escudriñar la realidad social y económica en materia de consumo para asumir otra actitud metodológica en la dación de las leyes, o en la construcción de conceptos, o en la toma de decisiones; las cuales deben tener como componente principal la observación de la realidad.

Carnelutti nos habla de un “prisma histórico, por el que el orden jurídico se muestra en constante movimiento, en reiterada reelaboración, para acomodarse a las circunstancias de tiempo, mercado, economía, cultura, etc. y de un prisma filosófico por el cual el orden jurídico se presenta integrado en un orden universal superior y respondiendo a principios de validez permanente”.

7.2 Asimetría informativa

La situación de asimetría informativa tiene lugar cuando de la relación de consumo, el consumidor a pesar de ser quien mejor sabe qué le interesa, no

necesariamente tiene a su disposición toda la cobertura de información que permita adoptar las decisiones más convenientes.

En consecuencia, existe un problema de asimetría informativa entre proveedores y consumidores que pueden llegar a generar distorsiones que pongan al consumidor en la incapacidad de elegir soluciones adecuadas.

Casi todos los problemas de aplicación de las normas de protección al consumidor pueden verse resumidos en dos grandes categorías.

- Los problemas de información
- Los problemas de idoneidad.

Es sobre la base de estos dos grandes temas que se desplazan las discusiones legales sobre violación de derechos del consumidor y a su vez cada de ellos supone una serie de supuestos que imponen al juzgador un análisis legal muy riguroso en algunos casos, toda vez que es necesario un ejercicio de integración jurídica con todo el bosque normativo que de una u otra manera está relacionado con el sistema de protección del consumidor.

7.3 Información Relevante

Los problemas de información son entendidos como los casos en que el proveedor omite brindar información relevante o la brinda de manera defectuosa. Lo que se debe informar depende de lo que el consumidor espera; y lo que el consumidor esperaría depende de qué es lo que se le informo.

Existe cierta información mínima que por su relevancia para efectos de que el consumidor tome su decisión de consumo, debe ser puesta en conocimiento del consumidor de manera oportuna, adecuada y suficiente. Para determinar la relevancia de una información es necesario atender a la posibilidad de que la omisión revelación de dicha información hubiera podido

cambiar la decisión del consumidor de adquirir o no el servicio o producto deseado.

Lo importante respecto al derecho a la información que ésta se proporcione en principio de la manera más amplia posible y que esta a su vez sea relevante en tanto que es el factor determinante para el acto de consumo, lo que implica a su vez que la forma de hacer llegar esa información sea adecuada, eso es importante porque a veces los canales o las vías a través de las cuales se provee no son las más idóneas porque no se toma en consideración a veces los profundos desniveles sociales y culturales de la población y por ende los distintos patrones de consumo en un mercado tan imperfecto como el nuestro.

Por otra parte, la oportunidad en la que se hace llegar la información también es un factor a tomar en cuenta, porque la mayoría de las veces se informa después de haber cometido la falta o por mandato del INDECOPI, lo que no logra mitigar a veces los efectos nocivos de la omisión de información que ya perjudicó los consumidores.

Este tema es muy importante sobre todo en aquellos productos riesgosos o peligrosos y aquellos que están relacionados con la alimentación y la salud porque se trata de productos cuya cobertura de comercialización es de carácter masivo y por lo tanto no se debe escatimar esfuerzo alguno para informar a su debido tiempo todo aquello que permite tomar una adecuada decisión de consumo, lo que explica el porque en estos casos el INDECOPI a veces ha sancionado de manera ejemplificadora.

7.4 Idoneidad

Es la coincidencia entre lo que el consumidor espera y lo que el consumidor recibe efectivamente. Pero a su vez lo que el consumidor espera depende de la cantidad y calidad de información que ha recibido. De manera

que existirán problemas de falta de idoneidad cuando no exista coincidencia entre lo que el consumidor espera y por lo cual ha pagado un determinado precio y aquello que efectivamente recibe y no satisface sus expectativas.

El modelo de idoneidad se construye sobre la base de tres premisas o pilares:

1. Garantía implícita.- Es la obligación del proveedor de responder por el bien o servicio en caso no resultara idóneo para satisfacer las expectativas de los consumidores razonables. Considerando las condiciones en las cuales los productos fueron adquiridos o los servicios contratados.

2. Garantía Expresa.- Se refiere a los términos y condiciones expresamente ofrecidas por el proveedor, que siendo conocidas o conocibles por el consumidor razonable utilizando su diligencia ordinaria excluyen la garantía implícita. Es decir, señalar algo distinto. En estos casos prima la garantía expresa sobre la implícita.

Cabe señalar que en aquellos casos en que los defectos de fábrica de un producto no pudiesen ser detectados a tiempo por el consumidor y en consecuencia no pueda reclamar durante el periodo de vigencia de la garantía pactada, consideramos que dichos defectos deben ser reparados necesariamente por el proveedor, por cuanto dichos defectos no son perceptibles fácilmente y son intrínsecos al producto, es decir están en la estructura misma del producto, de tal manera que lo hacen inidóneo para los fines para los cuales ha sido adquirido, de modo que, existe desde ya un problema de falta de idoneidad y en este sentido no es indispensable que la detección del defecto se realice dentro del periodo de garantía, sino que aún vencido dicho periodo el proveedor está obligado a responder, caso contrario se estaríamos frente a un caso de una exención de responsabilidad por parte del proveedor que es a todas luces injusta, porque atentaría contra los objetivos de la legislación de protección del consumidor y en especial contra

las expectativas del consumidor y el sentido de la garantía implícita de la que hemos hablado anteriormente¹²⁵.

Por otra parte es posible que determinados productos puedan ser vendidos en el mercado con ciertas limitaciones derivadas de algunos defectos de fabricación, esta es una realidad que en nuestro país no puede ser negada, no olvidemos las llamadas ofertas de productos con “yayas” (defectos de fábrica), pero dichas eventualidades deben ser informadas al consumidor, porque quien adquiere un bien o toma un servicio tiene una expectativa de rendimiento en función de lo que se le informa, de manera que si el consumidor no conoce de estas situaciones, no se encuentra a su vez en condiciones de tomar acciones para evitarlas, porque no las conoce. En este caso no solo se atenta contra la idoneidad sino también se atenta contra el derecho la información del consumidor, porque un acto de consumo debe ser producto de una decisión adecuada, suficiente y oportunamente informada.

3. Garantía legal.- Es aquella establecida expresamente en la ley; es decir, no es la que el proveedor determina ni la que el consumidor razonable espera, sino la que manda la ley.

¹²⁵ Caso Sr. Walter Gutierrez Camacho contra Divemotors S.A, por venta de vehículo Merceden Benz con defectos de fabrica. Resolución No 0365 -2004 TDC/INDECOP

CAPÍTULO V

EL DERECHO DEL CONSUMIDOR Y SUS EFECTOS EN EL DERECHO CIVIL



CAPÍTULO V

EL DERECHO DEL CONSUMIDOR Y SUS EFECTOS EN EL DERECHO CIVIL

El Derecho del Consumidor y todo el movimiento pro consumerista mundial desde hace buen tiempo viene ejerciendo cierta influencia en las normas clásicas del Derecho Civil y en particular a la materia contractual que se ha visto seriamente afectada en sus principios por la evolución económica y social de nuestros tiempos que han debilitado la permanencia e inmutabilidad histórica de las reglas establecidas sobre la base del derecho romano.

En particular la contratación de consumo como una nueva modalidad tiene una gran relación con el Derecho del Consumidor sobre todo en la preocupación por el llamado contratante débil que no es una noción individual sino una categoría y una cualidad con la que se acude al contrato. La contratación de consumo es en cierto modo una contratación derivada de la contratación masiva cuyas expresiones mas acabadas son el contrato por adhesión y las cláusulas generales de contratación y donde la teoría general de las obligaciones ha perdido vigencia en muchos de sus principios basados en una economía agraria y de pequeños comerciantes.

El Decreto Legislativo 716 señala en su artículo 20° que la oferta, promoción y publicidad de los productos o servicios se ajustará a su naturaleza y garantías ofrecidas darán lugar a obligaciones de los proveedores que serán exigibles por los consumidores o usuarios aún cuando no figuren en el contrato celebrado, o en el comprobante recibido.

De otro lado, el artículo 5° del citado texto normativo que contempla los derechos de los consumidores establece en sus incisos b) y d), respectivamente, que éstos tienen derecho a recibir de los proveedores toda la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuada en la adquisición de productos. Asimismo, los consumidores tienen derecho a la protección contra métodos comerciales coercitivos o que impliquen desinformación o información equivocada de los productos o servicios.

Con las normas descritas anteriormente, podríamos decir que el artículo 1398° de nuestro Código Civil se estaría derogando tácitamente, porque ya no se permitiría establecer cláusulas aprobadas administrativamente beneficiarias para la parte que la pre-redactó sin conocimiento de su contraparte. Es más, podrían quedar sin efecto aquellos artículos del citado código referidos a las cláusulas generales de contratación por los cuales se presume una publicidad adecuada, teóricamente entendida para dar paso a una defensa real del propio consumidor que trasciende el contenido a veces limitado e irreal, intencionalmente plasmado por el prototipo de hombre contractual que busca siempre asumir menores riesgos y obtener mayores beneficios. Así, ahora los consumidores pueden exigir el cumplimiento de las características inherentes al bien o servicio específico, teniendo derecho a una información adecuada y protección frente a mecanismos coercitivos que reflejen desinformación o información equivocada.

Resulta saludable que normatividad elaborada posteriormente efectivice el cumplimiento de disposiciones declarativas y se delimite en forma clara, taxativa los alcances de la protección al consumidor.

Es tarea ahora de legisladores, técnicos y especialistas, concordar y actualizar las normas sustantivas civiles; sobre todo ahora que la comunidad jurídica en general propone una modificación del código. Es pertinente ahora hacer un balance de lo favorable o desfavorable del mismo.

El ordenamiento civil clásico, patrimonialista por excelencia no puede seguir manteniendo estructuras jurídicas atrasadas, sobre todo en la parte contractual y específicamente en los Contratos de Adhesión, donde las cláusulas generales deben ceder a las nuevas connotaciones del Derecho del consumidor que han ido ganando terreno gracias a los modelos económicos imperantes, caso contrario la norma civil de contratos perderá vigencia social por estar desarraigada del contexto socio económico que paradójicamente regula, generando con ello conflictos de interés que precisamente el Derecho tiende hoy a evitar.

En este contexto es preciso analizar algunos temas relacionados con la contratación de consumo y su influencia en la contratación civil clásica.

1. CONTRATACIÓN DE CONSUMO Y CONTRATACIÓN CLÁSICA

El cambio de la dinámica económica y su masificación tiene su respuesta jurídica en la estandarización de la contratación. La contratación negociada es sustituida por la contratación en masa que exige la pura adhesión. Todo esto es producto de las exigencias del mercado, de la automatización y la racionalización de la economía. La tecnificación también ha venido a cambiar el escenario: los llamados contratos con máquinas automáticas, la facturación por ordenadores, la contratación por Internet, tráfico de ventanillas, etc., exigen urgentes cambios en la doctrina de los contratos.

Como se ha dicho, esta nueva realidad, la de la contratación en masa y de consumo, produce una erosión en la teoría clásica de la contratación y la consiguiente necesidad de elaborar una nueva teoría general que involucre estas nuevas expresiones del mercado y sus correlatos jurídicos; también queda en entredicho, la vigencia de los principios generales que hasta ahora han gobernado la teoría tradicional de los contratos: El *pacta sunt servanda*, la

autonomía de la voluntad, la justicia contractual, etc. En otros términos, la nueva problemática nos plantea acaso, la creación de nuevos principios contractuales y como consecuencia nuevas figuras normativas.

Aun cuando el impacto de la contratación en masa ha sido importante, creemos que el remozamiento de la doctrina contractual viene a forjarse en el surgimiento del Derecho del consumo. En efecto, el Derecho del consumo choca con la visión tradicional de contrato, el contrato no es más un asunto sólo de los particulares. El Estado no puede permanecer indiferente, ausente al reglamento que crean las partes para regular sus relaciones jurídico-patrimoniales. El contrato de consumo se distancia de la contratación clásica, porque mientras que ésta se presume paritaria, aquél presupone una relación asimétrica. En la contratación clásica las partes son libres e iguales, en la contratación de consumo es recurrente la falta de total libertad y la asimetría de las partes. Ambos tipos de contratación son diferentes y como tal tienen disposiciones normativas también diferentes, pero ambas buscan la eficiencia contractual para que ambas partes satisfagan sus pretensiones y tengan garantizado el cumplimiento de lo pactado.

2. CONTRATO DE CONSUMO

Legislativa, jurisprudencial y doctrinariamente está reconocida la contratación de consumo no como un tipo contractual, sino como una modalidad de contratación con caracteres propios. Se trata de transacciones que se realizan en el mercado, que por sus características no pueden ser dejadas simplemente bajo la esfera de las normas contractuales comunes, es decir las normas del Código Civil o Código de Comercio, cuando menos no en el estado en el que se encuentran; por ello se han incorporado normas especiales que reclaman su aplicación cuando se trata de esta modalidad de contratar.

En contra de la necesidad de la existencia de esta normatividad especial, podría argüirse que en el Derecho común ya existen soluciones al problema de la asimetría informativa entre las partes, motivo por el cual la necesidad de un sistema legal de esta naturaleza deviene en innecesario. De esta manera, figuras como el error, el dolo o el saneamiento por vicios ocultos podrían ser utilizadas por quien se hubiese visto afectado por un problema de información asimétrica entre las partes, en la medida que se vea afectada su manifestación de voluntad.

La existencia de un régimen diferente se justifica plenamente, pues la legislación civil, como hemos visto, ha revelado su impotencia ante estas situaciones. Las razones son varias. En primer lugar, los principios en los que se basa la contratación clásica no se aplican linealmente a la contratación de consumo, la libertad se halla recortada, la igualdad no existe y la manifestación de voluntad no es expresión plena del querer. Adicionalmente, el excesivo carácter burocrático de la jurisdicción civil ordinaria desalienta la posibilidad de denunciar los abusos y disfunciones en la relación de consumo.

3. CRISIS DE LA CONTRATACIÓN CLÁSICA

Veamos ahora cómo surge la contratación de consumo y cómo afecta a la contratación civil.

El capitalismo en su última etapa exige, debido a la competencia, la reducción de sus costos. Esto lo conduce a la producción en masa de bienes y servicios y la necesidad de una ampliación o ensanchamiento del circuito de los posibles clientes o destinatarios de los bienes y servicios producidos. El empresario, en el capitalismo avanzado, tiene que llevar a cabo una producción masiva, determinada con la mayor probabilidad posible antes de conocer el

número real de los eventuales clientes, a los que es necesario captar a través de fenómenos muy singularizados como el marketing y la publicidad¹²⁶

El influjo del movimiento civil en defensa del consumidor y el fenómeno de la producción en masa que venían ya desde los años 50, trajo también como consecuencia una anonimización y despersonalización del vendedor y la masificación de los consumidores que no tienen mas que aceptar mercadería ofrecida y suscribir contratos de adhesión con cláusulas predispuestas. Esto implica que sistemas jurídicos como el nuestro, inspirados en el clásico Código de Napoleón se consideren en crisis porque el contrato como símbolo y expresión de la autonomía de la voluntad ha perdido vigencia y se atiende hoy al papel que cumple en la sociedad moderna, perdiendo progresivamente el significado de acuerdo de voluntades para asumir el papel de un simple acto de sometimiento a una determinada disciplina predispuesta por fuentes extrañas a la voluntad de las partes, provenientes de los poderes públicos o de entes u organismos privados.

No obstante esta realidad que no puede ser negada ni discutida por el Derecho, particularmente creemos que mientras sea posible aún celebrar un contrato interindividual, como por ejemplo una compra venta de casa habitación, se mantendrán vigentes los principios contractuales clásicos que establece el código civil, puesto que no toda adquisición de bienes es de carácter masivo, por lo tanto será la contratación masificada a la que se aplique las disposiciones pro consumidor por tratarse de una contratación de consumo, mientras que en los demás contratos se aplicará las normas del Código Civil.

Obviamente hay posiciones encontradas al respecto, pero creemos que hay que tener en consideración cual es el objeto de la contratación y que tipo de relación está de por medio, osea si es contratación de consumo o interindividual.

¹²⁶ Díez Picazo, Luis, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo I , Madrid Edit. Civitas, 1996.

En este aspecto, los instrumentos jurídicos tradicionales también han revelado su insuficiencia, surgiendo la necesidad de crear nuevas expresiones jurídicas más de cara a esta realidad. Para decirlo en una frase, la responsabilidad civil codificada tampoco es apta para regular los daños en las relaciones de consumo, por lo tanto, ha sido preciso crear nuevos instrumentos, hoy expresados en leyes especiales.

Queda claro, por otra parte, que el fenómeno es global; en el Perú acontece sólo un reflejo de lo que sucede en todo el mundo, donde los fenómenos derivados de la problemática del consumidor presiona las normas clásica del Derecho Civil en la búsqueda de nuevas construcciones jurídicas que respondan mejor las situaciones cada vez mas originales y novedosas que plantea la sociedad de consumo.

3.1 Replanteamiento de Autonomía de la voluntad

El surgimiento en el Derecho privado, a nivel mundial, de una política de protección al consumidor, ha permitido que se pueda hablar, no sin reservas de Derecho del consumo, que en nuestro medio tiene como principales expresiones la Ley de Protección del Consumidor (Decreto Legislativo 716) y la Ley de la Publicidad en Defensa del Consumidor (Decreto Legislativo 691).

En otras latitudes, como en España y en la Unión Europea, el desarrollo ha sido aún mayor, así se ha regulado no sólo la protección al consumidor como norma genérica, sino algunas modalidades contratos en particular como: contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles, la venta ambulante, venta en mercadillos y mercados ocasionales, crédito al consumo, contrato de viaje combinado, etc.; y desde luego no podemos olvidar la reciente norma sobre cláusulas generales de contratación.¹²⁷

¹²⁷ La lista de normas se refiere a la legislación española y a directivas de la Unión Europea.

3.2 Carácter vinculante de las normas contractuales dispositivas

Frente a esta problemática el Profesor Federico de Castro y Bravo ha planteado el carácter vinculante de las normas contractuales dispositivas si las partes no las han derogado justificadamente para su reglamento contractual.

Las reglas dispositivas no han sido puestas en las leyes a modo de modelo o ejemplo, que se deja al arbitrio de los contratantes el seguirlas o no seguirlas. En general, han sido recogidas como consecuencias naturales o típicas de cada clase de contrato. Responden a lo que se ha estimado normal según los intereses en juego, de acuerdo con el buen sentido, de lo tradicional y los dictados de la equidad respecto a la debida equivalencia de las respectivas obligaciones.

3.3 Resolución unilateral en el contrato de consumo

La inadecuación de la tradicional teoría de la justicia contractual, basada en la autonomía de la voluntad, ha creado la necesidad de atender al contenido de los contratos, así como todo su proceso de formación, con el propósito de evitar que la situación de debilidad de los consumidores los haga víctimas de abusos.

Esto se hace aún más evidente cuando constatamos que nuestro Derecho en diversos casos recoge normas que parten de la presunción de debilidad del consumidor y la necesidad de protección que tiene. Es el caso del artículo 24 inciso g) del Decreto Legislativo N° 716, que permite al consumidor resolver inmotivada y unilateralmente el contrato. Esta norma sería eventualmente inadmisibles en el Derecho Civil clásico.¹²⁸

¹²⁸ La regla en el Derecho civil es que los contratos se celebran para ser cumplidos; sin embargo, en el propio Código Civil existen casos excepcionales en que se permite la resolución unilateral del contrato, tales los casos de los arts. 1769 y 1768 que permiten al Locador y al Comitente resolver unilateralmente el contrato de Locación u obra respectivamente, pero con las limitaciones señaladas en dichos artículos.

4. CAMBIOS QUE GENERA EL DERECHO DEL CONSUMIDOR EN EL DERECHO CIVIL

El impacto que el Derecho del Consumidor ha tenido en el Derecho Civil ha sido de grandes proporciones, por lo que es preciso determinar la manera concreta como se ha manifestado esta influencia; algunas de estas normas inciden directa o indirectamente en el Derecho Civil, afectando con mayor o menos intensidad, según los casos, a diferentes aspectos de la teoría general del contrato.

En relación a la juridificación de la fase pre contractual, hay que añadir el tema de la llamada oferta al consumidor¹²⁹ que ha creado nuestro Derecho del consumo. En efecto, hasta antes de la Ley de Protección al Consumidor la oferta era regulada básicamente por el Código Civil. Así, nuestra legislación había recogido varias clases de ofertas, tales como ofertas alternativas (artículo 1371), ofertas cruzadas (artículo 1378), contra oferta (artículo 1376), oferta al público (artículo 1388) Esta última ha sido legislada como una invitación a ofrecer y, por tanto, carece de carácter vinculante, es decir, no obliga al proponente, sino que éste será el destinatario de las ofertas que le lancen.

Sin embargo, el artículo 20 del D. Legislativo 716 establece el carácter obligatorio de toda oferta pública o privada que se lance al consumidor. De esta manera, si el proveedor lanza una publicidad por medio de la cual promociona sus productos indicando las características, ventajas y precio de aquellos se entenderá que se trata de una oferta al consumidor y por consiguiente será exigible por éste. Como se observa, el tratamiento normativo que se le da a la oferta –incluida la oferta al público– se aparta de lo prescrito por el código, creando lo que en nuestra doctrina se ha llamado oferta al consumidor.

¹²⁹ Este tema ha sido introducido en nuestro medio por VEGA MERE, Yuri, a través de su importante trabajo Oferta, Información y Consumidor (oferta al público y oferta a los consumidores), en Gaceta Jurídica, Tomo 35, Pág. 35-A, Lima, Octubre 1996.

Todo esto nos lleva a considerar a la publicidad como oferta, en el derecho del consumidor, pero además de su importancia en la formación del contrato, también la tiene en la determinación de su contenido, pues el proveedor queda vinculado por el contenido de su anuncio –oferta- cuando contrata con el consumidor, aunque en el contrato se silencien los aspectos enunciados.

De esta manera, la Ley de Protección al consumidor ha creado un nuevo tipo de oferta, la llamada oferta al consumidor, que se aparta de los alcances de la oferta regulada por el Código Civil; las características propias de la oferta al consumidor son las siguientes:

- a) Puede o no ser recepticia, es decir, puede estar dirigida a una persona determinada o ser dirigida al mercado.
- b) Siempre es vinculante, a diferencia de la oferta al público regulada en el Código Civil
- c) Sus alcances rebasan el mero documento contractual.
- d) En caso de ofertas promocionales, el deber de información del proveedor es agravado al punto de exigirle precisiones sobre la duración de la promoción y unidades disponibles (artículo 22).

A todo esto se añade que en otros países, en los que se encuentra más avanzado el Derecho del Consumo, incluso se ha llegado a derogar en ciertos casos el principio de obligatoriedad de los contratos. Es el caso de varios países de la Unión Europea y en especial España. Nos referimos concretamente a la concesión de un plazo para la revocación del contrato.

Como sucede con el artículo 5 de la Ley sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles de España, que establece Ejercicio del derecho de revocación: “El consumidor podrá revocar su declaración de voluntad sin necesidad de alegar causa alguna, hasta pasados siete días

contados desde la recepción. Para determinar la observancia del plazo, se tendrá en cuenta la fecha de emisión de la declaración de revocación”.

4.1 La Información en la Contratación Civil

Otra situación que se produce como consecuencia de la aparición del contrato de consumo, es la relativa al derecho de información de los contratantes. En la doctrina que sirvió de fundamento para la elaboración de los códigos civiles occidentales –incluido el nuestro- corresponde a cada contratante adquirir la información sobre los alcances de las obligaciones, prestaciones y objeto de éstas que generará el contrato.

No obstante, en vista de la asimetría informativa existente en las relaciones de consumo, en éstas es una obligación de una de las partes –el proveedor- proporcionar información. Por ello, la necesidad de la imposición de un deber genérico de información por parte del proveedor, que subsane el déficit informativo del consumidor y permita que exprese su consentimiento suficientemente informado.

La Ley de Protección al Consumidor ha recogido esta tendencia, así se comprueba de la lectura de su título cuarto (Art. 15 a 23), particularmente del art. 15.: El proveedor está obligado a consignar en forma veraz, suficiente, apropiada muy fácilmente accesible al consumidor o usuario, la información sobre los productos y servicios ofertados. Tratándose de productos destinados a la alimentación y la salud de las personas, esta obligación se extiende a informar sobre sus ingredientes y componentes.

Está prohibida toda información o presentación que induzca al consumidor a error respecto a la naturaleza, origen, modo de fabricación, componentes, usos, volumen, peso, medida, precios, forma de empleo, características, propiedades, idoneidad, cantidad, calidad o cualquier otro dato de los productos o servicios ofrecidos.

Podemos concluir lo siguiente:

El consumidor es la parte débil en el contrato de consumo; su debilidad es estructural, es decir, responde a su ubicación en el mercado y a la lógica de éste. Esta debilidad se funda en un déficit de negociación, déficit de reflexión y sobre todo déficit de información.

Cabe precisar también que cualquier contratante que tenga un desconocimiento de aquello que contrata, es decir que tenga un déficit de información en su relación contractual es también un contratante débil en la medida que queda expuesto a lo que la contraparte exprese por ser quien tiene la información.

Los principios que sirvieron para edificar la teoría clásica de la contratación civil se revelan insuficientes cuando se advierte que las figuras jurídicas a las que dieron origen, son ineficientes cuando pretende regular el contrato de consumo.

Caen o cuando menos se relativizan los siguientes dogmas:

- a) El de la irrelevancia de la fase precontractual.
- b) El de la irrelevancia de la desinformación y de toda coacción que no integre ninguno de los supuestos de los vicios del consentimiento
- c) El del pacta sunt servanda.
- d) El de neutralidad del Derecho frente al contrato; ya no puede afirmarse que el Derecho se preocupa de las reglas de juego, pero no del juego.
- e) El de la justicia contractual objetiva.

Se supera el principio de la relatividad del contrato, desde que no sólo el consumidor contratante le puede exigir al proveedor el cumplimiento de sus obligaciones, sino también quien, aunque no contratando con él, consume el bien o utilice el servicio.

Surgen figuras legales que se apartan de la contratación clásica:

- a) Oferta al consumidor.
- b) Revocación de ciertos contratos de consumo (esta figura aún no ha sido recogida en el Perú).
- c) Facultad del consumidor de resolver unilateral e inmotivadamente el contrato de crédito al consumidor.
- d) Interpretación a favor del consumidor en los contratos de consumo.
- e) Principio Pro Consumidor

Por último, consideramos indispensable que el Código Civil regule, aunque de modo genérico, la contratación de consumo.

5. DERECHO DEL CONSUMIDOR Y EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS CLÁUSULAS GENERALES DE CONTRATACIÓN Y DEL CONTRATO POR ADHESIÓN

Antes se creía que hablar de un sistema de protección del consumidor implicaba necesariamente conjugar bajo un mismo marco normativo, es decir unificado, las reglas que establecieran los derechos de los consumidores, las obligaciones de los proveedores y el control de las modernas técnicas de contratación: entiéndase cláusulas generales de contratación y los contratos por adhesión.

En Europa, existe por ejemplo la Directiva del Consejo de la Comunidad Económica Europea del 5 de Abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos estipulados con los consumidores, incorporadas a la legislación interna de algunos países como es el caso de Italia en su Código Civil.

Consideramos que existen vinculaciones entre ambos, pero son diferentes. El Derecho Del Consumidor tiende a proteger a los destinatarios finales de los bienes y servicios de los efectos dañinos de la asimetría informativa existente en el mercado; en cambio el objeto de las cláusulas generales de contratación es agilizar el tráfico comercial, es decir viabilizar mejor la comercialización de los bienes y servicios, reduciendo los costos de transacción y las discusiones o tratativas contractuales, dada la identidad de los productos colocados en el mercado.

El hecho de que exista una relación entre ambos temas, no quiere decir que las disposiciones del Código Civil sobre dichas modalidades de contratación masiva tienen una inspiración única y exclusiva en el principio pro consumidor. La figura del consumidor no gravitó en la regimentación de las cláusulas generales de contratación, posiblemente lo determinante fue la idea de tutelar a la parte débil, entendiendo a ésta como aquélla que no participaba en la predisposición del clausulado.¹³⁰

Existe una confusión derivada quizás del hecho de que antes de la vigencia de la Ley de Protección del Consumidor, Decreto Legislativo 716, el código civil de 1984 introdujo diversos niveles de control al contrato por adhesión y a las cláusulas generales de contratación al advertir que en el mercado en aquel entonces, los proveedores de bienes y servicios contaban con el poder suficiente para imponer sus condiciones a los usuarios y en tal sentido decidió darles protección haciendo uso de la fórmula “favor debitoris”, identificando a lo que hoy entendemos como consumidor con la parte deudora de la relación obligatoria. El favor debitoris era, asimismo, una opción del

¹³⁰ Vega Mere , Yuri. Op. Cit.

legislador, al estimar que la parte débil de las relaciones obligatorias masivas era aquella que no predisponía o prerredactaba las condiciones generales de contratación o el contrato por adhesión.

Por lo tanto el control relativo al contrato por adhesión y a las cláusulas generales de contratación se debió a la aplicación de aquella orientación y no a la figura del consumidor como algunos autores creen.

El derecho del consumidor ya se venía reclamando por parte de la doctrina, y nace con la puesta en vigencia del Decreto Legislativo 716.

El maestro Manuel de la Puente y Lavalle, señala que al momento de su redacción las cláusulas generales de contratación tienen, por definición, carácter abstracto, es decir que al redactarlas no se toma en consideración la personalidad de las futuras contrapartes en los contratos particulares que se van a celebrar en base a ellas, por lo cual dichas cláusulas no pueden ser consideradas como una oferta contractual, ya que ésta es una declaración recepticia, o sea está destinada a ser reconocida por un destinatario determinado.¹³¹

Expresa el Dr. De la Puente y Lavalle: “se ha elaborado mucho, y quizá irreflexivamente he participado en esa línea de pensamiento, respecto a que la regulación legal de las cláusulas generales de contratación tienen por objeto fundamental proteger al contratante débil. Es cierto que esta protección ha jugado un rol importante, porque generalmente el cliente o consumidor se encuentra en una situación de inferioridad con relación al empresario predisponente de las cláusulas, lo que ha llevado a pensar que, a semejanza del contrato por adhesión, existe en la contratación a base de dichas cláusulas una debilidad del consentimiento asimilable a un vicio de la voluntad. Se ha dicho no sin razón que el aparato publicitario de los suministradores de bienes y servicios ha creado en los consumidores un complejo de inferioridad, un

¹³¹ De la Puente y Lavalle Manuel, Cárdenas Quiroz Carlos y Camacho Gutiérrez, Walter. Cláusulas Generales de Contratación. En Contrato y Mercado. Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2000

estado psicológico de dependencia, que los lleva a aceptar sumisamente las cláusulas generales de contratación”.

El tráfico moderno ha puesto de manifiesto algo que quizá había escapado inicialmente a la perspicacia del legislador, preocupado por garantizar el equilibrio contractual. Lo cierto es que no se trata de un problema de protección al cliente o consumidor sino de atención a las necesidades impostergables de dicho tráfico, que requieren de un sistema legal que permita concertar simultáneamente una gran cantidad de negocios con gentes que se encuentran en similares condiciones en lo que respecta a la provisión masiva de bienes y servicios.¹³²

En este contexto se entiende que las cláusulas generales de contratación para que puedan cumplir eficientemente su rol de permitir la celeridad en el comercio masivo de bienes y servicios, necesitan de una especial aptitud para facilitar y promover la contratación. Ello es posible otorgándoles determinadas características que giran sobre la base de tres elementos: Predisposición, Generalidad e Inmutabilidad.

El Dr. Manuel de la Puente y Lavalle también ha expresado al respecto que los consumidores no son necesariamente los únicos que contratan sobre la base de dichas condiciones generales. Si lo hacen nadie duda que en ese caso la reglamentación de las cláusulas generales de contratación tendrá algunos puntos de contacto con el Derecho de los Consumidores. Coincidimos también con nuestro jurista nacional en el sentido de que en el sistema peruano el rol de las cláusulas generales de contratación y del contrato de adhesión, es fundamentalmente permitir la contratación masiva para la provisión de bienes y servicios, jugando un papel secundario, aunque no menos efectivo, la protección de los intereses de las partes, especialmente los del consumidor, no porque no sean importantes sino por que estas sujetos a otro tipo de regulación jurídica.

¹³² Mirabelli, Giuseppe, Dei contratti in generale, UTET, Torino, 1980 p.137, citado por De la Puente y Lavalle, Op. Cit. P. 48

6. EL CONTRATANTE DÉBIL

La figura del consumidor como el contratante débil es un tema que también ha generado varias posiciones al respecto. Antes y aún después de considerar al consumidor como destinatario final de bienes y servicios se asumió que éste era en el mercado y en toda relación contractual de consumo la parte débil. Sin embargo la idea de la parte débil en una relación responde a una circunstancia histórica cuando existían abusos como consecuencia del capitalismo que desconoció algunos postulados de la libre competencia y que motivó la intervención del Estado en esta materia.

Una inicial concepción inadecuada de la noción de parte débil condujo a que se le identificara así al deudor de la relación obligatoria en la configuración de un contrato, lo cual se evidencia con las normas que consagran la opción del favor debitoris. A esta orientación responde el estudio de Max Arias Schreiber la Defensa Patrimonial del Deudor en el Código Civil Peruano de 1984.

Ripert¹³³ establece que esta opción legislativa no siempre responde a la verdad de los hechos porque también el acreedor de una relación obligatoria puede ser considerado como parte débil, en consecuencia esta noción de contratante débil se fue abriendo para dar paso a otra tendencia para favorecer a la parte privada de poder económico para diseñar el esquema negocial bajo la égida del principio “favor debilis”.

Cuando surgen los consumidores como protagonistas del mercado la doctrina y la legislación tuvieron la tendencia de considerar al consumidor como parte débil invocando por error, algunos el principio favor debitoris no obstante tuvo mayor acogida el principio favor debilis establecido por Ripert.

¹³³ Ripert Georges. El Régimen Democrático y el Derecho Civil Moderno. Puebla 1951

En otras palabras la parte débil de un contrato es aquella que no tiene el poder suficiente para establecer el esquema contractual o, que tiene un déficit considerable de información respecto del objeto del contrato y que lo pone en una situación de desventaja frente a la otra parte. De manera que la noción de parte débil no solamente está presente en los contratos de consumo masivo o en la contratación estandarizada o por adhesión, sino también puede estar presente en una relación contractual Interindividual e inclusive una empresa puede en una determinada relación contractual tener el carácter de parte débil si es que desconociera ciertos aspectos que posee el otro contratante.

En consecuencia la noción de parte débil no necesariamente está ligada directamente a la dimensión económica o patrimonial de un contratante sino a su situación en determinado contrato.

Es obvio que en el consumo masivo el consumidor no siempre tiene el conocimiento apropiado respecto de los bienes y servicios que consume y no está adecuadamente informado y generalmente se le ve en la disyuntiva de adquirir o no el producto sin ninguna posibilidad de negociación o reflexión y ante este déficit informativo que la doctrina moderna llama asimetría informativa, evidentemente está en una situación de “contratante débil” frente al proveedor que goza de una situación ventajosa en cuanto a información sobre los bienes y servicios que ofrece y las condiciones contractuales que generalmente él preestablece.

Para solucionar esta situación el D. Legislativo 716 Ley de Protección del consumidor insiste reiteradamente en el deber de los proveedores de informar y de informar adecuadamente a los consumidores y esto no debe ser interpretado como una carga sino como el principio favor debilis que recoge dicha norma.

Por lo general se sostiene que el consumidor es la parte débil porque carece en principio, de información así como también de capacidad para

negociar el contrato debido a diferencias económicas con la otra parte contratante. El deber de información aún cuando no se encontrase debidamente legislado es una de las reglas de juego del mercado conjuntamente con el precio y las garantías y en efecto nadie comprará nada si no recibe información o si no sabe absolutamente nada de aquello que va a adquirir.

También se sostiene que el consumidor tiene una debilidad estructural en el mercado o que es la parte débil en los contratos por adhesión o en los celebrados de acuerdo a cláusulas generales de contratación por no participar en su predisposición, ello es evidente por eso el código civil de 1984 estableció una serie de normas a fin de limitar a los contratos por adhesión y a las cláusulas generales de contratación. No obstante, no siempre el que suscribe este tipo de contratos es un consumidor, puede también un proveedor, sea empresa o no aceptar las condiciones establecidas previamente por otro empresario. Lo mismo puede decirse de las personas jurídicas que adquieren bienes o servicios como consumidores.

Coincidimos con el Dr. Manuel de la Puente y Lavalle, cuando expresa que “si pueden ser consumidores tanto las personas físicas como las jurídicas, no es extraño que un consumidor no sea parte débil de la negociación contractual, tanto más si el proveedor no ostenta el monopolio del bien o servicio. En efecto, el consumidor que puede satisfacer su necesidad de un cierto bien o servicio de varios proveedores, no se ve compelido a celebrar el contrato de adquisición con un determinado proveedor, sino, que puede recurrir indistintamente a varios de ellos, con lo cual el proveedor elegido por el consumidor no tiene la condición de parte fuerte en la negociación contractual”. Además “...consumidor y no consumidor, sólo pueden ser parte débil en la negociación contractual si se encuentran en estado de necesidad respecto de la provisión de un bien y servicio y consideran que únicamente a través de un determinado contrato a celebrarse, con persona cierta pueden satisfacer tal necesidad.”

Las normas que tutelan el derecho del consumidor no parten de esta presunta debilidad y tal como expresa el Dr., Manuel de la Puente, la protección de los derechos del consumidor no es necesariamente contra los actos del proveedor, sino que está orientada en realidad, a garantizar que los bienes y servicios que adquiera el consumidor sean idóneos para su consumo final por éste. Cabe, por tanto, afirmar que no debe identificarse la condición de consumidor o usuario con la de parte débil. Es, en rigor, la parte que carece o puede carecer de información y que no siempre podrá negociar las condiciones de comercialización, cuando no tenga ninguna otra alternativa de elección¹³⁴

El consumidor es un contratante ocasional que acude al mercado no como profesional, sino diríamos como amateur que adquiere bienes y servicios no para reingresarlos al mercado sino para su propio consumo o el de su entorno familiar o social, por lo tanto el concepto de consumidor como contratante débil no es una noción individual, sino una categoría; es decir la cualidad o condición con la que se acude a celebrar un contrato.

Se es contratante débil principalmente porque se adolece de un déficit de información y de capacidad para procesar toda la información existente en el mercado, lo que a su vez genera una desigualdad manifiesta en la negociación cuando la hay y en la conclusión y ejecución del contrato¹³⁵.

¹³⁴ De la Puente y Lavalle, Manuel. Las Cláusulas Generales de Contratación y la Protección del Consumidor, en Themis, Revista de Derecho, Segunda Época, 1995, p.15 y ss.

¹³⁵ Gutiérrez Camacho Walter. Derecho de Consumo, Constitución y Contratante Débil, en Diálogo con la Jurisprudencia, Año 9 N0 5 Febrero, 2004



CAPÍTULO VI

**EL INTERÉS DE LOS CONSUMIDORES
Y RELEVANCIA JURÍDICA**

CAPÍTULO VI

EL INTERÉS DE LOS CONSUMIDORES Y SU RELEVANCIA JURÍDICA

1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Para la determinación conceptual del tema del interés en materia del Derecho del Consumidor es importante revisar desde la óptica de la filosofía, incluso la psicología y la sociología, si el término interés es una categoría importante en el ámbito del derecho y por qué debemos responder sin duda afirmativamente.

En numerosas ocasiones la investigación de determinados institutos propios del derecho, parte del lenguaje cotidiano y habitual prescindiendo de tecnicismos jurídicos y como afirma Carnelutti¹³⁶, en ocasiones al jurista no le basta asomarse a la ventana del edificio jurídico para examinarlo sino que debe salir al exterior y contemplarlo desde afuera. En efecto la idea de interés su relevancia jurídica en nuestro tema de investigación debemos buscarla fuera de la esfera jurídica para posteriormente trasladarla y apreciar su trascendencia en el mundo del derecho.

José Acosta Esteves,¹³⁷ en su estudio sobre la tutela de los consumidores, establece que la idea de interés debemos hallarla más allá de las fronteras de lo jurídico y, en consecuencia, podemos afirmar el carácter meta jurídico de la misma. Empero, una vez realizada esta afirmación, habremos de establecer la procedencia y origen no jurídico de la idea de

¹³⁶ Carnelutti, Francesco. Op. Ci t.

¹³⁷ Acosta Estévez, José. Tutela Procesal de los Consumidores, José María, Barcelona, Bosch Editores, 1995

“interés”. La primera tarea que deberemos realizar consistirá en establecer si cabe la existencia de un concepto de carácter unitario del citado término, en sus distintos supuestos, o si por el contrario estamos en presencia de distintas nociones conceptuales, según la disciplina de que se trate. En este sentido, como punto de partida, el Diccionario de la Lengua Española recoge varias acepciones de la voz *interés*, siendo particularmente interesantes a nuestra labor las acepciones cuarta y sexta que la definen así: “inclinación más o menos vehemente del ánimo hacia un objeto, persona o narración que le atrae o conmueve” y “conveniencia o necesidad de carácter colectivo en el orden moral o material”. Resulta, pues, que la voz examinada escapa a la esfera jurídica para adentrarse en el mundo de la gnoseología.

La doctrina científica afirma que la problemática relativa al interés supera la esfera jurídica y señala su procedencia en el seno de la Filosofía del Derecho. Sin embargo, esta afirmación debe ser matizada en el sentido que la noción de interés viene dada desde un perfil puramente filosófico, con independencia de que el examen del interés jurídicamente relevante incumba a la teoría general y a la Filosofía del Derecho. Por tanto, la noción de interés debemos buscarla, y encontrarla, fuera de las disciplinas jurídicas y, posteriormente, sin olvidar su procedencia, trasladarla al seno de las mismas.

En el ámbito de la gnoseología o doctrina del conocimiento la noción de interés puede explicarse de la siguiente forma: cada sujeto tiene una multitud de deseos que anhela satisfacer y estos deseos son los intereses de cada cual frente a los demás. En este sentido, cabe entender por interés la demanda o deseo que los seres humanos tratan de satisfacer de manera individual o mediante asociaciones; esto es, “la inclinación o dirección volitiva hacia un bien de la vida que se estima adecuado para la satisfacción de una necesidad”. Por tanto, cabe afirmar la existencia de un único concepto de interés, idéntico o común para cada disciplina científica en que se desarrolle, con una serie de peculiaridades o matizaciones de carácter meramente accesorias en cada una de ellas en atención a su propio carácter; es decir, estamos en presencia de un

concepto unitario del término examinado, en sus distintos supuestos, y no en presencia de distintas nociones conceptuales. Ahora bien, ¿cuál es la proyección jurídica del interés en el ámbito del Derecho?

La proyección jurídica del interés vendrá determinada por la existencia de un interés jurídicamente relevante que será el que importará al mundo del Derecho en tanto interés susceptible de tutela jurídica. De esta suerte, entendemos que la concepción jurídica del interés se encuentra en conexión con la dimensión funcional intrínseca de todo Derecho consistente en la resolución de los conflictos por medio de disposiciones jurídicas.

1.1 El Interés y el Derecho Subjetivo

El Derecho natural “no es la obra del hombre o de la historia, sino que existe *ab aeterno* en el corazón del hombre, de manera que para conocerlo basta la sola razón”, por el contrario, el derecho positivo es “el desarrollo lógico del natural, la aplicación mediante la *ratio iuris* a los casos particulares”. Consecuencia lógica de este planteamiento es el hecho de que los derechos naturales pertenecen al hombre por derecho de existencia mientras que los derechos subjetivos son los que le corresponden por la mera circunstancia de ser miembro integrante del fenómeno llamado Estado.

En este contexto Coing,¹³⁸ señala que los derechos subjetivos de una persona constituyen la base de la libertad de esa persona en el ámbito estatal; es decir, a la persona se le reconoce y tutela un espacio de libre actuación frente a los restantes sujetos miembros de la sociedad.

El planteamiento enunciado permite afirmar que la concesión de derechos a los miembros de la sociedad supone la existencia de una doble consecuencia, a saber; en primer lugar, la persona recibe el libre goce de un determinado bien y, en segundo lugar, los restantes miembros no pueden

¹³⁸ Coing, H. Signification de la Notion de Droit Subjetif, en Archives de Philosophie du Droit, Paris 1964

poner trabas ni obstáculos al goce de dicho bien por la persona que lo reciba. Por ello, en palabras de Diez Picazo¹³⁹, “bajo este aspecto sociológico, la idea del derecho subjetivo pertenece al terreno de la autonomía privada”. Debo señalar seguidamente que, desde el prisma contemplado, el derecho subjetivo es libertad. Libertad que, en tanto posibilidad lícita de actuación de una persona, permite entender tal derecho como una facultad o poder reconocido a los miembros de la comunidad social por el ordenamiento jurídico. Dicho de otra manera, la noción de derecho subjetivo se configura como fundamental en el seno de todo ordenamiento positivo.

En atención al planteamiento descrito podemos definir el derecho subjetivo como “un poder respecto a determinado bien (en sentido amplio, por tanto, bien moral o material, cosa, utilidad, comportamiento, etc), concedido inicialmente por el ordenamiento jurídico a la persona para la satisfacción de interés dignos de protección”. Estamos, pues, en presencia de un poder o *facultas agendi* que la norma positiva concede a la persona.

1.2 Los Intereses Legítimos

Todo lo expuesto en páginas anteriores nos conduce a una visión meta jurídica del interés; asimismo, para delimitar y entender la esencia de su proyección jurídica ha sido necesario trasladar el concepto de interés encontrado en la esfera de la gnoseología al seno del Derecho. Urge que ahora nos preguntemos qué son los denominados intereses legítimos; es decir, estamos en presencia de una categoría diferente de todas aquellas que habíamos catalogado hasta aquí que, como veremos seguidamente, se presenta como fundamental.

La problemática existente sobre el denominado interés legítimo ha llevado a la doctrina a elaborar un ingente número de teorías explicativas de la noción conceptual del mismo. Adviértase, sin embargo, que tal intento a

¹³⁹ Diez Picazo, Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Madrid, Civitas, 1996

supuesto la aparición de un “mare magnum” de definiciones en las cuales podemos apreciar concepciones radicalmente opuesta. Por ello, en las páginas que siguen estableceremos, partiendo de la doctrina italiana, la noción que, desde una óptica personal y coherente con el objeto del presente trabajo, nos permita adentrarnos en el mundo del interés difuso y colectivo.

Importa aclarar con toda precisión que no todo interés viene garantizado por el ordenamiento positivo en forma de derecho subjetivo sino que, como hemos podido observar, bajo determinadas circunstancias pueden garantizarse intereses individuales o colectivos en forma objetiva; esto es, sin reconocer a los sujetos un poder de querer con respecto a otras personas para satisfacción de los mismos. En el caso descrito el interés deviene en interés jurídico porque se encuentra protegido y garantizado por el Derecho objetivo.

Los intereses que anteriormente hemos contemplado y calificado como tutelares, en tanto que jurídicos, son también intereses legítimos y, por tanto, susceptibles de tutela jurídica. En este contexto, sin perjuicio de incidir posteriormente sobre el tema, podemos definir, en principio, el referido interés como aquél interés individual directamente vinculado al interés público y protegido por el ordenamiento jurídico solamente a través de este último.

La noción de interés legítimo apareció en el seno de la doctrina administrativa italiana como justificante de la bipartición de jurisdicciones. Entre las distintas posiciones de carácter subjetivo existentes en la esfera del Derecho administrativo reviste especial importancia la distinción entre el “interés ocasionalmente protegido o legítimo y el interés de hecho o carente de tutela jurídica”. Con todo, creemos necesario precisar el mecanismo de esta tutela relativa al interés legítimo como interés indirectamente tutelado.

Es decir, que el Interés legítimo es tal, en tanto se encuentre debidamente amparado por las normas jurídicas y que responde a

prerrogativas de carácter social que el Estado pretende proteger dado que reviste un interés público.

2. INTERESES DIFUSOS E INTERESES COLECTIVOS

El interés difuso se configura como la resultante de una fuerza real que surge del seno de la propia sociedad; es decir, cuando hablamos de intereses difusos nos estamos refiriendo a todas aquellas hipótesis fácticas de carácter socio – económico jurídicamente relevantes que integran o pueden integrar colectividades, categorías, grupos, clases, series o géneros de personas vinculadas por una común necesidad y cuya situación está deficientemente tutelada por el ordenamiento positivo.

Es necesario tener en cuenta a este respecto que el hombre necesita apoyarse para resolver muchos problemas en lo que recibe ya hecho de los demás y del pasado. El hombre es un ser progresivo y, para ser progresivo, el hombre necesita liberarse de lo que ayer fue y quedar en franquía para ser de otro modo; pero además el hombre necesita poder acumular lo de ayer, aprovechar el pasado, partir de éste. Pues bien, en este ámbito progresivo del hombre en la esfera social juega un papel fundamental el fenómeno denominado socialización. Tratemos, pues, de asimilar el concepto de socialización en relación con el tema traído aquí a colación.

Ante todo, nótese que por socialización debemos entender la multiplicidad de las relaciones humanas, el creciente aumento, especialmente en sociedades técnica y económicamente avanzadas, de la interacción entre los grupos sociales, la dependencia cada vez más acentuada de los sujetos entre sí y de estos con diferentes grupos que contribuyen a la creación de un tejido social cada vez más denso. Luego resulta que las relaciones humanas son básicas en la aparición de nuevos y distintos intereses en los que aparecen implicados determinados sectores comunitarios colectivos y que reciben el nombre de intereses difusos. Dicho de otra forma, estamos en presencia de

unos intereses que pertenecen a todos y cada uno de los miembros integrantes de la sociedad. Por tanto, encontramos el reconocimiento de una realidad social: la existencia de unos intereses que precisan protección jurídica y tutela procesal.

El desarrollo de estos intereses responde a la conjunción de diversos factores, tales como el fenómeno de socialización anteriormente señalado, la progresiva importancia de grupos que vienen a reflejar las aspiraciones participativas de la sociedad pretendiendo defenderse de la intervención estatal y, finalmente, la aparición de nuevas exigencias consustanciales al aumento de vida y su plasmación en los textos constitucionales. Ahora bien, ¿cuál es la significación actual de los intereses difusos y colectivos?.

Los intereses difusos deben contemplarse a la luz de la inadaptabilidad de los esquemas jurídicos tradicionales a las nuevas situaciones socio - económicas denominadas socializantes y que, como hemos apreciado, afectan de forma directa a grupos con aspiraciones colectivas (p. Ej. Urbanismo, ecología, consumo, etc.). En el contexto propuesto la significación actual de los mentados intereses vendrá dada por las características inherentes a los mismos; esto es, sin perjuicio de referirnos posteriormente a los caracteres de los intereses aquí examinados, convendría referirse a sus rasgos básicos en orden al establecimiento de su significación en el seno doctrinal actual.

La doctrina italiana ha elaborado numerosas tesis en torno a la definición de interés difuso. Más a pesar de todas las definiciones existentes en la materia, habremos de ver solamente aquellas que nos permitan entender el contenido del referido interés en función de una elaboración propia. Así Giannini, su "Tutela del Interés Colectivo"¹⁴⁰ califica los intereses difusos como anónimos y, posteriormente, afirma que individualizan en atención a un criterio subjetivo: se califican como tales aquellos que tienen como portador un ente

¹⁴⁰ Giannini, M. La Tutela degli interessi collectivi nei procedimenti, Padova 1976 citado por Acosta Estévez, José en Tutela Procesal de los Consumidores, Barcelona, Bosch, 1995

exponencial de un grupo no ocasional. Por tanto, para delimitar esta categoría de intereses deberemos estar a los sujetos.

Por otro lado, Vigoriti¹⁴¹ afirma que los intereses colectivos significan un grado de organización, mientras que los intereses difusos sustancialmente no diferentes de los colectivos responden a una fase más fluida del proceso de agregación de los intereses individuales hasta conseguir la consistencia que origina la organización. Así pues, para este autor, la nota característica de los intereses difusos se encuentra en la organización que, además, es el elemento que los diferencia de los colectivos.

Como puede apreciarse ambos autores italianos difieren en el momento de establecer la nota diferenciadora de los intereses difusos, pues mientras Giannini atiende a un criterio subjetivo, Vigoriti afirma un criterio organizativo. Empero, posteriormente, retomaremos el tema al tratar el concepto de interés difuso y colectivo, señalando el papel que ambos criterios juegan a la hora de disponer las correspondientes definiciones.

Será oportuno establecer, en este punto, de conformidad con todo lo señalado, la noción conceptual de interés difuso que nosotros propugnamos. Concepto que vendrá determinado por dos notas o criterios diferenciadores, a saber; su pertenencia a un grupo carente de organización y el carácter anónimo del mismo. Así, tomando como base ambos rasgos organizativo y subjetivo entendemos por interés difuso el interés propio, jurídicamente reconocido, de un grupo social o colectividad indeterminada de sujetos desprovista de una organización que los tome para sí enteramente y tenga capacidad para su defensa, cuya tutela jurisdiccional responde a eventuales iniciativas meramente individuales.

Como puede observarse, afirmamos una noción conceptual de interés difuso que recoge y conjuga los criterios diferenciadores enunciados por

¹⁴¹ Vigoritti, V. *Interessi Collettivi e Processo*, Milano, 1979 citado por Acosta Estévez, José. Op. Cit.

Giannini y Vigoriti en sus respectivas elaboraciones doctrinales; esto es, la noción apuntada recoge los criterios organizativo y subjetivo en tanto que rasgos definidores y, a la vez, diferenciadores de estos intereses. En definitiva, se trata de unos intereses carentes de vías procesales específicas encaminadas a su tutela jurisdiccional, por un lado, y referidos a colectivos indeterminados (anónimos), por otro.

La doctrina se ha ocupado en múltiples ocasiones del tema relativo a la naturaleza jurídica de los intereses difusos y, de esta forma, mientras para algunos se configuran como una variedad de “situaciones de ventaja” que tiene por objeto un bien jurídico capaz de satisfacer a todos los titulares, para otros se trata de un “interés genérico”, hábil, ocasionalmente participativo, esencialmente fungible y frecuentemente atípico, o carente de amparo, en su cobertura normativa, material y procesal, total o parcialmente”.

3. EL INTERÉS DE LOS CONSUMIDORES COMO INTERÉS DIFUSO

La cuestión que nos plantea a continuación es la de establecer si el interés de los llamados consumidores es o no un interés difuso o, en su caso, colectivo. Con la conclusión afirmada sobre el interés difuso hemos llegado a un momento básico en la determinación de la posible naturaleza del interés de los consumidores. En este momento lo que importa, ante todo, es plantear y resolver con la máxima precisión posible si estamos en presencia de un interés difuso.

La doctrina es pacífica sobre este extremo y, en principio, parece ser que nada se opone a considerar el interés de los consumidores como un interés difuso. Así en el ámbito doctrinal patrio, Lozano Higuero¹⁴² entiende que los intereses de los consumidores es una manifestación concreta de los intereses difusos y que, con tal manifestación, es susceptible de adoptar una

¹⁴² Lozano Higuero, M. Nuevas Instituciones de Protección Procesal de los Consumidores y Usuarios, en RUDP, Madrid, 1988.

proyección diversificada en orden de su tutela. Se puede distinguir una dimensión colectiva y una perspectiva personal en el seno de los intereses difusos.

La dimensión colectiva ofrecida por estos intereses vendrá dada desde la perspectiva general de los consumidores mientras que, por el contrario, la individual responde a su contemplación desde la óptica del sujeto titular del derecho que puede resultar lesionada en la situación concreta cuya perspectiva es típica y exclusivamente individual: sanidad, higiene educación, vivienda, etc. Y colectivo porque es un interés de todos e igual para todos.

Sostiene este autor que esta naturaleza dual constituye una de las características más sobresalientes de la tutela de los consumidores y condiciona su tratamiento legal en el sentido de que ambas esferas - colectiva e individual - deben ser objeto de contemplación legal. Por esto, al revestir los intereses de los consumidores dicha naturaleza el intento de articular la tutela apoyándose exclusivamente en uno de esos aspectos estaría irremisiblemente destinada al fracaso, puesto que sería incapaz de comprender el significado pleno de los derechos de los consumidores.

Del mismo modo, los esfuerzos por clasificarlos entre los colectivos o los individuales, son, a mi juicio, estériles: los intereses de los consumidores, son, según el plano desde el que se contemple, individuales y/o colectivos, o más propiamente, difusos. Por tanto, se entiende, tras este planteamiento, que la tutela como intereses individuales sería del todo insuficiente por dos razones muy precisas, a saber: en primer lugar, porque el contenido del interés de los consumidores no coincide con los derechos de las personas y, en segundo lugar, porque los derechos de la persona son jurídicamente conocidos, estructurados y tutelados a un nivel exclusivamente individual.

De lo dicho se deduce que los intereses de los consumidores se corresponden con los denominados intereses difusos. Además los intereses de

los consumidores, presentan la nota conflictual característica de los intereses colectivos; en este sentido, a modo de interés de síntesis, los rasgos característicos de los intereses de los consumidores son según Ghudini¹⁴³, los siguientes:

- 1) No son ni del todo individuales, ni generales, ni colectivos en sentido estricto;
- 2) La amenaza sobre los mismos es raramente apreciable de manera "individualizada"; en cualquier caso, es idéntica para todos, lo que hace que la reacción de un individuo sirva para los demás;
- 3) Como consecuencia de su dependencia tecnológica casi total respecto del aparato productivo y de su conflicto permanente con los intereses de la producción, estos intereses están en estado de peligro permanente;
- 4) La contemplación legal debe abarcar tanto al "consumidor" como a los "consumidores".

Es párrafos anteriores definíamos el interés difuso como el interés propio, jurídicamente reconocido, de un grupo social o colectividad indeterminada de sujetos desprovista de una organización que los tome para sí enteramente y tenga capacidad para su defensa, cuya tutela jurisdiccional responde a eventuales iniciativas meramente individuales.

Una explicación lógica con respecto a la admisión de esta noción conceptual por nuestra parte, la podemos encontrar en la necesidad de conjugar el criterio subjetivo, por un lado y el criterio organizativo por otro, para establecer las características propias de estos intereses. Pues bien, en el caso de los consumidores nos encontramos ante una masa indeterminada de sujetos, absolutamente indeterminada e imposible de determinar jurídicamente a priori y carente, en principio, de una organización encaminada a la tutela de los mismos.

¹⁴³ Ghidini.G. L' intérêt des consommateurs comme intérêt diffus et sa défense, en R.D.C.O.D, 1978

Por tanto, los intereses de los consumidores se configuran como intereses difusos en atención a los criterios diferenciadores anteriormente citados. Resulta a nuestro juicio, que el interés de los consumidores se configura como un interés difuso que, tras una ulterior concretización, es susceptible de ofrecer una dimensión colectiva. Sin embargo, además de esta dimensión colectiva, dicho interés supone la existencia de una perspectiva individual.

La noción conceptual de consumidor puede revestir un sentido abstracto o un sentido concreto y, tras analizar ambos sentidos, observaremos que mientras la aceptación de consumidor en sentido abstracto atribuye unos derechos a los ciudadanos por el mero hecho de ser ciudadanos, la aceptación de consumidor en sentido concreto atribuye derechos a cada consumidor en concreto. Consecuencia lógica de esta afirmación es que el ejercicio individual de los derechos vendrá dado por la segunda acepción -concreta- ya que la primera de ellas -abstracta- no permite, en modo alguno, el ejercicio individualizado de los derechos atribuidos.

De lo expuesto, queda establecido que el interés de los consumidores es susceptible de desbordarse en una doble vertiente: colectiva e individual. Todo ello pone de manifiesto que la tutela de estos intereses deberá venir determinada por el interés de la persona en tanto en cuanto consumidor y además, por el interés de los consumidores.

En el primer supuesto cabrá el ejercicio individual de las acciones correspondientes al sujeto perjudicado y en el segundo supuesto podrá darse el ejercicio de la llamada legitimación colectiva. Entendemos, por último, que el centro neurálgico de la cuestión estriba en la exagerada importancia que se le ha atribuido al concepto de interés difuso por un sector doctrinal. Somos conscientes que en el orden puramente doctrinal tal categoría de intereses puede ser objeto de numerosos estudios y elaboraciones doctrinales científicas

pero, en el ámbito práctico de la realidad cotidiana, nos interesan en cuanto sean susceptibles de ser accionados ante los órganos jurisdiccionales.

Pues bien, los intereses de los consumidores no interesan al sistema procesal en tanto que intereses difusos - nivel abstracto - sino en su posterior estadio como intereses colectivos o individuales; por ello, al tratar de la problemática que presenta la tutela jurisdiccional de los consumidores en el nuestro ordenamiento positivo, nos centraremos en el doble plano señalado, esto es, como "intereses de los consumidores" y como "interés del consumidor".

4. INTERÉS DIFUSO

Interés propio jurídicamente reconocido, de un grupo social o colectividad indeterminada de sujetos, desprovista de una organización que los tome para sí enteramente y tenga capacidad para su defensa y cuya tutela jurisdiccional responde a eventuales iniciativas meramente individuales.

Estamos en presencia de unos intereses que pertenecen a todos y cada uno de los miembros integrantes de la sociedad. Esto constituye un reconocimiento a una realidad social: "la existencia de intereses que precisan protección jurídica y tutela procesal".

El desarrollo de estos intereses responde a la conjunción de diversos factores, tales como el fenómeno de socialización, la progresiva importancia de grupos que vienen a reflejar las aspiraciones participativas de la sociedad pretendiendo defenderse del mercado y la aparición de nuevas exigencias consustanciales al aumento de vida, los derechos de la persona y su plasmación en los textos constitucionales

Por lo expuesto se ha dicho con mucha propiedad que “todos los derechos e intereses protegidos por las normas dictadas en defensa de los consumidores son derechos e intereses sociales. La salud pública es un interés social, del consumidor y de cualquier ciudadano; la protección de los intereses económicos es un interés social de los consumidores, así como la información correcta, la educación o los instrumentos de reparación de daños. Toda la política de protección y defensa de los consumidores es de interés social, interesa a toda la sociedad”.¹⁴⁴

Los intereses difusos deben contemplarse a la luz de la inadaptabilidad de los esquemas jurídicos tradicionales a las nuevas situaciones socioeconómicas denominadas socializantes y que afectan a los grupos con aspiraciones colectivas

Dentro de este contexto podemos señalar como factores determinantes del surgimiento de los intereses difusos:

- 1) Socialización y masificación del consumo.
- 2) Riesgo del daño en la sociedad. Posibilidad de que una masa indeterminada de personas se vean afectadas por un eventual daño derivado de la violación de los derechos del consumidor
- 3) Grupos sociales de interés común respecto al consumo. Movimientos civiles consumeristas con aspiraciones colectivas, como por ejemplo los ecologistas, antitabaquistas, feministas, etc.
- 4) Inadaptabilidad de los esquemas jurídicos tradicionales a las nuevas situaciones socio económicas socializantes
- 5) Tutela procesal estructurada sobre la base de la teoría clásica y desfasada del interés directo, económico o moral de orden individual

¹⁴⁴ Martínez de Aguirre y Aldaz, Bercovitz Rodríguez Cano-Salas Hernández (Coors), Comentarios a la Ley General para Defensa de los Consumidores y Usuarios, citado por Farina, Juan. Defensa del Consumidor y del Usuario. Buenos Aires, Astrea. 1995.

- 6) Avance doctrinal en materia procesal hacia un nuevo tipo de interés social en la búsqueda de justicia, configurando así el interés colectivo y el interés difuso

5. IMPLICANCIAS PROCESALES DE LOS INTERESES DIFUSOS

El Art. 82 del C.P.C establece por primera vez en nuestro sistema El “Patrocinio de los Intereses difusos” recogiendo una teoría que es ya una realidad y que ha desplazado al clásico interés directo económico y moral en aquellos casos donde existe una expectativa de tipo social en la defensa de un derecho lesionado, como es el caso del consumidor.

El Art. 82 que trata el interés difuso, establece quienes están legitimados para iniciar un proceso; establece la publicación de la demanda con una forma de notificación, la posibilidad de acumulación de pretensiones y la consulta obligatoria de la sentencia; sin embargo no establece en forma clara cuales son las reglas adjetivas propiamente dichas que se aplican a un proceso sobre interés difuso.

Sin embargo es la Ley de Protección del Consumidor D. Leg. 716, la que en forma taxativa establece claramente las disposiciones procesales complementarias para tener una idea mas concreta de la forma como se lleva a cabo un proceso sobre intereses difusos: En efecto, establece la legitimidad para obrar del INDECOPI, traslado de la demanda, la acumulación de pretensiones, y el trámite en la vía sumarísima.

No obstante lo señalado creemos que las normas en esta materia están dispersas y no existe un tratamiento unitario sobre la tutela de los intereses difusos, es decir no hay un texto orgánico que tenga unidad en el tratamiento procesal.

5.1 Legitimidad para Obrar

Solamente tiene legitimidad el INDECOPI previo acuerdo de su Directorio, es decir no tiene legitimación *per se*. Asimismo la ley habla de legitimación para promover que en el contexto jurídico - procesal debemos entenderla como facultad para iniciar procesos.

Un segundo orden de legitimación está dado por las entidades públicas o privadas a quien INDECOPI delegue esta facultad. Se pueden considerar aquí a las asociaciones de consumidores que representan a la comunidad debidamente organizada en la defensa y promoción de los derechos del consumidor en el mercado.

Creemos que esta legitimación es insuficiente o en todo caso limitada para los intereses difusos por que el INDECOPI debería tener la facultad de promover judicialmente la defensa del consumidor directamente en atención a su propio estatuto que establece que es la institución encargada de regular el mercado evitando desequilibrios que afecten los intereses de los consumidores que somos el grupo económico más grande del mercado que afecta y es afectado por casi todas las decisiones económicas públicas y privadas, pero que es a su vez el grupo mas importante cuyos puntos de vista a menudo no son escuchados. INDECOPI para poder entablar la defensa de los intereses difusos del consumidor, tendra que manejar con idoneidad las decisiones de su Directorio, qué sucedería si los directores no se ponen de acuerdo y nunca deciden promover judicialmente la defensa de los consumidores ante un inminente riesgo de daño a los derechos de toda una comunidad que se vería afectada por una resolución administrativa que permite por ejemplo la comercialización de productos alimenticios inadecuados para el consumo humano.

En este caso existiría una indefensión de los consumidores en tanto el órgano legitimado para promover una acción que atenta contra los intereses difusos no actúa.

La legitimación es básica para comprender como juega el sistema en el ámbito procesal por que es la cualidad o condición por la cual un sujeto se encuentra, en el seno de una situación jurídica determinada, en la posición de un reconocimiento a su favor de una pretensión que ejercita o la exigencia respecto de él del contenido de una pretensión. Esto es legitimación activa y legitimación pasiva.

Hablar de legitimación implica hacer referencia a la disponibilidad y titularidad del derecho que se afirma tener para iniciar una acción judicial y defender un interés. En este sentido las asociaciones de consumidores deberían tener directamente legitimad para obrar cuando se atenta masivamente los derechos del consumidor.

Finalmente las personas naturales no están legitimadas, pero podría regularse la figura del amicuscurie, en virtud de la cual un consumidor ante la pasividad de las instituciones legitimadas puede iniciar una acción y luego quienes están facultados por la ley podrían adherirse a la petición.

5.2 La Cosa Juzgada

La cosa juzgada, en principio y salvo excepciones de carácter legal que expresamente la establezcan, solo afecta a las partes procesales, por ello una sentencia recaída en un proceso instado por una asociación sólo afectaría a la pluralidad de sujetos integrantes de la misma.

Un sector de la doctrina sostiene la aplicación de la formula “ultra partes secundum eventum litis” en los caos relativos a la posible extensión subjetiva de la sentencia a los terceros que no han litigado. Esta propuesta significa que

la extensión de los efectos de la sentencia bajo la fórmula señalada en materia de intereses difusos, es decir se propugna la extensión de la resolución judicial “ultra partes” en lo favorable de la misma y no en lo perjudicial: aprovecharía lo favorable de la sentencia pero no se extendería a lo perjudicial. Por tanto la extensión sólo podrá producirse cuando beneficie al tercero ajeno al proceso; esto es, la cosa juzgada solo podrá favorecer pero nunca perjudicar a los sujetos no litigantes. Es decir la sentencia en este caso si es declarada fundad tiene validez para todos, caso contrario solo a la parte demandante.

Cuando una institución u asociación presenta una reclamación contra un producto determinado, la cosa juzgada afectará a todos los que la facultaron a iniciar la acción, pero cuestión distinta es la de los terceros no litigantes, que en su caso se verán favorecidos y nunca perjudicados por la cosa juzgada, por que la cosa juzgada no puede perjudicar a los terceros ausentes del proceso, pero sí beneficiarlos a la hora de hacer valer sus derechos.

Consideramos que la última parte del artículo 82 del CPC recoge este planteamiento doctrinario. La legislación brasilera por ejemplo también recoge este planteamiento en el artículo 103 del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

5.3 La Carga de la Prueba

En torno a la carga de la prueba, la doctrina tiene posiciones encontradas en relación a la tutela de los intereses difusos y sin lugar a dudas la problemática se centra en si cabe o no la inversión de la carga de la prueba. Un sector de la doctrina entiende que como consecuencia de encontrarnos ante una materia de conflictualidad social emergente y en razón del principio tuitivo pro interés difuso y pro consumidor, parece lógico en orden a una mayor progresividad social, la inversión de la carga de la prueba, correspondiendo probar su diligencia en la no provocación del daño o lesión a la parte demandada.

Sin embargo otro sector de la doctrina rechaza esta posibilidad de inversión de la carga probatoria, por que tal aplicación sería rechazada por revestir carácter inconstitucional al vulnerar la presunción de inocencia declarada por la constitución, así como la modificación de los dispositivos tradicionales existentes sobre la materia probatoria, ello implicaría una alteración de la garantía del equilibrio de la contienda aducida en juicio y se afectaría las propias reglas procedimentales que articulan la carga de la prueba en el seno del proceso.

Particularmente creemos que teniendo en consideración que el fin supremo de la sociedad y del Estado es la persona humana y que en tal virtud la constitución reconoce al consumidor en cuanto persona una serie de derechos a los cuales les otorga raigambre constitucional, una de las claves de máxima protección de los intereses difusos y colectivos es la necesidad de la inversión de la carga de la prueba, al margen de los posibles tecnicismos.

Por otra parte, no debemos olvidar el tema de la asimetría informativa que coloca al consumidor en desventaja frente a los ofertantes de productos y servicios y además el consumidor en la relaciones de consumo contenidas sobre todo en contratación masiva tiene un déficit de negociación que lo coloca en situación desventajosa frente a su contraparte; por ello consideramos que sería adecuado y además consistente con la normatividad actual del consumidor, que en este tipo de acciones haya una inversión de la carga de la prueba en materia procesal.

Debe tenerse en cuenta además que nuestro sistema establece la responsabilidad objetiva del proveedor frente a la idoneidad de los productos o servicios en una relación de consumo, de manera que existe una presunción de que todo proveedor ofrece una garantía implícita por los bienes que comercializa, los cuales deben resultar idóneos para los fines y usos previsibles para los que normalmente se adquieren; por lo tanto es viable

establecer una disposición que promueva la inversión de la carga probatoria, y en tal caso correspondería al consumidor acreditar la existencia de un defecto en el bien o servicio (Acreditación de defecto) y correspondería al proveedor acreditar que el defecto del bien o servicio no le es imputable, es decir que no es un defecto incorporado como consecuencia de las actividades involucradas para poner el producto o servicio al alcance del consumidor(imputación del defecto).

Por otra parte la propia norma procesal prevé esta posibilidad, y en efecto, en la Primera Disposición Final del Código Procesal Civil se establece que las normas en él contenidas se aplican supletoriamente a los procedimientos administrativos y el artículo 196 establece que “salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuren su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos”. La expresión “salvo disposición legal diferente” admite que pueda existir una norma que establezca la inversión de la carga de la prueba.

Solo así el tratamiento de los derechos del consumidor como intereses difusos tendrá un tratamiento funcional armonioso y consistente en el sistema jurídico, caso contrario las imperfecciones legales harían difícil la defensa. Esta propuesta tiene lógica en virtud del tratamiento constitucional del tema y del principio pro - consumidor establecido en la ley, además ya existe en nuestro sistema jurídico la posibilidad de inversión de la carga de la prueba, como es el caso del campo laboral y en el campo de la propiedad industrial en materia de cancelación marcaría.

5.4 Terminación del Proceso

Las sentencias en materia procesal tienen dos efectos, los cuales se centran en la llamada cosa juzgada. Los efectos materiales dependerán de la propia naturaleza de la sentencia y pueden ser:

- a) Directos en tanto inciden en una relación jurídica y la modifican en relación a su situación anterior.
- b) Reflejos en tanto que al modificarse una determinada relación jurídica puede provocar esta variación unos efectos indirectos frente a terceros que no tengan nada que ver con esta relación jurídica modificada.

En este punto cabe destacar que el proceso puede terminar mediante sentencia que es el modo normal de terminación o bien mediante otras formas de terminación como el desistimiento, renuncia, allanamiento, y transacción en tanto formas anormales de concluir un proceso.

La pregunta que surge es como juegan estas instituciones procesales en la tutela jurisdiccional de los intereses difusos. Al respecto creemos que en materia de extinción del proceso por una eventual transacción o allanamiento del actor, como quiera que se ha establecido en la ley un régimen de legitimaciones combinadas para estos supuestos, en la hipótesis de tratarse de intereses difusos o colectivos, operaría una aquiescencia de las demás instituciones que legitimadas o no también tengan interés en la defensa del consumidor.

No obstante consideramos que el hecho de terminar un proceso de esta naturaleza con una transacción entre las partes, no impide que la autoridad judicial pueda disponer determinadas acciones preventivas para que sean cumplidas por la parte que ha violado los derechos del consumidor, e incluso se podría disponer que las autoridades administrativas competentes determinen las acciones de control administrativo que correspondan, por ejemplo licencias, autorizaciones, cumplimiento de normas técnicas, etc

Es decir, proponemos que a nivel judicial, se proceda de la misma forma que hoy se viene trabajando en el fuero administrativo. En efecto cuando una denuncia por violación de derechos del consumidor termina por acuerdo o

transacción entre las partes, pero la autoridad competente sea la Comisión de Protección del Consumidor o el Tribunal del INDECOPI consideren que debe proseguirse con las investigaciones por estar en riesgo el interés difuso de los consumidores que podrían verse perjudicados con las conductas ilícitas del denunciado, entonces dicha denuncia puede convertirse en un proceso de oficio o se pueden disponer medidas correctivas para evitar daños mayores.

6. ACCESO DE LOS CONSUMIDORES A LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES

Es necesario analizar qué posibilidades efectivas de resarcimiento tiene el consumidor perjudicado, qué vía procesal utilizar ante un perjuicio por consumo de productos defectuosos. La respuesta a estas cuestiones tiene una doble vertiente, de carácter colectivo por un lado e individual por otro. Además de la acción vía intereses difusos; entendemos que el consumidor en tanto que justiciable tiene acceso individual a los órganos judiciales para hacer valer sus derechos como tal, y para ello tendrá que acudir a los procedimientos previstos en la ley procesal.

En principio la tutela jurisdiccional de los derechos del consumidor queda reducida a los principios ordinarios y a la cuantía de la reclamación. En definitiva la tutela jurisdiccional en caso de daños a los consumidores estará dada por las normas procesales aplicables en general al proceso, no existen disposiciones legales, ni mucho menos una jurisdicción especial para las reclamaciones judiciales derivadas de la violación de los derechos del consumidor y el eventual demandante tendrá lamentablemente que someterse a todas las diligencias ordinarias propias de quien acude al Poder Judicial y que demandan tiempo, dinero, paciencia, etc.

En Brasil existe por ejemplo juzgados especiales para las causas derivadas de actos de consumo, al igual que en Inglaterra se cuenta con una

jurisdicción especial para estos casos. En efecto existen en Brasil 1702 juzgados especiales de consumo que conocen de pequeñas causas derivadas de actos de consumo y que son concebidos por el ciudadano como una verdadera guardianía de los derechos del consumidor, en tanto les permiten resolver sus conflictos de manera rápida y sin excesiva formalidad, además de estar respaldados por la Política Nacional de Consumo del Brasil. El proceso en estos juzgados se desarrolla sobre la base de los principios de oralidad, simplicidad, celeridad, materialidad, gratuidad y eficacia y eficiencia que son promovidos por el Código de Defensa y Protección del Consumidor. El acceso depende de la cuantía, si es mayor a 20 sueldos mínimos es con presencia de abogado, si es menor a 20 sueldos mínimos es sin presencia de abogado, rápido y simple.¹⁴⁵

6.1 Ineficacia del Sistema Procesal en Defensa de los Consumidores

Consideramos que existe un tratamiento inorgánico que pone en relieve una ineficacia del sistema procesal a la hora de tutelar jurisdiccionalmente los intereses de los consumidores, ya que la posibilidad que tiene un consumidor de instar un juicio en el contexto actual, no ofrece garantías suficientes a sus intereses.

La ineficacia del sistema procesal en la materia viene determinada por una circunstancia muy concreta, en efecto la defensa de los consumidores se presenta como uno de los aspectos más trascendentales de la sociedad actual y en ese sentido se ha iniciado una trayectoria aparentemente coherente de protección en el seno del Derecho Sustantivo a través del incremento de medios jurídico - materiales encaminados a conseguir un equilibrio entre el consumidor y el productor.

¹⁴⁵ United Nations Conference on Trade and Development, Seminario sobre el Fortalecimiento de Capacitación en el área de Políticas de Competencia y Protección del Consumidor. Lima, abril 2004

Es así como se han promovido últimamente una serie de disposiciones administrativas que tienden a facilitar las reclamaciones y hacer cumplir los acuerdos sobre protección de los derechos del consumidor¹⁴⁶. Sin embargo en el ámbito del Derecho procesal la situación es muy distinta, ya que ha permanecido indiferente ante tal evolución; esto quiere decir que mientras en el derecho objetivo se incrementan los medios de tutela del consumidor, en sede procesal aún permanecen normas clásicas estructuradas para otro tipo de situaciones, y no se han instituido instrumentos procesales encaminados a mejorar el tratamiento jurídico de la tutela jurisdiccional del consumidor.

Este inmovilismo procesal se aprecia por la inexistencia de institutos procesales acordes con las necesidades tutelares en materia de protección del consumidor. Por ejemplo cuando una persona acude a la Comisión de Protección del Consumidor del INDECOPI para denunciar la violación de determinados derechos del consumidor por parte de una empresa, lo más probable es que se sancione a la empresa si la denuncia es fundada y se le ordene determinadas medidas correctivas, pero si la persona ha sufrido daños materiales o personales y desea una indemnización, según nuestro sistema debe acudir al órgano jurisdiccional y formular la demanda correspondiente por responsabilidad civil, proceso en el cual la resolución de INDECOPÍ la puede ayudar como una de las pruebas, pero no será la única y deberá someterse a las insufribles peripecias de un juicio civil, a veces largo y tedioso, toda vez que no hay normas procesales especiales que por ejemplo establezcan un proceso sumarísimo o la inversión de la carga de la prueba para demandas de responsabilidad civil derivadas de la violación de los derechos del consumidor y previamente resueltos por la vía administrativa del Indecopi, lo cual sería un paso muy importante para una tutela jurisdiccional efectiva en esta materia.

La tutela de los consumidores debe estar articulada con los medios procesales coherentes para tal fin. Lo que observamos es que hay un

¹⁴⁶ Por Ley No 27917 publicada el 10 de Enero de 2003 se estableció una precisión del alcance normativo de las disposiciones sobre las medidas correctivas que el INDECOPI puede aplicar a los infractores, en virtud del artículo 42 de la Ley de Protección del Consumidor

desequilibrio en cuanto a la eficacia del sistema procesal en defensa de los consumidores, puesto que si bien es cierto que en nuestro país existe un sostenido proceso de mejoramiento y desarrollo de la legislación y la jurisprudencia administrativa en materia de Derecho del Consumidor y Derecho de la Competencia, no se aprecia sin embargo un desarrollo paralelo del Derecho Procesal, con lo cual se produce un desequilibrio, puesto que los institutos procesales clásicos dificultan la tutela efectiva en materia de Protección del Consumidor.

En mas de una oportunidad hemos podido apreciar que consumidores que han obtenido resolución favorable en INDECOPI por la violación de uno de sus derechos, ha resultado perdiendo sus procesos de indemnización en el Poder Judicial y en otras situaciones en las que incluso el infractor ha pagado ante INDECOPI la multa impuesta reconociendo con ello su falta, paradójicamente en el debate judicial por daños y perjuicios resultantes del mismo hecho, han promovido en dicho fuero una serie de pruebas y argumentaciones legales que sorpresivamente los han liberado de responsabilidad, demostrando con ello una inconsistencia en el sistema.

6.2 Regulación de la Tutela Procesal de los Consumidores

El establecimiento de un sistema regulador de la tutela jurisdiccional de los consumidores, supone superar varias dificultades. La primera es la gran amplitud de la materia, determinada por la existencia de varias disposiciones que vinculan a su vez diversas disciplinas jurídicas, vinculación que hace necesario establecer las posibles relaciones entre dichas disciplinas en orden a elaborar un sistema coherente y sistemático de tutela jurídico – procesal de los intereses de los consumidores. Estamos ante una tutela jurídica diversificada.

Ante esta situación debemos tomar en cuenta las siguientes esferas jurídico - económicas:

- La esfera económica proporcionara el marco en el cual se configurará una relación que delimitará el desarrollo de la actividad económica general
- La esfera de la Derecho Privado comprenderá las relaciones de tráfico relativas a la contratación.
- La esfera del Derecho Administrativo, proporcionara las normas relativas a los usuarios de bienes y servicios.
- La esfera del Derecho Constitucional al proclamar los derechos del consumidor en el texto constitucional.
- La esfera del derecho Procesal encaminada a establecer los medios procesales adecuados para la defensa y tutela jurisdiccional de los intereses de los consumidores.

Si se logra armonizar eficientemente estas esferas es posible estructurar mecanismos de carácter procesal que hagan más efectiva la tutela procesal de los consumidores y con ello complementar el sistema de protección del consumidor que hoy esta fundamentalmente vinculado al orden administrativo.

6.3 Procedencia de la Acción de Amparo en Defensa de los Intereses Difusos de los Consumidores

La acción de Amparo es una garantía constitucional de naturaleza procesal cuya finalidad es reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de los derechos constitucionales reconocidos en la Constitución Política del Estado, con excepción de la libertad individual y la libertad de información, pues estos derechos están protegidos por las acciones de Habeas Corpus y de Habeas Data, respectivamente.

La Constitución Política de 1993 en el artículo 65° señala expresamente que “El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentren a su disposición en el mercado. Asimismo, vela, en particular, por la

salud y la seguridad de la población”. Cabe precisar que este artículo ha sido debidamente interpretado a través de un análisis profuso por el Tribunal Constitucional, en el que concluye que el derecho del consumidor es un derecho subjetivo y que la actuación del Estado tiene como pauta básica un horizonte tuitivo en la defensa de los intereses de los consumidores usuarios, lo que constituye un principio rector para la actuación del Estado. Reconoce también el Tribunal Constitucional la facultad de acción defensiva de los consumidores y usuarios en los casos de transgresión o desconocimiento de sus legítimos intereses que apareja a su vez el atributo de exigir al Estado una actuación determinada cuando se produzca alguna forma de amenaza o afectación efectiva de los derechos del consumidor o usuario ¹⁴⁷

Lo afirmado por el Tribunal Constitucional es importante porque nos proporciona una pauta hermenéutica para una mejor interpretación del derecho del consumidor y sobre todo porque nos aporta elementos de juicio que coadyuvan en esta parte de la tesis a la reflexión efectuada sobre la posibilidad de las acciones de amparo en esta materia por lo que nos permitimos lanzar este planteamiento como una propuesta académica de la tesis.

En concordancia con el precepto constitucional citado, la misma Carta Política, en el artículo 59° reconoce que el Estado garantiza la libertad de empresa, comercio e industria; sin embargo, el ejercicio de estos derechos no deben ser lesivos a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública.

En consecuencia, los derechos de los consumidores están reconocidos por la Constitución Política y están protegidos por la acción de Amparo.

La acción de Amparo se encuentra regulada en el Artículo 200° inciso 2 de la Constitución Política de 1993, y por la Ley N° 23506, la Ley complementaria N° 25398 y demás normas modificatorias y ampliatorias.

¹⁴⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional: Declaran inconstitucional el D.U. N° 140-2001, que dispuso la suspensión de vehículos automotores usados de peso bruto mayor a 3000 kilogramos, Exp. 0008-2003-AI/TC, Lima, noviembre 2003.

En principio, el titular de la acción de Amparo es el afectado, su representante y, tratándose de personas jurídicas, el representante de la entidad afectada.

Las excepciones a esta regla son las siguientes:

- a) Cuando exista imposibilidad física del afectado, podrá ser ejercida por tercera persona sin necesidad de poder expreso. Esto tiene como condición para su validez, la ratificación del afectado una vez que se halle en la posibilidad de hacerlo; y
- b) Cuando la acción se interponga por la violación o amenaza de violación de derechos constitucionales de naturaleza ambiental. En estos casos, podrá ser ejercida por cualquier persona, aún cuando la violación o amenaza no lo afecte directamente. Esta misma atribución la tienen las organizaciones no gubernamentales (ONG) sin fines de lucro, cuyo objeto es la defensa del medio ambiente, conforme lo establece el Art. 140° del Decreto Legislativo 613, Código del Medio Ambiente.

Sin embargo, debemos hacer un análisis del significado de interés difuso en materia procesal. De acuerdo con el Art. 82° del Código Procesal Civil, se entiende por interés difuso aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, tales como la defensa del medio ambiente, de bienes o valores culturales o históricos o del consumidor. Pueden promover o intervenir en estos procesos, las asociaciones o instituciones sin fines de lucro que según la ley estén legitimados para ello.

El Art. 2 del Decreto Ley N° 25868 establece que el INDECOPI es el organismo encargado de aplicar las normas legales destinadas a proteger a los agentes del mercado y a los consumidores de prácticas comerciales o

económicas que los afecten; asimismo, es la entidad encargada de proteger por la calidad de los productos, sean bienes o servicios.

Conforme se establece en el Art. 51° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 716, Ley de Protección del Consumidor, el INDECOPI, previo acuerdo de su Directorio, se encuentra legitimado para promover procesos judiciales, como procesos de acción de amparo, relacionados a los temas de competencia en defensa de los intereses de los consumidores. El INDECOPI podrá delegar esta facultad en entidades públicas y privadas que estén en capacidad de representar los intereses de los consumidores.

Por lo tanto, en concordancia con el Art. 51° del cuerpo legal citado, el Art. 82 del Código Procesal Civil posibilita que además del INDECOPI, otras instituciones como las asociaciones de consumidores, también estén legitimadas para intervenir o promover procesos patrocinando intereses difusos de los consumidores. El documento en el que consta la delegación efectuada por el INDECOPI en favor de las instituciones mencionadas, deberá ser admitida por el juez sin más trámite.

En conclusión, podemos afirmar lo siguiente:

- Los derechos del consumidor tienen la categoría jurídica de derecho constitucional; por lo tanto, es posible la interposición de la acción de amparo ante la violación o amenaza de violación de esos derechos.
- Los derechos del consumidor están comprendidos dentro de la categoría jurídica de los intereses difusos.
- La única entidad legitimada para interponer una acción de Amparo en defensa de los intereses difusos del consumidor es el INDECOPI. Sin embargo, puede delegar esta facultad en

entidades públicas o privadas que estén en capacidad de representar los intereses de los consumidores; como por ejemplo, son las asociaciones de consumidores. En consecuencia, las personas naturales no están legalmente legitimadas para interponer acciones de amparo en casos de intereses difusos de los consumidores.

- El INDECOPI, al ser la entidad legitimada para promover acciones de esta naturaleza, esta sometida a los requisitos de procedibilidad establecidos en la Ley de Habeas Corpus y Amparo, sin privilegio alguno. En consecuencia, debe interponer la acción de amparo dentro de los 60 días hábiles de producida la afectación; asimismo, debe agotar la vía administrativa (vía previa) en los casos que sean necesarios; y debe respetar los plazos establecidos y observar las formalidades de ley como cualquier parte procesal.
- Exclusivamente en casos de defensa del medio ambiente, las personas naturales pueden interponer acciones de Amparo, aún cuando la violación o amenaza no lo afecte directamente, conforme lo establece el Art. 26°, tercer párrafo, de la Ley N° 23506, Ley de Acciones de Habeas Corpus y Amparo, incluido por el Art. 140° del D. Legislativo 613, Código del Medio Ambiente; el mismo que literalmente señala lo siguiente: **“...Cuando la acción se interponga por violación o amenaza de violación de derechos de naturaleza ambiental, podrá ser ejercida por cualquier persona, aún cuando la violación o amenaza no lo afecte directamente. Igual atribución tienen las organizaciones no gubernamentales sin fines de lucro, cuyo objeto es la defensa del medio ambiente”.**

- Esta limitación en el ejercicio de la acción de Amparo nos merece la siguiente opinión: si la defensa de los derechos ecológicos, al igual que determinados derechos del consumidor, están sustentados sobre la base del interés difuso; entonces, porque para efectos de la interposición de una acción de Amparo, en el caso de la defensa de los derechos ecológicos, las personas naturales gozan de la titularidad de esta acción de garantía constitucional sin restricción alguna; y, por el contrario, para la defensa de los intereses difusos de los consumidores las personas naturales se encuentran tan seriamente limitadas.
- Esta contradicción se agrava si consideramos esta limitación en el contexto de una economía social de mercado, donde los agentes económicos, entre los que se cuentan a los consumidores, deben gozar de los mecanismos legales necesarios y eficaces para defender sus derechos, sean estos de interés personal o difusos.
- Asimismo, y con la finalidad de lograr mecanismos de mayor agilidad en la tutela de los derechos protegidos por la acción de Amparo, las asociaciones de consumidores, en especial, y otras instituciones públicas o privadas que estén en capacidad de defender los derechos de los consumidores, deben gozar de la posibilidad de interponer estas acciones sin necesidad que el INDECOPI los faculte expresamente.¹⁴⁸ Pues la finalidad de las acciones de garantía constitucional es la protección inmediata de los derechos consagrados por la Constitución Política, objetivo que sería imposible conseguir en la medida que el

¹⁴⁸ Por Resolución de Directorio 074-2003INDECOPI-DIR del 18 de Julio de 2003 se aprobó la Directiva 001-2003 INDECOPI-DIR , relativa a la intervención de las asociaciones de consumidores en los procedimientos administrativos ante la Comisión de protección del Consumidor y demás órganos funcionales del INDECOPI, ratificando su legitimidad para obrar en la vía administrativa ante la institución , previa inscripción en el registro de asociaciones de consumidores del INDECOPI.

procedimiento se encuentre obstaculizado por requisitos excesivos e innecesarios.

- En efecto, la ciudadanía organizada debe tener la legitimidad procesal suficiente para defender directamente sus derechos cuando son lesionados o estén en peligro de ser vulnerados, sin necesidad de intermediarios; tal como sucede en otras legislaciones, como por ejemplo la española, cuya Ley General de Consumidores y Usuarios otorga legitimidad procesal suficiente a las asociaciones de consumidores para defender este tipo de derechos de interés difuso.
- Esta propuesta también ha sido estudiada en la doctrina Argentina en virtud del artículo 43 de su constitución donde se prevé la acción de amparo siempre que no exista otro medio judicial más idóneo contra todo acto u omisión de autoridad pública o de sujetos privados que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace derechos o garantías reconocidos por la constitución o contra cualquier forma de discriminación en lo relativo a los derechos que protegen al usuario y al consumidor. Igualmente el artículo 81 y 91 del Código brasileiro establecen la llamada defensa del consumidor en juicio, de manera que este es un tema que tiene aceptación en algunas leyes de la región.

7. LA ACCIÓN COLECTIVA O CLASS ACTION

Estas acciones tal y como se conciben en Norteamérica son un medio eficaz para la resolución de conflictos originados por daños a los intereses difusos, pero en nuestro medio, a pesar de estar regulados, normados y descritos, no poseen la fuerza necesaria para resolver los conflictos derivados

de dichos daños, ya que, encuentran en su camino poderosos conceptos jurídicos, difíciles de superar, en sistemas tan legalistas como el nuestro, donde no se le permite al Juez Civil optar por una posición justa sino legal.

La denominada Acción de clase o Acción de Categoría es una forma asociativa de presentar un reclamo o una denuncia frente a un perjuicio o posible daño ocasionado por un prestante de servicios, por destrucción total o parcial del medio ambiente o por defender intereses sociales de tal importancia que su conservación no puede apreciarse en dinero, estamos hablando entonces de los llamados intereses difusos.

Los intereses difusos son una categoría de Derecho que nos embiste a los miembros de una sociedad. Si embargo en nuestro esquema legal tenemos interés pero no legitimidad para obrar y tener la posibilidad de poder reclamar la conservación, protección, permanencia y duración de ciertos bienes inestimables en dinero y que por ser de esa naturaleza se engloban en los llamados Intereses Difusos y que nos pertenecen a todos, si queremos ser estrictos en su difusión.

Los intereses difusos forman parte de nuestro ordenamiento legal y en efecto, el Código Procesal Civil en su artículo 82 nos expresa que: “interés difuso es aquél cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes o valores culturales o históricos, o del consumidor”.

Esta definición de interés difuso nos indica el verdadero sentido del legislador al definirlo, ya que pone de manifiesto su preocupación por dar titularidad a un conjunto indeterminado de personas para poder reclamar por ellos, pues como decíamos líneas anteriores, son bienes de inestimable valor patrimonial, cuyo disfrute y cuidado le corresponde a la sociedad en pleno o agrupada en asociaciones de defensa para poder juntos crear los mecanismos necesarios para que éstos no sufran menoscabo alguno. Decimos interés para

obrar¹⁴⁹ y no Legitimidad para obrar pues en la segunda parte del artículo 82 nos dice: “Puede promover o intervenir en este proceso, el Ministerio Público y las asociaciones o instituciones sin fines de lucro que según la ley o el criterio del Juez, ésta última por resolución debidamente motivada, estén legitimados para ello”.

Entonces encontramos el problema de la Legitimidad para Obrar, y decimos problema por que es una situación procesal de indudable cumplimiento, sin el cual carecemos de facultad o estamos impedidos de ejercer un derecho, ya que, éste se frustraría y no podría hacerse valer por no tener la condición de la Acción más importante en el Derecho Procesal, es un problema de amplio estudio por parte de la doctrina extranjera y en materia de consumidores el problema se profundiza, porque todos los preceptos legales se encuentran trabados por este requisito sustancial sin el cual es imposible hacer andar la Justicia Civil.

Así nos encontramos que en Perú, la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (ASPEC) solamente actúa en el ámbito administrativo, que es sancionador de las conductas contrarias a una buena prestación de servicios, que atenten contra los destinatarios finales de esta prestación que son los consumidores. Pero no nos desviemos del tema y centrémonos en la discusión la Legitimidad para obrar en el Poder Judicial, esto debido a que luego de la sanción que aplican los entes administrativos no es posible reclamar por esa vía, una indemnización, pues los órganos administrativos no están facultados para ello, y si la conducta causó daño, éste tendrá que ser resarcido patrimonialmente solo a través de una resolución judicial derivada de un proceso regular en el Poder Judicial quien será el que ordene de manera contundente, cuál será el monto dinerario a que equivale el daño.

Este es el problema que afronta ASPEC y por eso no es común que esta

¹⁴⁹ El interés para obrar es una condición de acción que nos confronta a una necesidad Legítima de reclamar.

asociación actúe en el Poder Judicial, por el problema de la Legitimidad para Obrar, la asociación no escapa a esta orden procesal y necesita poder expreso y notarial para poder defender en proceso a los consumidores asociados en ASPEC, pues sin él, no estarían legitimados para enfrentar un proceso, aquí se clarifica el problema, ASPEC siendo una asociación de consumidores autorizada por la Ley para asumir la defensa del consumidor y demás actividades descritas en sus estatutos ¹⁵⁰ y sólo es capaz de ejercer función en los entes administrativos que resuelvan los problemas de los consumidores, pues las constantes resoluciones judiciales dan cuenta que una Asociación de por sí, es decir, asumiendo la afectación del daño, no puede representar al sujeto o sujetos perjudicados sin que ellos entreguen un poder expreso, esto en derecho se denomina: ser parte de la Relación Jurídica Sustantiva para así poder ser parte de la Relación Jurídica Procesal.

Esta tendencia de legitimación rompe el esquema tradicional de la legitimación en el Derecho Procesal, que pasa por conjugar técnica, jurídica y adecuadamente las novedades resultantes de esta nueva legitimación colectiva con las denominadas formas clásicas de tutela que conceden la representación de los intereses públicos o sociales tanto al Ministerio Público como a otras entidades, lo que implica una correcta combinación de medios tutelares y cobertura jurídica.

Es esta la razón que empuja a preguntarse cuál es la solución a practicarse para poder de manera efectiva hacer que las asociaciones de consumidores puedan verdaderamente defender bienes tan importantes como los enunciados o proclamados como intereses difusos.

7.1 El Problema de la Legitimidad para Obrar en la Class Action

Cuando comencemos a esbozar una definición de *CLASS ACTION*, dijimos que ésta era posible, en nuestro caso, cuando dirigíamos nuestros

¹⁵⁰ El objetivo fundamental de ASPEC es informar, promover y defender los derechos e intereses de los consumidores de nuestro país, ASPEC, RR.PP. ficha 17279

reclamos ante las autoridades administrativas para que éstas sancionen, pecuniariamente y de manera definitiva a los actos que vulneran los llamados intereses difusos, y es que a diferencia de la *CLASS ACTION* de Estados Unidos, nuestra acción de clase carece de fuerza legal cuando pretendemos el resarcimiento del daño o la cesación de la conducta atentatoria contra el derecho del consumidor de manera judicial, porque las asociaciones sin un poder expreso otorgado por el afectado no conseguirá siquiera que un auto declare admitida la demanda, y si la obtiene, una excepción (Excepción de falta de Legitimidad para Obrar), terminaría por declarar nulo todo lo actuado y concluir el proceso.

Ya lo señalaba el maestro Chiovenda al definir las condiciones de la acción como las condiciones necesarias para obtener una resolución favorable¹⁵¹. Distinguiéndolas de los presupuestos procesales, que son “las condiciones necesarias para que se consiga un pronunciamiento cualquiera favorable o desfavorable, sobre la demanda”, el profesor Luis Loreto da un concepto que coincide con nuestra legislación y la que nos parece a más acertada: “...porque en realidad, la falta de la Legitimidad para Obrar, obliga al órgano Jurisdiccional a negar el derecho a la persona que acciona, sin tener que analizar la pretensión misma”¹⁵², así es como las asociaciones civiles se ven mutiladas en su función de representar a la colectividad asociada en sus derechos vulnerados, porque así lo establece el tenor del Art. 82 del Código de Procedimientos Civiles (C.P.C).

Un análisis minucioso nos demuestra que las a las asociaciones se les legitima para tener interés y no para actuar en nombre propio asumiendo la afectación ante los Tribunales, y por qué decimos esto, sencillamente porque el Art. 82 del C.P.C dice que pueden intervenir las asociaciones en el proceso cuando sean autorizados por Ley o por decisión del Juez.

¹⁵¹ Chiovenda, Giuseppe. Ensayos de Derecho Procesal Civil, Tomo I, Buenos Aires,. Producción de Santiago Sentís Malendo,

¹⁵² Loreto, Luis. Estudios de Derecho Procesal Civil, contribución al estudio de la Excepción de Inadmisibilidad por falta de cualidad, Caracas, Editorial Sucre, 1956

La Ley en nuestro país no ha autorizado como parte de una Relación Jurídica Procesal a ninguna asociación para intervenir en procesos, es decir, no las ha legitimado para obrar. Este es el problema de ASPEC, que culmina sus actividades a nombre de la colectividad asociada, ante el órgano administrativo; y en referencia a la legitimación para obrar por parte del Juez, ésta no se ha dado lo que si procede es facultarlos a intervenir como testigos, como opinantes en el caso sometido a proceso, y nos referimos a una opinión técnica.

Este es el nudo de muchas legislaciones y que pasaremos a describir para entender que los sistemas tan legalistas como el nuestro afrontan los mismos problemas y en el fondo en vez de proteger al consumidor muy por el contrario lo desprotegen. Particularmente creemos que este es un vacío en el actual sistema legal de protección al consumidor que debe ser resuelto para que las normas tengan vigencia social y no se encuentren desarraigadas de la realidad a la que paradójicamente pretenden regular.

Es hora que el Derecho avance hacia nuevos planteamientos que proporcionen a la sociedad de consumidores imágenes y motivaciones nuevas para que sintamos que estamos frente a una estructura legal de base real y no simplemente teórica y positivista que no nos abre causas viables para poder defender nuestros derechos y con ello nuestra dignidad como ciudadanos consumidores y protagonistas del mercado a quien le damos vida a través de nuestros actos jurídicos de compra.

Para que la legislación sea verdaderamente protectora se tendrá que legitimar a las asociaciones, pero para ello se tendrían que modificar y ampliar conceptos que en Derecho son tan rígidos y tan importantes que originarían controversias de tal magnitud que producirían un cisma procesal y judicial.

En España como nos describe María Ángeles Parra Lucán¹⁵³, la doctrina

¹⁵³ Parra Lucán, Ma. Angeles "Daños por productos y protección del consumidor". Barcelona, José María Bosch, 1990

española que se ha ocupado del problema de los intereses difusos ha puesto de relieve la necesidad de ampliar el concepto de interés. De una parte se pone de relieve como la Constitución contiene normas que protegen intereses sociales de grupo (el Art. 9.2, con carácter general, para los “grupos” en que se integra el individuo) Por eso, y con anterioridad a la promulgación de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) la doctrina entendió que el Art. 24 de la Constitución permitía interpretar el Art. 9.2 de forma tal que permitiera admitir una legitimación amplia, que atribuya a una persona la representación para actuar en nombre e interés de todos los afectados aunque éstos no litiguen.

Pero la promulgación de la LOPJ renueva un viejo concepto procesal la legitimidad para obrar en un litigio, esa capacidad que debe tener un recurrente para accionar los órganos judiciales de nuestra legislación, este extremo es la legitimación para defender intereses difusos, es decir la legitimación a una persona para poder interponer a nombre de la colectividad una demanda que busque la reparación de un daño o la cesación de un acto perturbatorio para el disfrute de intereses colectivos, pero analicemos la cuestión planteada:

El paralelo de la acción inhibitoria italiana serían las medidas cautelares, reguladas en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Además del embargo preventivo, de las medidas cautelares previstos para casos concretos y las establecidas en relación con las personas La Ley del Enjuiciamiento contiene en su Art. 1428, tras la reforma de 6 de agosto de 1984 y mantenida en la Nueva Ley del 5 de enero del 2000, una autorización genérica al Juez para que acuerde medidas de cautela que se adecuen a cada caso concreto. Ahora bien la aplicación de esta norma, que podía prometer, así en abstracto, con buen número de posibilidades a favor de la iniciativa de un consumidor individual en relación al cumplimiento por parte de los empresarios de las exigencias de seguridad, plantea, sin embargo, muchas dificultades en esta materia.

En efecto, todas las medidas cautelares tienen en común el estar encaminadas a evitar el peligro que para una futura ejecución represente la

propia existencia de un proceso declarativo, es decir, que toda medida cautelar existe solo en función de una posterior y eventual medida ejecutiva. La pregunta que se formulan los doctrinarios es: ¿cuál es la demanda que debería interponer el consumidor para obtener una sentencia en que se condena a retirar un producto del mercado, o a exigir el cumplimiento de determinada norma de seguridad?. Se plantea aquí un problema de legitimación, en relación al cual posiblemente había que decir que el hecho de que el legislador haya tenido en cuenta la necesidad de señalar los casos en que el individuo puede ser exponente de intereses no exclusivamente personales, hace pensar que, sin una expresa regulación normativa no es posible llegar a una interpretación que permita al individuo defender intereses colectivos.

En sentido contrario a esta interpretación de que deba señalarse taxativamente en una ley los casos en que una persona pueda entablar demandas colectivas es Oberto¹⁵⁴, quien ha intentado acercar el concepto de interés colectivo al de interés legítimo, y a través de él cree que debe reconocerse legitimación procesal para controlar el ejercicio de poder por parte del productor que se haya excedido de los límites de su propio derecho subjetivo.

Sin embargo, el problema en sí es reclamar el resarcimiento del daño, del perjuicio, pues existe normatividad para hacer efectiva la cesación de determinada práctica realizada por un productor, por ejemplo la Ley, General de Publicidad de España del 11 de Noviembre de 1988 complementado el Art. 8 de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios de España, regula la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios, las personas naturales o jurídicas que resultan afectadas y, en general, quienes tengan un derecho subjetivo o un interés legítimo podrán solicitar del anunciante la cesación o, en su caso, la rectificación de la publicidad ilícita.

Hasta aquí existe una similitud con nuestra legislación sobre Publicidad,

¹⁵⁴ Oberto, G. , Aspetti processuali della tutela del consumatore, en Quadimestre. Revista Española de Justicia 1989

Decreto Legislativo 691, Ley de Publicidad Comercial en Defensa del Consumidor, pero no va más allá de la cesación, sin embargo el derecho colectivo o la acción colectiva *Class Action* norteamericana permite cesar el daño y repararse económicamente el mismo en un solo acto, permite indemnizar a todos los afectados por un mismo hecho y por una misma compañía, empresa o prestador de servicios, sea cual fuere su situación dentro del proceso, es decir, se haya apersonado o no al proceso, basta con llenar una solicitud o formulario que contiene ciertos requisitos, es decir, es la panacea de la protección de los intereses difusos, cuya concepción es la aspiración de las comunidades organizadas que no tienen un common law y carecen de *Judges Maker Law*, es decir de jueces que formen nuevas corrientes de opinión y creen una nueva interpretación del Derecho, mejor aún que creen derecho con una sentencia, en nuestras latitudes el derecho es rígido y taxativo, con procesos donde las formalidades procesales tienen que cumplirse parametrando la actividad del Juez, otro problema anexo es la falta (en el caso peruano) de los plenos casatorios¹⁵⁵ que de alguna forma establezcan resoluciones vinculantes, donde al menos se daría oportunidad de crear derecho.

En Italia y España se ha presentado también este problema, aunque los Tribunales Supremos españoles están evolucionando en esta situación jurídica pues han unido 2 pretensiones o mejor dicho anexan a la pretensión principal la indemnización, de esta manera se van acercando a la class action norteamericana que cesa el acto y lo repara, así resolvió el Tribunal Supremo español (22 de diciembre de 1952) donde al desestimar un recurso de casación resuelve en el sentido que la indemnización es una consecuencia de un acto antijurídico y va unido a ella, pues sería ilógico pensar que se impone por un acto tolerable, es decir, el reclamo fue por haber resuelto más allá de lo pedido, pero los supremos españoles establecieron que ambas pretensiones son una por ser una consecuencia de la otra.

¹⁵⁵ Están previstos pero no se han realizado Plenos Casatorios en el Perú.

En Francia, en relación a la *Class Action* ejercitada por asociaciones, el artículo 46 de la Ley de 27 de diciembre de 1973, permitía a las asociaciones de consumidores ejercer una acción civil por los hechos que causaban un perjuicio directa o indirectamente al interés colectivo de los consumidores. La acción del artículo 46 podía utilizarse por las asociaciones con el fin de exigir la cesación de una práctica ilícita, tendiendo a evitar un perjuicio futuro (naturaleza preventiva) En este sentido, la puesta en venta y difusión de un producto defectuoso o peligroso sin las precauciones necesarias son atentados al interés colectivo de los consumidores, pero, en la práctica las asociaciones pocas veces ejercieron acciones exigiendo la cesación de actos lesivos y, además, la Corte de Casación excluyó la posibilidad de que las asociaciones de consumidores actuaran ante los tribunales en ausencia de una infracción penal.

En la actualidad, la Ley Francesa del 5 de enero de 1988 relativa a las acciones de justicia de los consumidores, establece que sólo pueden actuar para la reparación de un perjuicio colectivo, cuando exista un infracción penal y la asociación puede acumular su recurso al planteado por un consumidor para apoyar su pretensión de reparación de daños (artículo. 5º)¹⁵⁶ y ejercitar, por propia iniciativa, una acción para la supresión de una cláusula abusiva contenida en los contratos propuestos a los consumidores (artículo 6). De este modo resulta que el ejercicio por parte de una asociación de una acción “ en cessation”, por la que se solicita la retirada de un producto defectuoso, sólo es posible cuando se trate de una infracción penal.

En el caso francés confluyen 2 situaciones:

La primera, es que desde 1973 hasta 1988 las asociaciones de consumidores estaban legitimados para ejercer acción civil por hechos que causaban perjuicios al consumidor, pero esta facultad nunca fue ejercida y,

¹⁵⁶ En nuestra legislación, Código Procesal Civil 1993, el art. 60 se faculta una situación similar como es coadyuvar en la defensa de un proceso ya iniciado cuando se tenga interés en su resultado, sin necesidad de acreditar derecho propio o interés directo en la materia discutida.

La segunda: es que la Corte de Casación excluyó la posibilidad de que las asociaciones de consumidores actuarán ante los Tribunales en ausencia de una infracción penal. La legislación francesa limita el ejercicio de la acción a la condición de que el hecho dañoso cause u origine una infracción penal.

Nuestra legislación no tiene ese sentido, al contrario parametriza el accionar de las asociaciones de consumidores pues el Artículo 4 del Decreto Legislativo 716, Ley de Protección del Consumidor, en su segundo párrafo dice que su representación se limita a sus asociados y a las personas que hayan otorgado poder en su favor para que puedan interponer a nombre de ellos denuncias y reclamos ante las autoridades competentes.

Nuestra legislación no condiciona a que la intervención sea siempre y cuando el hecho ocasione una infracción penal, pero recalca que las asociaciones representan solo a sus asociados y a las personas que les otorguen poder¹⁵⁷, la legitimidad para obrar, presente en estas líneas del texto legal, limita a que realmente las asociaciones actúan en los casos o agravios que envían sus asociados o las personas que les otorgan poder, lo que es discordante con la "Class Action" norteamericana donde al presentarse el caso agravante, los tribunales publican un anuncio en los medios de comunicación más importantes para que todo aquel que tenga un conflicto o problema similar se unan a la demanda y así evitar resoluciones dispares, pero si no se unen al caso puede de todas maneras participar en la indemnización, solo le basta apersonarse en la sentencia al Tribunal de Ejecución.

En el Perú la asociación más representativa que podría tomar el liderazgo para promover y desarrollar la *Class Action* es la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (ASPEC), una asociación civil conformada por ciudadanos de diferentes profesiones que unidos forman un órgano de apoyo y ayuda a todo aquel que se afilia a su institución, además de ser organismo de

¹⁵⁷ Para ser asesorado por ASPEC se debe pagar S/ 5.00 soles mensuales y para ejercer una acción se debe pagar un año completo.

consulta a nivel técnico. Como asociación cumple un rol importante y está constituida de acuerdo al Código Civil peruano como asociación civil sin fines de lucro, inscrita en el Registro de Asociaciones de los Registros Públicos de Lima en la ficha 17271; goza de exoneración del pago del impuesto a la renta según Resolución N° 02350104891 de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria SUNAT y también esta reconocida como “Asociación de Consumidores” por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual INDECOPI según constancia N° 006 – 96 – RAU – ST de fecha 20 de Agosto de 1996, inscrita en el Registro de Organizaciones No gubernamentales de Desarrollo Receptora de Cooperación Técnica Internacional (ONG Perú) de la Presidencia del Consejo de Ministros según resolución de Secretaria Ejecutiva N° 101 – 2002 /PCM-Sec. Del 17.03.2000.

Esta es la radiografía institucional de ASPEC lo que equivaldría a una partida de nacimiento y más aun a un Documento Nacional de Identidad, por todas estas formalidades con las que actúa podemos saber que su interés es servir a la comunidad y no confabularse eventualmente con entes poderosos, grandes comerciantes o industrias transnacionales que con sus grandes capitales podrían influir en su desenvolvimiento, es importante saber también que el Estado tiene a su disposición todos los elementos informativos para poder controlar a ésta y a otras instituciones similares, de similar objetivo, y así lo creen en todas las ciudades y Estados Europeos por ejemplo, en Francia, donde la regulación de las acciones que pueden ejercer las asociaciones de consumidores en defensa de los intereses generales de éstos exige que aquellas sean “Associations agréés”, esto es, sujetas a una suerte de control estatal, en otros países también se exige que las asociaciones aparezcan registradas¹⁵⁸, con el fin de evitar que en nombre de la defensa del consumidor, puedan ocultarse otros intereses.

Nos parece adecuado este control a las asociaciones, pues ellas tienen

¹⁵⁸ Según el Art. 2 de la Directiva 001-2003 INDECOPI-DIR las asociaciones de consumidores para poder intervenir en procedimientos administrativos ante la Comisión de Protección del Consumidor o cualquier otro órgano funcional del INDECOPI deben previamente inscribirse en el registro de asociaciones de la institución, caso contrario, no podrán actuar. La inscripción es gratuita.

por su naturaleza un relativo poder frente a la opinión pública, pues todos de alguna manera somos consumidores y bajo este precepto somos muchos los que nos sentimos afectados cuando se produce un abuso contra el consumidor. Las asociaciones, siguiendo el orden lógico, podrían desencadenar en organizaciones que tendrían el dedo listo para matar o vivir al estilo del circo romano, contra toda empresa que no comulgue con sus objetivos. Y es que el poder es malo por naturaleza y necesita control, ese control es ejercido por el Estado, quien puede actuar en cualquier momento porque tiene la información necesaria de la asociación que no se dedique a sus fines.

Después de estudiar el tema podemos establecer con validez los razonamientos siguientes:

1) Las Acciones de Categoría tal como se conciben en Norteamérica, son un ejemplo que deberían procurar nuestras legislaciones, y al decir nuestras legislaciones nos referimos al sistema jurídico latinoamericano, que de alguna manera es el que nosotros conocemos, mientras las legislaciones no sean más flexibles en cuanto al trato a las asociaciones de consumidores (su legitimación por sobre todo), habrá una desprotección efectiva, pues es como tener el fusil, pero no las balas.

2) La legitimidad para obrar es una condición de la acción de ineludible cumplimiento, que nos enfrenta al hecho de poder o no poder acceder a la justicia y como apunte la doctrina, la Legitimación es la capacidad, porque sólo se podrá acceder a la Justicia si se tiene un interés legítimo, cuando se hayan vulnerado sus derechos o hubiera razón para pensar que pudieran ser conculcados.

3) En Europa como en América Latina se presenta este problema, de alguna u otra manera ésta apunta a una falta de medios para un efectivo actuar de parte del consumidor o de un grupo asociado en defensa del consumidor.

Se le ata, se le dan caminos trancos que no protegen al consumidor porque se le calla la única voz que puede resonar ante la justicia.

Con referencia a las asociaciones

4) Las Asociaciones de consumidores son en síntesis el medio más eficaz de equilibrar el poder del empresario, frente al consumidor. Esa desproporción originaria de un empresario frente al consumidor individual se atenúa con la figura de las asociaciones de consumidores que hoy se le reconoce aunque medianamente una legitimación para obrar como parte en el proceso, el interés para obrar que ya hemos analizado en la estructura del trabajo. Nos parece un gran avance el reconocimiento de las asociaciones para defender intereses difusos, y además de reconocimiento darles apoyo para poder promover cuestiones referentes a los derechos de los consumidores. Además que el Estado puede controlarlas. Es un gran avance.

Con referencia a las personas:

5) Las acciones de categoría evitan la desproporción de poder entre empresarios y consumidor, son equilibrantes de ese poder que pueden tener los grandes empresarios, si los comparamos con el Derecho Laboral, éstas asociaciones vendrían a ser los sindicatos que tutelan los derechos de los trabajadores, pero en el caso de las acciones de categoría o "Class Action" sería una coalición formada por un grupo de consumidores que luego de obtener una resolución (favorables o desfavorable) se desintegra como grupo, pero siguen llevando consigo el status de parte en una "Class Action".

6) Lo que nuestra legislación debería regular y nos parece imprescindible, son los llamamientos públicos, que suceden en las "Class Acción " norteamericanas, es decir mediante los medios de comunicación masivos, se convoca a los afectados por un producto o afectados en un interés difuso, para que se unan a la causa, dándole así más presencia al grupo. Y

esto es importante porque dan la oportunidad a todos los afectados de plegarse al reclamo, porque muchos por estar en puntos distantes no se enteran que se ha iniciado una acción de categoría donde pueden reclamar el daño originado y pedir la indemnización debida. Garantiza una participación efectiva de todos los afectados.

7) Queremos concluir esta parte citando a Gabriel A. Stiglitz que en su libro "Protección Jurídica del Consumidor"¹², trata de la eficacia de la función estatal de administración de la justicia: Requiere así mismo, nos dice, la flexibilización de todas las estructuras básicas del proceso.

8) En síntesis una tendencia hacia su simplificación, que coherentemente signifique aceleración (incluso mediante la proliferación de procedimientos de urgencia) y abaratamiento, presupuesto de la garantía de la defensa de los derechos a todos los habitantes, hoy desconocida por la actual desigualdad de hecho de raíz económica y para superar el problema de la legitimidad urge el abandono de la rigidez Jurisdiccional, agregamos, abandono de la rigidez legal para que no se encasillen las prerrogativas accionables de los individuos, en la esfera inflexible del derecho subjetivo¹³.

Es de esperar entonces el alejamiento de aquellas pautas estrictamente individualistas (en cuanto a daños difusos), inadecuadas para la solución valiosa de los actuales conflictos que genera la masificación propia de la sociedad de consumo.

El desarrollo del Derecho del Consumidor requiere del aporte de otras disciplinas jurídicas como el Derecho Procesal para dotarlo de las herramientas legales que le permitan extender su radio de acción en cuanto a a protección de los derechos y en este sentido es necesario dotarlo de normas de que viabilicen en el plano jurisdiccional una solución rápida y efectiva de los

¹² Stiglitz, Gabriel A. "Protección Jurídica del Consumidor", Buenos Aires 2ª. Ed. Depalma, 1990

¹³ Barbose Moreira, José Carlos, "La legitimación para la defensa de los intereses difusos en el Derecho Brasileño. (Traducción del portugués del Doctor Augusto Mario Morello) en "JUS", Revista Jurídica de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, 1983, N° 34, p. 69

reclamos judiciales derivados de la violación de los derechos del consumidor.

8. EL ARBITRAJE Y LA CONCILIACIÓN COMO MEDIOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN MATERIA DE CONSUMO

El arbitraje en general es el sometimiento de un litigio a un árbitro cuya decisión o laudo es aceptada como obligatoria por las partes.

La producción en masa y el fenómeno del consumo tiene un gran incidencia en la transformación histórica en la esfera del Derecho Procesal y por ello es acertado decir que hoy en día la sociedad de consumidores presiona las normas clásicas de las instituciones procesales. En este sentido el Estado que tiene como una de sus funciones el velar por los derechos de sus ciudadanos, para decidir los conflictos e incertidumbres jurídicas de las personas ha estructurado los órganos jurisdiccionales, para que éstos decidan las controversias y fomenten de esa manera el bien común por medio de la paz social y es ante dichos órganos que los ciudadanos deben presentar sus solicitudes y reclamaciones a través de las llamadas demandas o denuncias que no son sino la expresión técnico-jurídica del derecho de acción y de tutela jurisdiccional efectiva de todo ciudadano.

De manera que en principio la resolución de conflictos suscitados entre los particulares los resuelven los tribunales de justicia, no obstante los particulares pueden además solicitar la pertinente tutela ante otros mecanismos resolutivos de carácter privado previstos en el ordenamiento jurídico y cuya jurisdicción está incluso reconocida constitucionalmente. Así por ejemplo, mediante el arbitraje las partes someten sus diferencias ante un órgano distinto del poder judicial, pero con validez legalmente reconocida para decidir controversias entre las personas.

En este contexto las relaciones entre consumidores y proveedores de los distintos sectores del mercado (suministradores de bienes, servicios y actividades) son susceptibles de ser englobadas en el ámbito de los contratos típicos como la compraventa o arrendamiento y en atención a tal calificación las controversias de dicha relación pueden ser ventilada ante tribunales arbitrales, toda vez que las normas procesales aplicables de forma general a todas las reclamaciones de daños y perjuicios no son adecuadas para decidir situaciones derivadas directamente de actos de violación de los derechos del consumidor.

Por ello el arbitraje de consumo se constituye como una de las alternativas más adecuada, porque el consumidor como protagonista del mercado y como centro de referencia de todas las legislaciones del mercado, necesita una vía rápida, sencilla, y en otros casos gratuito para solucionar sus diferencias en materia de consumo, para hacer efectivos y reales los derechos de los consumidores.

El Artículo 139 inc I del segundo párrafo de la Constitución Política del Perú señala que la jurisdicción arbitral, junto con la militar y civil, son las 3 jurisdicciones que dicha carta magna las reconoce como independientes. De esta manera, la Constitución reconoce al arbitraje como una institución importante.

La jurisdicción arbitral está legislada por la Ley N° 26572 del 5 de enero de 1996 (Ley General de Arbitraje) Establece la posibilidad de someter a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen la facultad de libre disposición, así como aquellas referidos a materia ambiental.

Es preciso señalar que existe hoy en día toda una corriente de opinión que favorece el arbitraje de consumo, sobre todo en aquellos países donde no se ha establecido una jurisdicción especial para las reclamaciones judiciales

derivadas de actos de consumo. Además hoy se trata de desjudicializar muchas situaciones que pueden ser resueltas entre las propias partes o través de árbitros nombrados de común acuerdo.

El arbitraje puede ser de derecho o de conciencia. Es de derecho cuando los árbitros resuelven la cuestión controvertida con arreglo al derecho aplicable. Es de conciencia cuando resuelven de acuerdo a sus conocimientos y leal saber y entender.

Todo lo indicado lo establece la Ley General de Arbitraje. Pero debemos notar que este arbitraje es en general, ya que en el Perú no hay un sistema de arbitraje de consumo en sí. Cabe resaltar que algunas instituciones como ASPEC, Asociación de Comerciantes de Gamarra, etc. están proyectando la presentación de un sistema de arbitraje de consumo, tal como lo hay en Argentina y España. Su principal fundamento de dichas instituciones para la presentación del citado proyecto particular, es que el arbitraje en general se le analiza y se decide desde un punto de vista jurídico, mas no económico. Es decir, establecen que para tomar una decisión en un arbitraje de consumo, se debe tener una noción económica, y a la par jurídica.

Muchos juristas definen al Derecho de la Competencia como la rama del Derecho que tiene nociones económicas. Es debido a esto que se plantea un sistema de arbitraje del consumo independiente del arbitraje en general, tanto es así que la propia Ley de Protección del Consumidor en su artículo 38 establece la posibilidad de establecer un arbitraje de consumo. En efecto, la Comisión de Protección al Consumidor, en coordinación con el directorio del INDECOPI, pueden establecer directamente o mediante convenios con instituciones públicas o privadas, mecanismos alternativos de resolución de disputas del tipo de arbitraje, mediación, conciliación o mecanismos mixtos, que, mediante procedimientos sencillos y rápidos, atiendan y resuelvan con carácter vinculante y definitivo para ambas partes las quejas o reclamaciones

de los consumidores o usuarios, sin perjuicio de las competencias administrativas.

En este sentido, el acta que contiene un acuerdo celebrado entre consumidor y proveedor en virtud de los mecanismos señalados en el párrafo precedente constituye Título Ejecutivo conforme a lo dispuesto en el Artículo 693° del Código Procesal Civil. El laudo arbitral firme emitido en virtud de los mecanismos señalados en el párrafo precedente constituye Título de Ejecución conforme a lo señalado en el artículo 713° del Código Procesal Civil.

Además sin perjuicio de la validez de los acuerdos o laudos celebrados o emitidos en virtud a los mecanismos antes señalados, la Comisión podrá iniciar de oficio un procedimiento conforme a su competencia si considerase que los hechos materia del acuerdo o laudo afectan intereses de terceros.

El incumplimiento de un acuerdo o laudo celebrado entre consumidor y proveedor constituye una infracción a la Ley de Protección del Consumidor y si el obligado a cumplir con un acuerdo o laudo no lo hiciera, se le impondrá automáticamente una sanción de hasta el máximo de la multa permitida, y si aún así el obligado persiste en el incumplimiento, la Comisión podrá imponer una nueva multa duplicando sucesiva e ilimitadamente el monto de la última multa impuesta hasta que se cumpla con la medida cautelar o la medida correctiva y sin perjuicio de poder denunciar al responsable ante el Ministerio Público para que éste inicie el proceso penal que corresponda. Esta es sin duda una herramienta que potencia el la solución de controversias a través de los métodos alternativos de solución de conflictos y por ende el desarrollo del sistema de protección del consumidor

Es preciso señalar además que existe hoy en día toda una corriente de opinión que favorece el arbitraje de consumo, sobre todo en aquellos países donde no se ha establecido una jurisdicción especial para las reclamaciones judiciales derivadas de actos de consumo. Además hoy se trata de

desjudicializar muchas controversias e incertidumbres jurídicas que pueden ser fácilmente resueltas por las propias partes interesadas con la presencia de un mediador o a través de árbitros nombrados de común acuerdo, por lo que es preciso complementar la legislación del consumo en este sentido.

8.1 E I S ervicio de Atención al C onsumidor del I NDECOPI com o Sistema de Mediación en las Reclamaciones de Consumo

El Servicio de Atención al Consumidor, más conocido como el “SAC” así como las Oficinas de Servicio de Consultas y Atención de Reclamos, más conocida como “OSCAR”, forman parte de un sistema creado por el INDECOPI para escuchar en un primer momento las quejas y reclamos de los consumidores ante una eventual violación de sus derechos, a través del cual se obtiene una respuesta inmediata de los proveedores quienes se apersonan a estos servicios para establecer un primer contacto con el consumidor y poder llegar a un acuerdo para poner fin a la controversia y de llegar a un acuerdo satisfactorio se suscribe un acta, caso contrario se deja en libertad a al consumidor para que plantee formalmente su denuncia si lo considera conveniente.

Este es un sistema que en el fondo constituye una especie muy sui generis de mediación y/o conciliación de consumo porque en esta etapa ambas partes pueden exponer libremente y sin presiones sus puntos de vista sobre la eventual violación de los derechos del consumidor y pueden poner termino al entredicho mediante un acuerdo, además están siempre asistidos por un funcionario calificado del INDECOPI en materia de conciliación, el mismo que los orienta para que ambos satisfagan sus pretensiones y se promueva de esta manera una cultura de consumo que respete los derechos de los consumidores.

Por otra parte si el acuerdo suscrito por las partes es luego desconocido y el proveedor no cumple con lo acordado o no satisface los requerimientos del

consumidor a pesar de haberse obligado, la Comisión de Protección del Consumidor, puede sancionar al proveedor que se constituye ya en un infractor y es pasible de sanción según lo previsto en el Decreto Legislativo 716. De manera que ya no se requeriría de un procedimiento adicional.

Existe al respecto pronunciamientos de la Sala de Defensa de la Competencia en este sentido, en el que se establece que el acta del acuerdo conciliatorio suscrita por las partes constituye un título ejecutivo de realización inmediata, es decir que frente a un acuerdo celebrado entre un consumidor y un proveedor con el objetivo de ponerle fin a un conflicto de intereses, originado por la prestación de un determinado servicio por parte del segundo, no existe asunto alguno por discutir o cuestionar, simplemente resta verificar el incumplimiento del acuerdo conciliatorio y de ser el caso, imponer las multas a que hace referencia el artículo 38 del Decreto Legislativo 716 Ley de Protección del Consumidor, con la finalidad de lograr una coerción indirecta tendente a conseguir el efectivo cumplimiento de los acuerdos adoptados en el mencionado acuerdo conciliatorio.

El artículo 38 establece que la Comisión está facultada para duplicar sucesiva e ilimitadamente el monto de la última multa hasta que se cumpla con la medida cautelar o medida correctiva ordenada.

La Sala ha considerado que a través de una interpretación sistemática e inclusive agregaríamos teleológica, debe entenderse que la citada norma incluye también a los acuerdos conciliatorios dentro de los supuestos de incumplimiento en los cuales la Comisión de Protección del Consumidor puede ejercer las facultades antes indicadas, toda vez que el artículo 38 se refiere en sus tres primeros párrafos a los acuerdos conciliatorios. Esta interpretación tiene lógica porque el acuerdo conciliatorio contiene mandatos a los cuales las propias partes se han sometido voluntariamente y sería un despropósito volver a debatir lo mismo ante la autoridad administrativa, por lo tanto lo que queda es

ejecutar dicho acuerdo aplicando los apercibimientos que establece la ley en el caso de incumplimiento.

En este caso la actuación de la autoridad administrativa tiene carácter ejecutivo y como tal no admite apelaciones respecto de las actuaciones destinadas a lograr la ejecución de la prestación debida.

Nos encontramos con la fuerza vinculante del acuerdo conciliatorio que permitiría al órgano administrativo del INDECOPI ejecutar lo acordado y eventualmente sancionar al proveedor que incumple una prestación ofrecida y acordada de mutuo acuerdo con el consumidor. Este procedimiento equivaldría a la ejecución del laudo en el arbitraje tradicional.

Cabe precisar también que se estarían cumpliendo con los principios que informan el sistema de arbitraje de consumo, como son: rapidez, simplicidad, gratuidad, voluntariedad, carácter vinculante y ejecutivo, entre otros

En esta parte de la tesis estudiaremos el sistema de arbitraje de consumo de España y el sistema de arbitraje de consumo de Argentina veremos además como se promueven las reclamaciones de consumo en algunos países de la Unión Europea, para conocer como se legisla este tema en otras realidades y tener elementos de juicio que en el futuro nos permitan hacer un estudio de cómo podremos establecer dicho sistema en nuestro país.

8.2 Modelo de Arbitraje de Consumo en la Legislación Española

El arbitraje de consumo, prefigurado en cierto modo por el artículo 51 de la Constitución Española y desarrollado más tarde por las Disposiciones Adicionales Primera y Segunda de la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988, es en principio una institución de naturaleza contractual y de Derecho

Privado, al indicar que “el sometimiento de las partes al sistema arbitral será voluntario y deberá constar expresamente por escrito”.

Aparece, por tanto, en principio el arbitraje de consumo como un contrato en sentido amplio, es decir, como un acuerdo de voluntades, formal y de Derecho privado, de modo que podría definirse como “contrato por el que el consumidor o usuario, por una parte, y quien le presta bienes o servicios en cualquier régimen, por otra, acuerdan atribuir a un Colegio Arbitral, designado por la Administración competente, la obligación de resolver una controversia surgida o susceptible de surgir entre ellos, con eficacia vinculante y ejecutiva”.

Tal definición, que no tiene otra pretensión que la de describir una realidad todavía poco conocida, presupone, por tanto, la naturaleza jurídico-privada del arbitraje de consumo, con base en algunos datos jurídicos-positivos que apuntan en tal sentido, pero sobre todo porque la función de las Administraciones Públicas competentes en materia de arbitraje de consumo, ejercida como se verá a través de las Juntas Arbitrales, se limita a lo que debe calificarse como administración del arbitraje, y no constituye, en contra de lo que algún autor señala, una “actividad arbitral de la administración”, lo cual llevaría el control judicial a la jurisdicción contencioso-administrativa y variaría, no sólo la naturaleza jurídica que le es propia, sino también los principios rectores del arbitraje de consumo.

Para situarnos definitivamente en el campo del Derecho privado, y dar al mismo tiempo un paso más en la caracterización del arbitraje en general y del de consumo en particular, no está tampoco fuera de lugar aquí hacer alguna referencia a la relación del arbitraje con la jurisdicción, porque en estas nociones generales no conviene dar nada por supuesto.

En efecto, la definición propuesta, en su exagerada sencillez, omite toda referencia a la jurisdicción; conviene, pues, aclarar que con tal omisión se

presupone el carácter no jurisdiccional del arbitraje, cuestión ésta que parece ser fácil de apoyar en el Derecho positivo.

Así, la propia Constitución Española de 1978, en su artículo 117.3, deja claro, a diferencia de alguna de las Constituciones precedentes, que “el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”, y parece apoyar el carácter no jurisdiccional del arbitraje en general, afirmando la exclusiva correspondencia de tal potestad a los Juzgados y Tribunales.

Sin embargo, aunque el dato constitucional es suficiente para apartar toda veleidad contraria, no hay que olvidar que la evolución del arbitraje en el Derecho español tendió a aproximar la función arbitral, desde el esquema contractual heredado del Derecho romano, a la función jurisdiccional en busca de la ejecutividad y de la fuerza de cosa juzgada de los laudos.

El Tribunal Constitucional en su Sentencia 62/1991, de 22 de marzo, que afirmó que el arbitraje “es un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto, con todos los efectos de la cosa juzgada”, si bien se hace preciso observar que se trataba de fundamentar la competencia exclusiva del Gobierno de la Nación.

Pero hay un importante matiz en la afirmación: no es lo mismo jurisdicción que equivalente jurisdiccional, y en este equivalente jurisdiccional, que es el arbitraje, los árbitros no están en la planta judicial, ni en lo procesal están sujetos a las mismas normas que los Jueces. El proceso arbitral se rige por lo dispuesto por las partes o por las normas establecidas por el ente que administra el arbitraje, siempre con sometimiento a la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988.

En consecuencia, el laudo no puede ni debe confundirse con un acto jurisdiccional estatal, susceptible de recurso, cual si de una resolución en primera instancia se tratase. Aunque ésta haya sido nuestra tradición, y aunque la Ley de Arbitraje hable de recurso de nulidad, el laudo por su especial naturaleza es impugnado mediante una acción de nulidad.

Por lo que respecta a las clases de arbitraje de consumo, que se trata en todo caso de un arbitraje formal, en el que el convenio arbitral ha de constar siempre por escrito, establecerse una clasificación del arbitraje atendiendo a su origen, es decir, al modo de perfeccionarse el convenio arbitral.

De acuerdo con tal criterio habría que distinguir entre los convenios arbitrales que preceden a la existencia de la controversia y los que se perfeccionan con posterioridad. Los primeros acompañarán al contrato como cláusula accesoria, que no tiene por qué seguir la suerte de la cláusula principal. Si el convenio arbitral se integra en un contrato de adhesión, le será de aplicación la Disposición Adicional Segunda de la Ley de Arbitraje: “La negativa del consumidor o usuario a someterse a un convenio arbitral distinto... no podrá por si misma impedir la celebración del contrato principal”.

Los convenios arbitrales de consumo, perfeccionados después de haber surgido el conflicto, pueden a su vez tener un doble origen:

- a) Por reclamación del consumidor o usuario, o tercero perjudicado en el caso de reclamar a una aseguradora.
- b) Por aceptación mediante escrito o por medios electrónicos o telemáticos por parte de la entidad reclamada de la solicitud de arbitraje formulada por el consumidor o usuario a la Junta Arbitral y notificada por ella al destinatario.

Características del Arbitraje de Consumo Español

Voluntariedad.- Esta característica del arbitraje de consumo deriva, sin duda, de la propia naturaleza del arbitraje de Derecho privado, así como de su naturaleza contractual. No puede ser un contrato forzoso en ningún caso el llamado convenio arbitral.

Gratuidad.- Establecida, por la Disposición Adicional Primera de la Ley de Arbitraje 36/1988, de 5 de diciembre, y recalcada posteriormente, que establece la gratuidad como uno de los principios rectores del procedimiento arbitral de consumo, tiene, no obstante, una excepción en el caso de que se practiquen pruebas a instancia de parte, caso en el que cada parte sufragará los gastos de la prueba por ella propuesta, y los comunes por mitad.

Carácter vinculante y ejecutivo.- Son, en realidad, punto de llegada de la evolución del arbitraje en el Derecho español a partir del sistema puramente contractualista del Derecho romano. El convenio arbitral obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado (incluidos los árbitros desde que aceptan el nombramiento de la Junta Arbitral)

El convenio arbitral perfeccionado impide que los Jueces y Tribunales entren a conocer de las cuestiones sometidas a arbitraje, siempre que la parte interesada oponga la oportuna excepción de incompetencia de jurisdicción.

El laudo goza de presunción de cosa juzgada. El laudo puede ser ejecutado de modo forzoso por el Juez de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado, por los trámites establecidos para la ejecución de sentencias firmes.

Rapidez y simplicidad.- Son éstas las notas del arbitraje que lo convierten en procedimiento de elección en materia mercantil, en la que tales virtudes eran imprescindibles para la solución de los litigios.

Carácter uni direccional.- Se trata de una característica no muy terminantemente expresada por la Ley, pero que sin duda se deduce de ser el arbitraje de consumo un mecanismo al servicio del consumidor, lo que tendría la consecuencia de que vedaría la reconvención del empresario o profesional frente al consumidor, dato que, además de ser desfavorable para la implantación de la institución, ha sido discutido y en ocasiones desconocido por algún Colegio Arbitral.

Regulación del Arbitraje de Consumo Español

El arbitraje de consumo tiene como fundamentos jurídico-positivos los siguientes textos: Artículo 51 de la Constitución Española, que establece que “los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”.

El primer paso para cumplir ese mandato constitucional en materia de acceso de los consumidores a la Justicia lo dio la Ley 26/1984, de 19 de julio, cuyo artículo 31 encomienda al Gobierno el establecimiento de un sistema arbitra.

Años más tarde, la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, en sus Disposiciones Adicionales Primera y Segunda recogió el arbitraje de consumo, atribuyéndole la Primera carácter gratuito y estableciendo la exención de protocolización del laudo, y modificando la Segúndale artículo 10 para añadir un párrafo relativo al convenio arbitral en contratos por adhesión, que puede privar de fuerza al convenio arbitral ordinario como hemos visto.

Igualmente, habilitaba al Gobierno para establecer por vía reglamentaria la denominación, composición, carácter, forma de designación y ámbito territorial de los órganos arbitrales del sistema arbitral.

En uso de esa habilitación refrendada en cuanto a la competencia exclusiva del Gobierno de la Nación por las Ss.T.C. 15/1989, de 26 de enero, y 62/1991, de 22 de marzo, se promulga el R.D. 636/1993, de 3 de mayo, que regula con detalle las siguientes materias:

- Objeto del arbitraje de consumo.
- Constitución y funciones de la Juntas Arbitrales.
- Perfeccionamiento del convenio arbitral.
- Procedimiento arbitral de consumo.
- Laudo arbitral de consumo.
- Anagrama del sistema arbitral de consumo.

Ventajas del Arbitraje de Consumo frente a otros cauces de acceso a la justicia en el Sistema Español

Tradicionalmente, el arbitraje en general se benefició de una literatura propagandística que afirmaba que frente a una jurisdicción civil y mercantil lenta, cara e intrincada, el arbitraje reunía, por el contrario, las virtudes de ser rápido, barato y simple.

Sin embargo, como señaló Federico De Castro¹⁶⁰, esas alabanzas, provenientes de especialistas en la materia -abandonada por civilistas, mercantilistas y procesalistas-, ni eran desinteresadas, ni por desgracia respondían a la verdad.

En efecto, la pretendida baratura del arbitraje chocaba con la realidad de la retribución de los árbitros, proporcionaba a su calificación y prestigio profesional, al tiempo que la rapidez y sencillez se vieron frecuentemente empañadas por la inejecutividad de las cláusulas compromisorias y por la consideración del laudo como una sentencia de primera instancia susceptible de recursos variados ante la jurisdicción ordinaria o ante la especializada

¹⁶⁰De Castro y Bravo, Federico El Orden Público y la Protección del Consumidor , en ADC, Madrid 1982

mercantil mientras existió, empieza por fortuna a enderezarse con la entrada en vigor a enderezarse con la entrada en vigor de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, y termina por lo que atañe al arbitraje de consumo de modo definitivo con la entrada en vigor del R.D. 636/1993, que, por otra parte, venía a sancionar una realidad ya existente, aunque a título provisional y experimental, desde que en 1986 comenzó a aplicarse en algunos Municipios (Madrid, Valladolid, Badalona, Huelva y Sestao).

Así pues, ahora puede decirse con absoluto respeto a la verdad y sin asomo alguno de interés propagandístico -que por otra parte es perfectamente lícito- que el arbitraje de consumo responde ya a aquellas excelencias que del arbitraje en general se cantaron, puesto que es, no sólo barato, sino generalmente gratuito, es rápido por la brevedad de los plazos de tramitación y de emisión del laudo y es sencillo por cuanto descargado de todo formalismo y susceptible sólo de anulación por las causas previstas legalmente.

Es preciso señalar que existe hoy en día toda una corriente de opinión que favorece el arbitraje de consumo, sobre todo en aquellos países donde no se ha establecido una jurisdicción especial para las reclamaciones judiciales derivadas de actos de consumo. Además hoy se trata de desjudicializar muchas situaciones que pueden ser resueltas entre las propias partes o través de árbitros nombrados de común acuerdo.

La inexistencia de normas procesales especiales en sede de consumo, implica que las normas procesales aplicables en general al proceso civil se apliquen ala tutela jurisdiccional de los consumidores y en consecuencia tal tutela deviene en insatisfactoria, porque las normas procesales clásicas no están pensadas para ofrecer una tutela efectiva a favor del consumo y esta llamada a carecer de virtualidad. Un sistema adecuado de protección del consumidor debe permitir que se pueda alcanzar la satisfacción de los derechos e intereses de los consumidores, por ello el arbitraje constituye el sistema clásico que al margen de la justicia ordinaria tiende a resolver

conflictos de consumo y como tal se constituye actualmente como la vía más eficaz y accesible en comparación con la acción judicial.

8.3 Modelo de Arbitraje de Consumo en la Legislación Argentina

Según el Art. 59 de la Ley Defensa del consumidor de Argentina, Ley 24.240 [Tribunales Arbitrales] “La autoridad de aplicación propiciará la organización de tribunales arbitrales, que actuarán como amigables componedores o árbitros de derecho según el caso, para resolver las controversias que se susciten con motivo de lo previsto de esta ley. Podrá invitar para que integren estos tribunales arbitrales en las condiciones que establezca la reglamentación, a las personas que teniendo en cuenta las competencias, propongan las asociaciones de consumidores y cámaras empresariales. Regirá el procedimiento del lugar en que actúa el tribunal arbitral”.

Mediante el Decreto N° 276/98 y la Resolución N° 212/98 de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería, se implementó su funcionamiento.

Una de las características salientes del Sistema de Tribunales Arbitrales de Consumo es la posibilidad que el consumidor y proveedor arriben a una instancia conciliatoria en vistas a resolver las controversias que se plantean diariamente derivadas de la relación de consumo, brindando por tanto, una instancia de solución cuando se presuman situaciones de violación de los derechos del consumidor o eventuales infracciones a la ley. 24.240.

En los casos en que no prospera la solicitud de arbitraje, dicho reclamo se transforma en denuncia a los fines previstos por el Art. 45 de la ley 24.240. conforme a lo requerido por los reclamantes en oportunidad de suscribir el compromiso arbitral, que se entrega en formulario impreso por la Dirección Nacional de Comercio Interior.

En los casos desistidos por haber legado las partes a una solución al diferidos sin tener que requerir la intervención de un tribunal arbitral, la instancia previa a esta conformación genera un acercamiento de las partes involucradas que concluye en un acuerdo, por medio del cual se restablece el equilibrio y los consumidores obtienen del bien o servicio adquirido, la satisfacción esperada. Este resulta un aspecto central por cuando reduce el nivel de litigio del sistema, frente a otras instancias alternativas.

Requisitos para realizar reclamos ante los Tribunales Arbitrales de Consumo

Para realizar su reclamo ante los Tribunales Arbitrales de Consumo, toda persona deberá completar un formulario que le proveerá el Tribunal y acompañar la documentación (facturas, remitos, notas, cartas, etc) que considere importantes para su reclamo. La misma deberá ser acompañada en fotocopias, que quedarán en poder del Tribunal.

En la audiencia que fijará el Tribunal Arbitral y a la que deberá concurrir, podrá agregar nueva documentación y explicación en forma extensa su reclamo.

Si el reclamo lo efectúa una persona distinta al consumidor que tiene el problema, deberá tener un poder, otorgado ante Escribano Público, o Acta Poder se confecciona ante los tribunales Arbitrales y que deberá firma el consumidor damnificado, sin excepción.

Presentar una solicitud de arbitraje significa saber que el sistema arbitral es voluntario, por ello para que el arbitraje pueda llevarse a cabo, es necesario que tanto consumidor como el proveedor (empresa, comercio) manifiesten en forma concreta su acuerdo de someterse al mismo.

Existen proveedores que se han adherido al sistema, por lo que la presentación de la solicitud por parte del consumidor es suficiente para que exista el arbitraje. El conveniente consultar previamente para conocer si el proveedor al que se plantea un reclamo se encuentra o no adherido.

Si el proveedor no está adherido, el consumidor igualmente puede hacer su reclamo. El Tribunal Arbitral de Consumo notificará al mismo de la solicitud presentada y el proveedor dispone de un plazo de cinco días para aceptar o rechazar el arbitraje. Si no lo acepta, su reclamo pasa automáticamente a la Dirección de Defensa del Consumidor, para que se siga el procedimiento administrativo de reclamo que establece la ley 24.240 de Defensa del Consumidor.

Características del Sistema de Arbitraje de Consumo Argentino

Voluntariedad: El sometimiento de las partes al Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo será voluntario para las partes, existiendo dos alternativas de acceso a él:

1. Oferta pública de adhesión al sistema, por medio de la cual los proveedores de bienes y servicios expresan su compromiso previo de aceptar la jurisdicción arbitral para todos los eventuales reclamos de los consumidores referidos a las transacciones efectuadas entre las partes.
2. Acuerdo arbitral a través del cual ambas partes se someten al arbitraje en caso de suscitarse conflictos en la operación comercial que realicen.

Carácter vinculante y ejecutivo: Esta es la naturaleza que asume para las partes el laudo emitido por el Tribunal Arbitral que tendrá autoridad de cosa juzgada. Las partes conservan como único medio de impugnación el recurso de nulidad ante la Justicia.

Simplicidad y rapidez: El proceso arbitral tendrá una duración máxima de hasta cuatro meses, prorrogables exclusivamente por acuerdo de la partes.

Neutralidad y equilibrio entre las partes: Los tribunales Arbitrales se conforman con un árbitro institucional, un árbitro representante de las asociaciones de consumidores y un tercer árbitro representante de las cámaras empresariales, lo que garantiza y preserva el equilibrio entre sus partes. Se establecen estrictos requisitos de idoneidad y solvencia para quienes actúen como árbitros, mas precisamente deberán contar como mínimo con título profesional y una experiencia de 5 años en el ejercicio de la profesión.

Competencia: Los Tribunales Arbitrales de Consumo serán competentes para tratar casos en que pueda existir una violación de los derechos emanados de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor y de toda otra ley, decreto o resolución que establezca derechos de consumidores o usuarios. Sin embargo, no podrán ser puestos a consideración de los Tribunales Arbitrales de Consumo aquellas cuestiones que cuenten con sentencia judicial firme, las que se encuentren unidas a otras que no pueden ser motivo de arbitraje, las expresamente excluidas y aquellas de las que se derivan daños físicos, psíquicos y/o muerte del consumidor o sobre las que exista la presunción de la comisión de un delito.

Procedimiento: Ante la presentación por parte del consumidor de una solicitud de arbitraje, y una vez aceptada la misma, la autoridad de aplicación dará traslado de la reclamación al demandado y procederá a integrar el Tribunal Arbitral de Consumo. El Tribunal fijará la fecha de audiencia, la que será oral y en donde las partes podrán actuar por derecho propio o mediante representantes legales.

La inactivación de las partes no detendrá el procedimiento arbitral y no restará validez al laudo arbitral. Según se expresa, la decisión del Tribunal

tendrá carácter vinculante y fuerza ejecutiva en caso de incumplimiento. Solo estarán permitidos los recursos de aclaratoria y nulidad, renunciando las partes expresamente a la interposición de otros recursos.

Oferta pública de adhesión al Sistema de Arbitraje de Consumo Argentino

Para propender a la difusión y aceptación del Sistema, se instrumenta la forma de adhesión denominada. Oferta pública de Adhesión. Las empresas que opten por esta vía recibirán un distintivo oficial de adhesión al Sistema, y no podrán rechazar ni oponer excepción alguna a la competencia del Tribunal Arbitral en caso de verse involucradas en algún tipo de controversia comercial con sus clientes / usuarios. Paralelamente el conocimiento por parte de los consumidores de las características y ventajas del Sistema de Arbitraje de Consumo, les afirmará la imagen y reputación de las empresas y productos que, adheridos al sistema, hagan uso del distintivo oficial.

Este distintivo constituirá una señal de confianza de la empresa en la calidad de sus productos y prestaciones conexas, es decir, de la baja probabilidad que asigna el oferente a que existan conflictos con sus clientes (de allí que acepte una vía expeditiva y extrajudicial de solución) Por otra parte, constituirá un servicio adicional al cliente, al brindar una solución rápida y equitativa en el caso que efectivamente se plantease algún tipo de controversia.

Reglamentación

La Resolución Nº 212/98 de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería, establece el procedimiento que deberán seguir los Tribunales Arbitrarios de Consumo para el tratamiento de los casos que se planteen.

Se establecen las condiciones que deberán reunir las personas que quieran actuar como árbitros de los tribunales. Entre otras pautas a tener en cuenta para los postulantes, se fijan la de poseer especialización en temas relacionados con el consumo y la resolución alternativa de conflictos; haber participado en congresos, seminarios o cursos relacionados con estos temas; haber pertenecido o pertenecer a asociaciones de consumidores o cámaras empresarias; o a la administración pública nacional o provincial dentro del área dedicada a la defensa del consumidor.

También se prevé para los casos menores a los US\$ 500 un procedimiento especial, en el cual actuará un solo árbitro - el institucional y que será más rápido que el procedimiento común.

Todas las actuaciones ante los Tribunales Arbitrales de Consumo son orales, salvo aquellas que expresamente se puntualizan en la resolución, que serán escritas y realizadas a través de formularios que proveerá la autoridad de aplicación.

Los Tribunales Arbitrales de Consumo tienen amplias facultades instructorias y probatorias y las decisiones se toman por mayoría de votos.

La autoridad de aplicación será la encargada de controlar el sistema, pudiendo suspender o excluir a los árbitros que no cumplan con los requisitos, o dar de baja a las empresas adhesivas a la Oferta Pública que incumplan los laudos emitidos.

Extensión del Sistema Arbitral de Consumo a los Servicios Públicos

Dada la amplia competencia que establece el Decreto N° 276/98, la prestación de los servicios públicos podrá ser materia de arbitraje de consumo.

Para ello se han establecido contactos con los Entes Reguladores, a los efectos de poder coordinar una acción común para concluirlo.

Con el Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo (SNAC) el derecho de los consumidores y usuarios introduce una necesaria y largamente esperada actualización en la resolución de conflictos contractuales de bienes y servicios y para que la modernización y efectividad de los procedimientos tenga lugar en breve plazo, son necesarias, entre otras cosas las siguientes

1. La educación del consumidor, con el cumplimiento inmediato del rol obligatorio del Estado
2. La concientización de los entes de control administrativo y de los servicios públicos para colaborar ampliamente con el Sistema de Arbitraje, poniendo a disposición asesores expertos en su materia a efectos de ser consultados por los jueces árbitros. Tales organismos deben motivar a las empresas bajo su órbita y a los consumidores y usuarios, a que se adhieren y reclamen, respectivamente, ante los Tribunales de Consumo.
3. Que las autoridades que tiene que ver con la protección de los consumidores y las Asociaciones de Consumidores legalizadas, en forma activa y programada, establezcan el sistema de arbitraje en todas las provincias argentinas. Es el paso sustancial a dar para lograr la conformación de los Tribunales de Consumo en el Mercosur.

8.4 Resolución Extrajudicial de Reclamaciones de Consumo en la Unión Europea

Conviene ofrecer una visión de conjunto de tipo comparatístico sobre el acceso de los consumidores a la Justicia por cauces extrajudiciales en la Unión Europea, que permita juzgar y valorar comparativamente la institución que hemos venido estudiando.

A tal efecto tiene especial interés el llamado Libro Verde sobre el acceso de los consumidores a la Justicia y solución de litigios en el mercado único, publicado por la Comisión Europea el 16 de noviembre de 1993.

El citado documento, que como su nombre indica, es un documento de reflexión y no resolutivo ni de propuestas, se plantea sobre la base de que es necesario dar credibilidad a la construcción europea a los ojos de los ciudadanos, para lo que reviste una especial importancia la solución de los litigios que afectan a los consumidores.

Por lo que atañe a los cauces extrajudiciales de solución de conflictos, los que recoge el citado documento podrían clasificarse como sigue:

1. Sistemas de Mediación y/o Conciliación: Se trata de una realidad muy extendida en los Estados miembros de la Unión Europea, con carácter generalmente sectorial, y que en realidad no constituyen un sistema alternativo a los procesos judiciales, sino más bien complementario o prejudicial. En efecto, el acuerdo obtenido por mediación o conciliación es obligatorio para las partes, pero al no ser ejecutivo puede incumplirse y obligar a acudir a un proceso declarativo.
2. Sistemas de Defensor del Consumidor: Al igual que los anteriores, no puede decirse en rigor que constituyen un cauce alternativo al judicial, sino a lo sumo complementario o prejudicial. Su origen es a menudo privado, su ámbito sectorial o de empresa y su resultado jurídico de naturaleza muy variada, que oscila entre la mera recomendación (la mayoría de los defensores del consumidor privado) y la decisión obligatoria para la empresa o el profesional, pero no para el consumidor o

usuario. Este cauce existe en Alemania para el sector bancario, y en el Reino Unido e Irlanda para la Banca y los Seguros.

3. Sistemas de Arbitraje: Constituyen en su caso un verdadero cauce alternativo al judicial, por cuanto su decisión es vinculante para las partes.

Con carácter sectorial existen en Bélgica (agencias de viaje, lavanderías y muebles) las Geschillen Commissies, que producen decisiones obligatorias, al igual que en los Países Bajos emiten recomendaciones vinculantes con carácter más general.

En Portugal, a partir de 1988, se inició en Lisboa una experiencia piloto de arbitraje de consumo, que en 1992 se extendió a Coimbra, Oporto y al Valle de Ave, al tiempo que aparece también algún intento sectorial en la reparación de automóviles.

También en el Reino Unido tiene gran presencia y actividad arbitral los sectores de agencias de viajes y servicios financieros, aunque en realidad se trata de un sistema mixto de conciliación y arbitraje.

En suma, dado que todos los sistemas de arbitraje mencionados son de inferior eficacia al español, pues son vinculantes, pero no ejecutivos, y no siempre son absolutamente gratuitos, parece que puede concluirse en el sentido de que el sistema arbitral español de consumo es tal vez el más atractivo de todos, sin olvidar que puede perfectamente coexistir, y de hecho lo hace, con la mediación y con la existencia de defensores privados del consumidor como los previstos hoy por la ley de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado, que sectorialmente o por empresas brinden un cauce prejudicial, no vinculante para el consumidor y desde luego no ejecutivo.

Pero a pesar del innegable atractivo y también de la no pequeña implantación que ya tiene el sistema queda mucho por hacer y ha de hacerse prestigiando las actuaciones de las Juntas Arbitrales de todos los ámbitos, por

que la pérdida de un cauce extrajudicial de tan buenas cualidades sería daño irreparable, no solo para los consumidores, sino para la Administración de Justicia en general. Por ello el reto para nuestro sistema jurídico en el Perú, sería promover un sistema orgánico eficiente de arbitrajes de consumo, a fin de evitar engorrosos procesos judiciales derivados de conflictos por violación de derechos de los consumidores.





CAPÍTULO VII

LAS MARCAS Y LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

CAPÍTULO VII

LAS MARCAS Y LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

Este capítulo se circunscribe a la relación que existe entre las marcas y la protección del consumidor, fundamentalmente respecto al tema relacionado con la confusión marcaria en el mercado. No obstante, creemos que es necesario revisar previamente algunos puntos centrales con relación al contexto de la propiedad industrial para luego arribar en forma detallada y específica al tema de los fenómenos de confusión de marcas.

Entre las diversas ramas de la Propiedad Industrial, las leyes relativas a las marcas de producto y las marcas de servicio, los nombres comerciales, las indicaciones geográficas y la protección contra la competencia desleal se constituirán entre los instrumentos más eficaces y directos para la protección de los consumidores. El estudio procura demostrar las razones de ellas.

El consumidor puede ser engañado en varios sentidos y hay diversas leyes que establecen una protección contra diferentes formas de engaño. Las leyes de propiedad industrial son instrumentos que sólo sirven contra algunas formas de engaño. Aún así, en la mayoría de los casos sólo son instrumentos indirectos. Son principalmente indirectos porque los objetivos primarios de esas clases de leyes de propiedad industrial consisten en proteger los bienes corporales que constituyen los derechos de los industriales y comerciantes respecto a las marcas y nombres, así como de las indicaciones geográficas con las que tienen una relación de hecho, y proteger su situación, como industriales y comerciantes, contra las prácticas desleales de otras personas.

Una buena norma de Propiedad Industrial y una aplicación adecuada de la misma pueden servir no solo para fines registrales, sino también eventualmente como vehículos de protección indirecta del consumidor.

Sin embargo, esas leyes sirven también contra el engaño de los consumidores:

- Porque la legislación sobre marcas ayuda a establecer el vínculo existente entre el producto o servicio que el consumidor se propone adquirir y la empresa que la produce o comercializa; de ese modo, ayuda al consumidor a elegir, entre los innumerables productos y servicios; aquellos que desea y que le inspiran confianza, en lugar de los que no quiere ni le merecen confianza;
- Porque la legislación sobre nombres comerciales permite identificar a una empresa determinada; de ese modo, ayuda al consumidor a tratar con la empresa que desea, entre las muchas existentes, y a no hacerlo con una empresa con la que no desea tratar.
- Porque la legislación sobre indicaciones geográficas exige que exista una relación verdadera entre determinado producto y determinado país, región o localidad de su preferencia, en lugar de otros procedentes de lugares distintos;
- Porque la legislación sobre la competencia desleal prohíbe entre otras cosas, las afirmaciones, insinuaciones falsas en la comercialización de los productos y servicios; de este modo ayuda al consumidor a obtener informaciones correctas y a no verse engañado.

Como puede verse, éstas leyes de propiedad industrial ofrecen una firme base jurídica por la protección de los consumidores. Para utilizar en la práctica esa base jurídica, hace falta un conocimiento de su existencia, un mecanismo para descubrir posibles infracciones, medidas para este estudio es difundir el conocimiento de las bases jurídicas existentes y estimular la reflexión destinada al mejoramiento de las leyes y darles una auténtica eficacia práctica. Prevenir las infracciones y sanciones para castigar a los infractores.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

La protección del consumidor tiene importancia en todo el mundo. Toda persona de una u otra manera es un consumidor. De ahí que los intereses de los consumidores no sean simples intereses de grupo. Virtualmente son intereses de todos y cada uno, si bien determinados grupos de consumidores pueden dar lugar a una preocupación especial. Así ocurre en particular en el caso de los sectores vulnerables de consumidores, como los niños o las personas de edad, los consumidores de bajos ingresos y los consumidores con bajo índice de alfabetización.

Evidentemente no puede lograrse una protección eficaz al consumidor sin asegurar que las leyes de propiedad industrial respectivas respondan también indirectamente a los derechos, intereses y necesidades del consumidor.

El objetivo en esta parte de la tesis es estudiar y determinar la importancia que tiene la protección del consumidor y obtener algunas conclusiones sobre el papel que puede desempeñar el derecho de la propiedad industrial en la protección del consumidor, sobre todo en los países en desarrollo.

En este sentido, la norma que regula todos los elementos constitutivos de la propiedad industrial y los procedimientos de registro y en particular lel

régimen jurídico de las marcas es la Decisión 486, Régimen Común sobre Propiedad Industrial de la Comunidad Andina, sancionada el 14 de setiembre de 2000. No obstante cabe señalar que la ley peruana sobre la materia está constituida por es el Decreto Legislativo 823, Ley de Propiedad Industrial del 23 de Abril de 1996¹⁶¹.

Por otro lado, existen también las disposiciones de los Acuerdos de Propiedad Intelectual en el Comercio (ADPIC), derivados de las disposiciones de la Organización Mundial del Comercio (OMC), vigentes desde el 1 de enero de 1995 y que constituyen un acuerdo multilateral completo sobre propiedad intelectual, en el que existe un tratamiento sobre las principales categorías de derechos, normas de protección y reglas para su observancia, así como un mecanismo de solución de diferencias de la OMC para resolver los eventuales litigios entre los Estados Miembros.

Dentro de este contexto, ya había sido sancionado anteriormente el Decreto Legislativo 716 sobre Defensa del Consumidor y el Decreto Legislativo 691 sobre publicidad, en 1991.

Un sistema equilibrado de propiedad industrial no se limita a los intereses de los proveedores de bienes y servicios y, más específicamente, de los titulares de derechos de industrial, sino que contempla también los intereses de los consumidores de bienes y servicios, teniendo presente que el desarrollo económico no es por lo general un fin en sí mismo sino un medio de mejorar la calidad de vida, mejoramiento con el que la protección del consumidor guarda una estrecha relación.

Este tema se ocupa sobre todo de los aspectos más relevantes de la propiedad industrial que tienen efecto jurídico en la protección del consumidor.

- Signos distintivos (marcas, lemas, nombres comerciales)

¹⁶¹ Como antecedentes, en 1992 entró en vigencia la Ley 26017 y en 1994 entró en vigencia la Decisión 344 de la Comunidad Andina

- Las indicaciones geográficas (denominaciones de origen e indicaciones de procedencia)
- La competencia desleal (en particular las indicaciones y aseveraciones contrarias a las prácticas honestas en el mercado)

Desde luego, también son importantes para la protección del consumidor otras esferas de la Propiedad Intelectual, en especial las relativas a las patentes y los dibujos y modelos industriales y algunas esferas del derecho de autor y de los derechos conexos, especialmente las cuestiones relativas a la falsificación en este campo.

En todo país en desarrollo los problemas de la Protección del Consumidor se ven afectados por las grandes diferencias en los niveles y la distribución de los ingresos, la proporción relativamente alta de los derechos de propiedad industrial cuyos titulares son extranjeros, el grado de educación y la medida de información y conocimiento de los consumidores, así como por los factores sociales, políticos y económicos.

La situación de un gran número de consumidores de los países en desarrollo, es tal que se encuentra en una posición particularmente débil y desorganizada frente a las empresas que producen y suministran productos y servicios de consumo. Cada país en desarrollo debe adoptar medidas que respondan a sus propias necesidades.

Por otra parte, en países como el Perú, un singular problema lo constituye también los altos índices de piratería. En efecto, esta es una realidad que no puede ser soslayada, existen diversas marcas reconocidas que son utilizadas sin autorización y en otros casos hay frecuentes casos de infracción a la propiedad industrial por la usurpación marcaría, lo que puede originar que nuestro país pueda ser llevado un panel en la OMC con el riesgo de sanciones económicas. Esta situación también termina afectando finalmente al

consumidor porque se ve expuesto una serie de productos en el mercado cuyas marcas no responden a la calidad que de ellas se espera, además hay marcas que crean confusión con otras, lo que dificulta la función de identidad y de garantía marcaría, no se aprecia su distintividad y su poder diferenciador en el mundo del consumo.

Además, la piratería si no es controlada, podría eventualmente crear dificultades en el proceso de negociación de nuestro país con otros mercados.

Para fines de esta investigación, hemos creído conveniente hacer un estudio del efecto que tienen en los derechos del consumidor los fenómenos de confusión marcaría en el mercado, toda vez que se trata de un tema más específico, en comparación con el contexto de la propiedad industrial que es muy extenso ya que abarca otras aristas como patentes de invención, diseños, y modelos de utilidad, que no tienen relación directa con la problemática de los derechos del consumidor, planteada en esta tesis.

2. LA MARCA COMO SIGNO DISTINTIVO SUJETO A CONFUSIÓN

La industrialización acaecida en el mundo a partir de fines del siglo XVIII, y cuya extensión y profundización no han cesado desde esa época y ha conducido a una creciente utilización y valor de las marcas. En ese sentido, la correcta protección de los signos marcarios constituye uno de los instrumentos esenciales para al adecuado accionar de una economía industrializada, donde la legislación marcaría juega el papel principal de asegurar y garantizar el uso exclusivo de una marca y la identificación de la mercadería.

La marca, así entendida, debe ser especial, debe distinguirse claramente de otras que están en el comercio registrados.

Este nuevo milenio, presenta panoramas dinámicos tanto, en la industria y el comercio, cada día, hay una nueva modificación o transformación producto del agigantando crecimiento de la tecnología. Aparecen nuevos productos y mercaderías, unas de buena o mala calidad, de características similares, pero de diferente duración y calidad, cada uno de estos productos, tiene un signo distintivo, que identifica al producto; la marca.

Las marcas ayudan tanto a los productores, como a los consumidores de tales productos y servicios, a distinguirlos unos de otros, entre los de su misma especie. El consumidor identifica su marca preferida, pero otros comerciantes que quieren tener la posición privilegiada de una marca notoria, realiza una serie de acciones para llevar en confusión al consumidor y elegir otra.

De allí, la importancia de una idónea legislación de marcas para asegurar con carácter exclusivo, el uso de la marca y la identificación de las mercaderías.

Sin embargo el problema surge con la confusión de las mismas marcas, es por ello que la ley protege al titular de una marca, evitando que otra idéntica o semejante compita con ella en el mercado, de esta manera no sólo se protegen los intereses del titular (de la marca) sino que se evita la confusión y la inducción a error al público consumidor, protegiendo a la vez sus derechos, como debe ser en una economía social de mercado.

3. MARCO CONCEPTUAL DE LA MARCA

Las marcas son signos con capacidad distintiva utilizados para distinguir productos y servicios.

El artículo 128 del Decreto Legislativo 823, indica que: “se entiende por marca todo signo que sirva para diferenciar en el mercado los productos y

servicios de una persona de los productos o servicios de otra persona. Podrán registrarse como marcas los signos que sean perceptibles, suficientemente distintivos y susceptibles de representación gráfica” entre ellos los siguientes:

- a) Las palabras reales o forjadas o las combinaciones de palabras, incluidas las que sirven para identificar a las personas;
- b) Las imágenes, figuras, símbolos, gráficos, logotipos y sonidos;
- c) Las letras, los números, la combinación de colores;
- d) Las formas tridimensionales entre las que se incluyen las envolturas, los envases, la forma no usual del producto o su presentación; y,
- e) Cualquier combinación de los signos o medios que, con carácter enunciativo, se mencionan en los apartados anteriores”.

Otamendi ¹⁶³, dice que la marca es un bien incorpóreo, es un signo que distingue un producto o servicio para diferenciarlo de otros en el mercado. La marca ayuda a la elección del consumidor entre las mercancías de los competidores al identificar sus productos y servicios. La marca es el nexo entre productor o comerciante y consumidor indicando la procedencia empresarial del producto o servicio a que se asocia. No necesariamente indicará el nombre del titular, aunque muchas marcas coincidan con el nombre comercial de la empresa.

La marca indicará al consumidor que todos los productos que lleven la misma marca provienen directa o indirectamente de la misma fuente empresarial. Los productos o servicios marcados con un mismo signo estarán relacionados en cuanto a su procedencia bien sea porque son originarios de la misma empresa o porque existe un estrecho vínculo entre las empresas de que se trate (relación entre licenciante y licenciario)

¹⁶³ Otamendi, Jorge. *Derecho de Marcas*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1991

La marca brinda información de calidad por la experiencia que ha adquirido el consumidor generada por su uso. Este elige teniendo en cuenta un grupo de características homogéneas y estables que se asocian al producto o servicio. No constituye una garantía de calidad alta, sino una constancia en la calidad respecto del nivel acostumbrado. La marca da a conocer información comercial sobre lo que representa y respalda de manera que pueda darse a conocer a los consumidores y logre implantar una imagen exitosa.

Núñez del Prado¹⁶⁴ expresa, Las marcas notoriamente conocidas en el mundo, han llegado a posesionarse del mercado a tal punto que el público consumidor identifica el producto o servicio con la marca que lo distingue.

Asimismo, las marcas son un buen método para ejercer la defensa del consumidor y acaso su más importante objetivo es el de identificar productos y servicios mediante la marca, escoger el producto o servicio preciso, aquel que el consumidor desea adquirir para que no le den “gato por liebre”.

Nuestra legislación vigente, el Decreto Legislativo 823, establece en su artículo 128 la definición siguiente: “Se entiende por marca todo signo que sirve para diferenciar en el mercado los productos y servicios de una persona de los productos o servicios de otra persona. Podrá registrarse como marcas los signos perceptibles, suficientemente distintivos y susceptibles de representación gráfica...”

La marca es el signo más importante y característico usado por una empresa en el tráfico moderno. Breuer Moreno define a la marca como “el signo característico que el industrial, comerciante o agricultor distingue los productos de su industria, comercio o explotación agrícola”.¹⁶⁵

¹⁶⁴ Núñez del Prado, Oscar. Tratado de Derecho de Propiedad Industrial. Tomo II. Lima Editorial Imprenta DESA SA, 1997

¹⁶⁵ Breuer Moreno. Tratado de Marcas de Fábrica y Comercio. Buenos Aires 1946, Pág. 31.

“La marca es un signo destinado a individualizar los productos o servicios de una empresa determinada y hacer que sean reconocidos en el mercado por el público consumidor”.¹⁶⁶

La marca está constituida por una combinación ideal de medios o elementos sensibles, es decir, aptos para ser percibidos por los sentidos, dotada de virtud distintiva.

La Decisión Andina define a la marca como todo signo que sea perceptible, capaz de distinguir en el mercado los productos o servicios producidos o comercializados por una persona de los productos o servicios idénticos o similares de otra persona y susceptible de representación gráfica.

Según la Convención de París de 1883 el concepto de marca juega un papel esencial en la sistematización de la rama del derecho marcario y en la aplicación de la legislación marcaria a casos concretos.

Entre las definiciones de marca tenemos las siguientes:

- a) Es el signo característico con que el industrial, comerciante o agricultor distingue los productos de su industria, comercio o explotación agrícola.
- b) Es el signo que permite distinguir el origen industrial o comercial de las mercaderías.
- c) Son símbolos denominativos o emblemáticos que distinguen los artefactos de una fábrica, los objetos de un comercio o los productos de la tierra y de las industrias agrícolas.
- d) Es el símbolo distintivo y orden de palabras con los que pueden distinguirse los productos de un industrial o de un vendedor.
- e) Es un signo protegido en virtud de su inscripción en el registro, que una empresa utiliza para distinguir determinadas

¹⁶⁶ Norabuena Casanova, Jorge. La Protección de la Propiedad Industrial en el Perú. Lima, Editorial Industrial Gráfica S.A 1994. P. 72

mercaderías fabricadas o vendidas por ella o determinadas prestaciones de servicios de otras empresas.

- f) Es cualquier signo visible que sirva para distinguir los bienes de una empresa.

Podemos distinguir entre la marca como signo susceptible de protección jurídica y signo que, aunque no susceptible de tal protección es utilizado como tal en la práctica. El hecho de que un signo no sea registrable como marca, ni protegible como tal, no impide que se le pretenda usar como tal en el comercio. Ello sería generalmente lícito, pero privará a quien así actúe de la protección del derecho de marcas.

El uso exclusivo de una marca se adquiere con el registro, el jus prohibendi del titular de la marca se determina teniendo en general, una extensión comprensiva de todo tipo de marcas que lleven a confusión o induzcan a usar al público con respecto a las protegidas.

Podemos concluir diciendo que la marca es aquel signo perceptible, suficientemente distintivo y susceptible de representación gráfica característico de un producto o servicio en el mercado.

3.1 Funciones de las Marcas

Lo más importante en la definición de marca es que son signos con capacidad distintiva. Sin la posibilidad de cumplir la función de distinguir ciertos bienes y servicios de los que carecen de la marca, ésta deja de ser tal, tanto económica como jurídicamente.

Las restantes funciones de las marcas, si bien significativas, y de gran trascendencia económica, se encuentran subordinadas a la función distintiva, tanto desde un punto de vista lógico como del jurídico. Desde el punto de vista lógico, la marca y sus restantes funciones dependen de su capacidad distintiva,

pues sin ella no existiría la marca. Lo mismo ocurre desde el enfoque jurídico, pues no puede darse la protección que permite a éstas cumplir sus distintivas funciones, si el signo de que se trata carece de la posibilidad de cumplir con su función distintiva.

El hecho de que existan signos semejantes o idénticos a una marca (registrada o en trámite de registro) que sean susceptibles de causar confusión o induzcan a error al público consumidor, desnaturaliza el concepto de marca, porque la priva de su función esencial que es ser distintiva de cualquier otra. La confusión marcaria no es permitida y es por ello que si un signo que se pretende registrar es confundible con otro ya registrado, no procede tal registro, porque si se aceptara se presentarían dos signos semejantes o idénticos no distinguibles entre sí por el público consumidor medio y así la marca perdería su esencia: la función distintiva y por lo tanto dejaría de ser una marca, al dejar de ser un signo distintivo capaz de producir a través del registro un derecho de exclusividad.

3.1.1 Función Distintiva

La función distintiva de las marcas es la función principal de la marca como un medio de identificar al titular de productos o servicios, cumpliendo así un importante propósito de interés público. Hace posible una efectiva competencia en un mercado complejo e impersonal, suministrando los medios a través de los cuales el consumidor puede identificar los productos que le satisfacen y recompensar al productor con compras continuadas. Sin un sistema de identificación del producto (marcas), la elección informada del consumidor (a través de la publicidad) y por lo tanto la competencia significativa en materia de calidad, no podrían existir (competencia leal).

La marca así tiene una función preponderante en la sociedad, pues al distinguir determinados productos o servicios constituye, a la vez un

instrumento de protección, no sólo para los propietarios o titulares, sino también para los consumidores.

El carácter distintivo de las marcas está dirigido a asegurar y mejorar la calidad de los bienes y servicios ofrecidos en una economía. La marca identifica el producto y como tal se enseorea sobre él, de tal modo que el consumidor identifica el producto a través de la marca que a veces inclusive reemplaza al nombre genérico de los bienes o servicios ofrecidos en el mercado.

La relación entre función distintiva de los signos marcarios y la calidad de los bienes ofrecidos, opera del siguiente modo: Quien es titular de una marca y utiliza o autoriza su uso respecto de artículos de determinada calidad sabe que los consumidores tenderán a identificar su marca como tal calidad. Esta identificación le permitirá obtener un precio superior por los artículos distinguidos con esa marca, y dará a ésta su valor.

El esencial servicio que el derecho de marcas brinda a la economía, es que ésta satisface necesidades de la mejor forma y calidad posible, ya que si el dueño de una marca disminuye la calidad de su producto o servicio y esto es percibido por los consumidores dejarán de consumir y esto repercutirá directamente en el dueño de la marca o lo responsabilizará en caso de producirse un daño o riesgo de afectación al público consumidor.

3.1.2 Función de Garantía de Calidad

Esta función se encuentra reconocida generalmente por la doctrina como propia de los signos marcarios. La marca tiene una función de garantía de consistencia acerca de la naturaleza, calidad y característica de los bienes y servicios. Esta función asegura que el comprador que los artículos o servicios que llevan la marca tienen la misma calidad que el consumidor espera encontrar.

Esta función tiene un carácter jurídicamente secundario dependiente de la función esencial de las marcas, que es la distintiva. Si una marca permite a los compradores tener una cierta expectativa respecto del nivel de calidad de los productos adquiridos, ello se debe a que cuentan con una experiencia de estabilidad de la calidad y a que suponen o deducen que el titular de la marca no autorizará usos de ésta, sino en productos y servicios de calidades similares a las conocidas.

Detrás de cada marca hay toda una construcción mercadotécnica que constituye la garantía de calidad del producto o servicio que distingue, por lo tanto el consumidor asume que todo producto distinguido con tal o cual marca tiene una garantía implícita respaldado por la marca. Por ejemplo quien adquiere un automóvil marca “Volvo”, “Mercedes Benz”, “Toyota”, “Nissan”, sabe obviamente cual es la calidad de los vehículos y conoce cual es el estándar de calidad que subyace detrás de la marca, de manera que su opción de compra responde a aquello que él espera encontrar en tal o cual marca.

Igualmente si el productor o comerciante dueño de la marca cuenta con un incentivo para mantener la calidad de los productos marcados, ello no se debe a tener una obligación jurídica en tal sentido, sino a que sobre él recaerán los beneficios de una mejor calidad y las pérdidas derivadas de su deterioro.

Un supuesto de atentado contra los derechos de un titular marcario y de un consumidor sería cuando se venden productos de mala calidad bajo el rotulo de una marca reconocida en el mercado.

3.1.3 Función Publicitaria

Las marcas constituyen en si mismas el mejor vehículo de publicidad, porque permiten suministrar al público información respecto de los bienes y servicios disponibles en una economía. La marca como elemento publicitario exterioriza al mercado el power selling, el poder distintivo y diferenciador del

signo, el mismo que le otorga una fuerza seductora que motivara finalmente la preferencia del publico por los productos o servicios que distingue

La función publicitaria de las marcas tiene varias facetas. La primera de ellas es distinguir un signo marcario de otro. La utilización de marcas permite informar al público qué productos exteriormente iguales o cuyas cualidades no son inmediatamente distinguibles, han sido identificadas en forma distinta con el objeto de distinguirse sus respectivas calidades y condiciones.

Una segunda faceta de la función publicitaria se vincula con la consistencia misma del signo marcario, o sea con los elementos visuales y fonéticos, que constituyen éste. En función de la fuerza de atracción o sugestión de tales elementos pueden de por sí dar cierta información sobre el producto marcado.

Un tercer aspecto de la función queda configurado por la utilización de las marcas para dar a conocer, por distintos medios y en forma directa y explícita, información respecto de los productos y servicios con marca propia. No se trata aquí de que el consumidor adquiriera con su experiencia ciertos conocimientos sobre las propiedades de los bienes identificados con signos marcarios, sino de que se le informe cuáles son esas propiedades de los bienes y servicios identificados con signos marcarios, sino de que se le informe mediante mensajes publicitarios cuáles son esas propiedades. Este tipo de información sólo es posible si existen marcas.

La función publicitaria de las marcas no se encuentra protegida en forma directa por la legislación marcaria. Las normas que restringen y determinan las facultades publicitarias, por ejemplo, en lo que hace a propaganda comparativa, son las relativas a publicidad ilícita (Decreto Legislativo 691) y competencia desleal (Decreto Ley 26122)

La publicidad de marcas no podrá en ningún caso confundir o inducir a error al público con respecto al origen marcario del producto porque en tal caso será ilícita de acuerdo al Decreto Legislativo 691 Normas de publicidad en defensa del consumidor (artículo 7)

3.1.4 Función de Protección del Titular

Se es titular de una marca cuando, se obtiene el registro emitido por la autoridad competente, en nuestro caso la Oficina de Signos Distintivos de INDECOPI. El registro concede a su titular el uso exclusivo de una marca y le otorga una protección jurídica dentro de todo el territorio nacional. Sin embargo estos derechos del titular de la marca como el principal de exclusividad y los referentes a la marca como bien mueble deben ser conciliados con los derechos del consumidor, así, si una marca registrada o no, resulta engañosa o confundible, no hay duda que la autoridad gubernamental pueda prohibir su uso en defensa de los consumidores y en función del Decreto Ley 26122 sobre Represión a la Competencia Desleal (Actos de engaño, Art. 9, y actos de confusión, Art. 8.

El artículo 8 de dicha ley define de esta manera los artículos de confusión: "...conducta destinada a crear confusión con la actividad, las prestaciones, los productos o el establecimiento ajeno..."

3.1.5 Función de Protección del Consumidor

Pouillet¹⁶⁷ señala que la marca constituye, a la vez, una garantía para el consumidor y para el fabricante, porque encuentra un medio de distinguirse de sus concurrentes y afirman el valor de sus productos.

¹⁶⁷ Pouillet. Traité des Marques, de Fabrique et de la Concurrence Paris, 1986.

La garantía que produce la marca de fábrica no es todo un provecho del fabricante y comerciante, sino también en beneficio del consumidor, que puede por lo tanto, escoger entre mercancías semejantes, la que más le agrada sin necesidad de ulteriores pruebas, y también, en provecho del público, en general, en relación, sobre todo con la higiene pública.

Ello viene a explicar las sanciones penales por violaciones de las marcas y a demostrar que la institución de las marcas de fábrica sale del campo del interés puramente privado para entrar en la categoría de las instituciones de orden público.

La función de protección del consumidor de las marcas se manifiesta en que el régimen marcario constituye un mecanismo jurídico dirigido a aumentar la información disponible para el consumidor respecto de los distintos bienes y servicios ofrecidos, así como a incentivar los esfuerzos destinados a mejorar la calidad de tales productos, de manera que el consumidor adquiere información en función de lo que representa cada marca en relación al producto servicio que distingue, lo que motivará su decisión adecuada de consumo.

En consecuencia, el destinatario del régimen marcario viene a ser, juntamente con las empresas oferentes de bienes y servicios, el consumidor de éstos, por ello tiene especial importancia el interés del público consumidor cuando se trata de determinar la posibilidad de confusión entre dos marcas a efectos de autorizar el registro de una de ellas frente a la oposición del titular de otra ya inscrita.

Esta posibilidad de confusión ha de apreciarse teniendo en cuenta las condiciones de cultura, experiencia, atención y nivel social del público al que están dirigidas las marcas buscando que la coexistencia de estos signos no provoque el engaño del consumidor en cuanto a la sustancia o calidad de los productos.

3.2 Características de la Marca

La Perceptibilidad

Es una cualidad de la marca, es decir debe ser susceptible de comprensión o conocimiento por cualquiera de nuestros sentidos en forma de impresión o sensación.

La Distintividad

Es una característica esencial de una marca ya que es la facultad de distinguir, individualizar y singularizar un producto con el fin de evitar confusiones. Lo especial y distintivo hacen del signo un elemento susceptible de registro.

La marca ante todo es un signo distintivo que como tal debe ser idóneo y permitir al público distinguir el producto o servicio de un empresario de aquel semejante de otro empresario. La distintividad de una marca le permite cumplir cabalmente su función identificadora otorgándole a la marca su poder de atracción en el mercado, que es finalmente lo que le permite a toda marca vender y posesionarse en el mercado.

A la función distintiva corresponde la estructura del derecho marcario, que como todo derecho, el signo distintivo se otorga como derecho de exclusiva.

3. 2.3 Susceptible de Representación Gráfica

Significa que el signo distintivo objeto de la marca, sea posible hacerla presente en nuestra imaginación con claridad, mediante la escritura o el dibujo.

Hay tres características básicas para que una marca pueda registrarse, las cuales son: perceptibilidad suficiente, distintivas y susceptibles de representación gráfica. Si no concurren estas características no son consideradas marcas.

Signos sonoros como marca:

En la doctrina no se encuentra obstáculo para el registro de marcas sonoras, pero la dificultad radica en la técnica para la admisibilidad de la marca sonora. Inclusive se puede registrar marcas olfativas. No obstante estas clases de marcas no podrán cumplir con el requisito de representación gráfica. Hay un debate al respecto a nivel doctrinario.

La Novedad

La marca además de ser especial, necesariamente tiene que ser nueva, la novedad no radica en el signo en sí, porque puede ser un signo trivial, sino en su aplicación con las limitaciones que establece la ley.

La marca no debe ser necesariamente nueva en sí misma, ni en su calidad de marca, sino novedosa, susceptible de representación gráfica y suficientemente distintiva; puede ser una marca antigua, abandonada que se la rehabilita para otro producto o servicio y resulta novedosa para ese nuevo fin.

La marca para corresponder a su fin debe ser distinguible, es decir, no confundible con otras, ha de presentar los caracteres de novedad y especialidad. La novedad debe entenderse en sentido relativo, no ya absoluto, como el de las invenciones industriales. Puede concurrir la novedad absoluta en las marcas con denominación de fantasía, pero no es indispensable para disfrutar de protección legal. Inclusive hay marcas que pueden compartir términos comunes siempre y cuando sean capaces de ser distinguibles, no olvidemos que el mercado ha ido creando una serie de denominaciones que se

van generalizando en varios rubros de la actividad económica y que a veces suelen ser tomados por los comerciantes para distinguirlos como marcas.

4. CONFUSIÓN MARCARIA

Empleo de una marca idéntica o de una similar susceptible de producir confusión para bienes o servicios idénticos o similares.

La razón fundamental de la protección jurídica de las marcas es la prevención del empleo simultáneo de la misma marca u otra similar susceptible de producir confusión, por una empresa distinta de la titular de la marca y respecto de bienes o servicios iguales o similares.

Si ya existe una marca que goza de la protección de un derecho exclusivo en virtud de su registro o utilización o por otro motivo, el empleo simultáneo de una marca idéntica o de una similar susceptible de producir confusión, constituye infracción de la marca anterior y generalmente está prohibido por la legislación sobre marcas.

Además, este empleo simultáneo puede considerarse un acto de competencia desleal, es decir, el “hacerse pasar” por un competidor y por lo tanto prohibido. La misma protección se concede contra el rellenado no autorizado de botellas o de contenedores que lleven una marca.¹⁷⁰

La confusión tiene en el Derecho Marcario la significación de equivocar, engañar, perturbar consciente o inconscientemente. La protección contra las infracciones se basa a la vez en el beneficio de los titulares de las marcas y los consumidores. Por una parte, impide que los competidores resten ventas al titular de la marca u obtengan otros beneficios injustos del prestigio y clientela

¹⁷⁰ Por Resolución No 292-2004 TDC/INDECOPI, la Sala de Defensa de la Competencia sancionó a una conocida empresa por utilizar bidones de agua registrados como marca tridimensional por un competidor, llenándolos de agua y distribuyéndolos como suyos, en un claro acto de competencia desleal y por ende engaño al consumidor. (Agua Rovic)

que la marca otorga, e impide que su reputación se menoscabe cuando los bienes o servicios vendidos al amparo de la marca infractora son de calidad inferior.

Por otra parte, se protege a los consumidores contra una posible confusión o engaño, sobre todo respecto de la procedencia de los bienes o servicios.

Se considera que una marca incurre en “similitud susceptible de producir confusión” si es tan parecida a la marca anterior que un número importante de consumidores medios serán probablemente inducidos en confusión o error en cuanto a la procedencia de los bienes o servicios vendidos al amparo de la marca similar, en la creencia de que tales productos o servicios son originarios de la misma empresa que posee o utiliza la marca anterior, o que existe una “vinculación” entre esta y la que utiliza la marca similar.

Este fenómeno suele presentarse en países cuya economía está en ascenso como es el caso peruano. Se presenta por lo general en aquellas marcas que son creadas clandestinamente a la sombra de marcas líderes a fin de imitar las características de sus productos aprovechando sus ventajas competitivas afectando a los consumidores

Para determinar si existe una semejanza susceptible de producir confusión, las marcas se comparan por lo general desde el punto de vista de su pronunciación, aspecto y significado o traducción verbal.

Por ejemplo, aunque dos marcas tengan ortografía distinta, puede considerarse que existe “similitud susceptible de producir confusión” si se pronuncian de la misma manera. La semejanza del aspecto se determina considerando la presentación general del producto o servicio.

La semejanza del significado depende del efecto que hagan sobre la mente del consumidor por medio de las imágenes psicológicas que evoquen las marcas de que se trate, lo que se denomina confusión conceptual o evocativa.

Por lo tanto, las traducciones de palabras extranjeras, especialmente si proceden de idiomas muy conocidos, deben tomarse en cuenta para determinar si existe una semejanza susceptible de producir confusión con el significado de la marca anterior.

Una marca figurativa puede crear confusión por semejanza con una marca verbal en función de la impresión mental que cree.

David Rangel Medina¹⁷², expresa que a pesar de su soledad original, una marca puede tornarse de un signo libre, en un nombre de uso común, cuando ha venido a ser de uso general, especialmente entre los comerciantes e industriales del mismo ramo. La desaparición de la capacidad distintiva de la marca obedece a la creciente popularidad de la misma entre el público, que las generaliza y vulgariza sin oposición del titular, primitivo de la marca.

5. CRITERIOS PARA ESTABLECER LAS SEMEJANZAS Y EL GRADO DE CONFUSIÓN DE LOS SIGNOS DISTINTIVOS

Decreto Legislativo 823 Ley de Propiedad Industrial

Artículo 131º.- A efectos de establecer si dos signos son semejantes y capaces de inducir a confusión y error al consumidor, la Oficina competente tendrá en cuenta, principalmente los siguientes criterios:

¹⁷² Rangel Medina, David, Tratado de Derecho Marcario. México D.F Editorial Libros de México, 1960.

- a) La apreciación de los signos considerando su aspecto de conjunto, y con mayor énfasis en las semejanzas que en las diferencias;
- b) El grado de percepción del consumidor medio;
- c) La naturaleza de los productos o servicios y su forma de comercialización o prestación, respectivamente;
- d) El carácter arbitrario o de fantasía del signo, su uso, publicidad y reputación en el mercado; y,
- e) Si el signo es parte de una familia de marcas.

Las leyes marcarías no sólo reprimen la confusión consumada, como un hecho, sino que a priori, tratan de que no se produzca, es por ello que se dan reglas precisas para que las autoridades competentes, de oficio puedan evitar registrar marcas que pueden resultar confundibles; así como también faculta al titular de la marca oponerse al registro de una marca confundible con la suya.

La doctrina ha formulado una serie de reglas que permiten identificar una situación de confusión:

Regla 1ra: La confusión resulta de la impresión de conjunto despertada por la marca.

Esto es así porque en la vida cotidiana el consumidor de un solo golpe de vista aprecia si es la marca que solicita, es decir que éste obra por impresión del aspecto general de la marca.

Regla 2da : Las marcas deben examinarse sucesivamente y no simultáneamente.

Esto tiene su explicación, en que si las marcas en cuestión, las ponemos una al lado de la otra, instintivamente estableceremos comparaciones, y el consumidor no coteja las marcas, no tiene tiempo de compararlas, por ello no deben examinarse las marcas simultáneamente sino una después de la otra.

Regla 3ra: Quien aprecie el parecido debe colocarse en el lugar del comprador presunto y tener en cuenta la naturaleza del producto.

Esta regla es de carácter subjetivo porque dependerá mucho de la cultura del consumidor, en cada clase de producto; así no es el mismo criterio el de un consumidor de cerveza que el de un comprador de automóviles.

Regla 4ta: Deben tenerse en cuenta las semejanzas y no las diferencias que existen entre las marcas.

No deben compararse los elementos que distinguen una marca de la otra, pues la similitud de las marcas no depende de los elementos que los distinguen sino de los elementos que las asemejan.

No debemos pues, olvidar estas reglas, porque muchas veces, el parecido entre dos marcas no es obra de la casualidad, sino un hecho deliberado del competidor desleal que precisamente usa la confusión como medio para lograr dividendos indebidos.

Confundibilidad de signos denominativos

Artículo 132º.- Tratándose de signos denominativos, en adición a los criterios señalados en el artículo 131º, se tendrá en cuenta lo siguiente:

- a) La semejanza gráfico-fonética;
- b) La semejanza conceptual; y,
- c) Si el signo incluye palabras genéricas y/o descriptivas, se realizará el análisis sobre la palabra o palabras de mayor fuerza distintiva.

Denominativo se trata del nombre que distingue una persona o cosa de otra.

Semejanza gráfico técnica.- De lo que se trata es de comparar dos palabras para examinar el parecido fonético y ortográfico de los signos y luego

su aspecto semántico gráfico, pues basta que tengan los mismos fonemas y letras para que sean confundibles.

La escritura y el sonido deben ser semejantes de la palabra o de la denominación materia de la comparación. Ejemplo: Ideal y Nideal.

“Lo gráfico se percibe por los ojos, lo acústico por los oídos. El parecido fonético es cuando la dicción, la acústica del conjunto de los sonidos expresables de una palabra y los de la otra supuestamente semejante, se perciba al oído en tal forma que pueda causar confusión en el consumidor”.¹⁷³

Semejanza conceptual.- Se trata de analizar el parecido conceptual o ideológico, la idea o forma de entendimiento de la palabra que exprese el pensamiento.

La similitud conceptual de la palabra es la representación o evocación a una misma cosa, característica o idea que impide al consumidor distinguir una de otra. Ejemplo: “Leche del Sur “ y “Sur Lacteo”

Semejanza en caso de signo que incluye palabras genéricas y/o descriptivas.- Si el signo materia de la comparación está compuesto de palabras genéricas o descriptivas, el análisis se hará sobre la palabra que lleve la carga de mayor fuerza distintiva y no sobre las palabras genéricas o descriptivas, las cuales pertenecen al dominio público y no son propiedad exclusiva de nadie.

Ejemplo: el caso de Coca Cola y Pepsi Cola, aquí no hay confusión porque la palabra “Cola” ha pasado al dominio público para describir con ella a todas las bebidas gaseosas jarabeadas; en el caso de las marcas Pollo loco, Protipoll, Pollonico, MiPollo, porque la palabra pollo es un término genérico

¹⁷³ Nuñez del Prado, Oscar. Op. Cit. . P.. 188.

referido a la carne de ave y a las crías de aves. El termino genérico siempre debe ir acompañado de otra palabra que los haga distinguibles.

Confundibilidad de signos figurativos

Artículo 133º .- Tratándose de signos figurativos, en adición a los criterios señalados en el artículo 131º, se tendrá en cuenta lo siguiente:

- a) Si las figuras son semejantes, si suscitan una impresión visual idéntica o parecida.
- b) Si las figuras son distintas, si evocan un mismo concepto.

Las marcas figurativas.- Son aquellas susceptibles de protección en razón de su novedoso, original y característico aspecto gráfico.

Figuras semejantes por impresión visual idéntica o parecida.- La similitud entre marcas gráficas o figurativas existirá toda vez que los dibujos de las marcas o los tipos de letras que se usen en las marcas denominativas tengan trazos parecidos o iguales.

También existirá confusión derivada de la similitud gráfica cuando las etiquetas sean iguales o parecidas, sea por la combinación de colores, por el envase o por la disposición similar de elementos dentro de la misma o la utilización de dibujos parecidos.

Figuras distintas pero que evocan un mismo concepto.- Cuando se tratan de figuras que no son iguales pero que en la mente del consumidor producen la idea de que provienen por ejemplo de una misma familia de productos.

Confundibilidad de signos mixtos

Artículo 134º .- Tratándose de signos mixtos, formados por una denominación y un elemento figurativo, en adición a los criterios señalados en los artículos 131º, 132º y 133º, se tendrá en cuenta lo siguiente:

- a) La denominación que acompaña al elemento figurativo;
- b) La semejanza conceptual; y,
- c) La mayor o menor relevancia del aspecto denominativo frente al elemento gráfico, con el objeto de identificar la dimensión característica del signo.

Las marcas mixtas son las formadas por lo menos por dos elementos, uno figurativo, que pueden consistir en emblemas o grafías características y vocablos y locuciones; es decir formados de un nombre de fantasía (marca denominativa) y un elemento figurativo (emblemas, dibujos, monografías, sellos, viñetas, etc.)

Hay conflictos de semejanza y confundibilidad entre marcas nominativas y figurativas, entre marcas nominativas y mixtas y entre marcas puramente mixtas. Puede ocurrir también que la confundibilidad se dé entre una marca nominativa y otra figurativa, cuando por ejemplo la marca figurativa evoque un concepto o idea que constituya el significado de la palabra o palabras que conforman la marca nominativa. Por ejemplo:

“Tejidos Estrella”

“Tejidos” (figura de una estrella)

La confundibilidad debe apreciarse sobre la base a los elementos semejantes. Debe tenerse en cuenta principalmente la denominación que acompaña al elemento figurativo, lo que significa que para los efectos del análisis el elemento denominativo predomina sobre el figurativo, así también

debe tenerse presente el elemento conceptual, la idea que evoca un vocablo o una figura y establecer finalmente la mayor o menor relevancia del vocablo para identificar la dimensión característica del signo.

Confundibilidad entre signos de distinto tipo

Artículo 135º.- Tratándose de un signo denominativo y uno figurativo, se tendrá en consideración la semejanza conceptual. Tratándose de un signo denominativo y uno mixto, se tendrá en cuenta los criterios señalados en los artículos 132º y 134º. Tratándose de un signo figurativo y uno mixto, se tendrán en cuenta los criterios señalados en los artículos 133º y 134º

En los tres supuestos serán igualmente de aplicación los criterios señalados en el artículo 131º.

Con este artículo se amplían los criterios de confundibilidad a fin de contar con la mayor cantidad de elementos de juicio para la comparación de marcas, asimismo señalando los criterios a ser utilizados al efectuar un examen comparativo de las marcas, que sea de utilidad, tanto al INDECOPI como a los usuarios.

En el caso de un análisis para determinar semejanza entre una marca denominativa y una figurativa se tendrá en cuenta el elemento conceptual o ideológico.

La similitud ideológica o conceptual se refiere a la posibilidad de las marcas de confundirse, ya no en la grafía ni en la fonética, sino en la idea que representan, en el plano conceptual, en su significado.

Por otra parte existen en el mercado marcas que carecen de significado, en sí mismo y como tal no guardan relación con la naturaleza del producto o servicio que distinguen. Estas marcas que no evocan ideas son las llamadas

marcas de fantasía que son en esencia marcas forjadas, creadas por su titular a partir de elementos muy propios que lo distinguen en el mercado. sobre éstas no cabe una semejanza ideológica

Para el caso de determinar la semejanza entre un signo denominativo y uno mixto se tendrá en cuenta los criterios establecidos para cada uno de estos signos, de igual manera al comparar un signo figurativo y uno mixto se tomarán en cuenta los criterios que la ley ha establecido para cada uno de ellos.

Obviamente temas como el planteado en esta parte de la tesis tiene también su correlato en la legislación extranjera, más aún donde se ha desarrollado el Derecho del Consumidor. Revisemos algunas legislaciones

El Código de Propiedad Industrial de Brasil (DL N° 254 Art. 80° apartado 17), expresa entre otras prohibiciones, que “no pueden ser registradas como marcas de industria, de comercio o de servicios idénticos o semejantes o pertenecientes al género de industria, de comercio o relativos a actividades idénticas o afines o a imitación de esas marcas, que posibilite el error, duda o confusión, considerándose existente tal posibilidad siempre que las diferencias entre las marcas no se evidencien sin examen o confrontación”.

El Estatuto de Propiedad Industrial de España (Art. 124°, inciso 1°), es una norma muy precisa, no admite como marca: “los distintivos que por su semejanza fonográfica con otros ya registrados puedan inducir a error o confusión en el mercado. Se entiende que existe semejanza fonética cuando la vocal o sílaba tónica, sea tan dominante que absorba la pre-tónica y la post-tónica, de modo que el oído sólo perciba la tónica característica de denominación registrada”.

Como se ve, el sistema marcario español es de examen de fondo, porque el Art. 125° del mismo Estatuto expresa que “en los casos de semejanza de marcas, el registro podrá exigir como prueba, para mejor proveer

la presentación de ejemplares de dichas marcas en la forma y manera que se empleen o hayan de emplearse”.

La Ley de Propiedad Industrial de Chile (Nº 19039, Art. 20º apartado h), y la ley de Fomento de la Propiedad Industrial de México (Art. 90º apartado XVI), igualmente establecen las mismas prohibiciones, pero ésta última con el agregado de: “Sin embargo, sí, podrá registrarse una marca que sea idéntica a otra ya registrada, si la solicitud es planteada por el mismo titular, para aplicarla a productos o servicios similares”.

La Ley de Propiedad Industrial de Argentina que establece en forma semejante esta misma prohibición, dice “La esencia de una marca está en el poder de excluir a otros en el uso de marcas confundibles. Nada más confundible que una marca idéntica”. La prohibición se extiende también a marcas de un solo titular. Que la Dirección de Propiedad Industrial no concede marcas idénticas a un mismo titular.

6. CONFUSIÓN MARCARIA Y LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

El régimen marcario constituye un mecanismo jurídico dirigido a aumentar la información disponible para el consumidor respecto de los distintos bienes y servicios ofrecidos, así como a incentivar los esfuerzos destinados a mejorar la calidad de tales productos.

Existen ciertas facetas específicas de éste dirigidas a la protección del consumidor. Puede observarse en tal sentido que la función de tutela del consumidor que subyace la ley se manifiesta a través de los casos en que las distintas interpretaciones posibles de ésta pueden tener distintos efectos en el consumidor, sobre el público consumidor. Debe de tenerse en cuenta los intereses del consumidor.

Especial importancia tiene el interés del público consumidor cuando se trata de determinar la posibilidad de confusión entre dos marcas, a efectos de autorizar el registro de una de ellas frente a la oposición del titular de otra ya inscrita. Se ha considerado que debe tenerse en cuenta el interés del público consumidor en la aplicación de las normas de la ley que prohíben el registro de los signos que constituyen la designación habitual de bienes o servicios, o que fueran indicativos de su calidad o función o que carezca de novedad.

La función de protección al consumidor también ha sido considerada para evitar que una inscripción marcaria sea utilizada para impedir el uso de una marca extranjera preexistente que ha sido copiada a efectos de proceder a tal inscripción.

Por lo demás, la función de protección del consumidor que cumple el sistema marcario se ve complementada por el conjunto de normas dirigidas a regular el funcionamiento general de los mercados que, deben ser apreciadas conjuntamente en la legislación de marcas.

Las leyes de propiedad industrial tienen por objeto la tutela de los derechos de propiedad industrial, y también podemos afirmar que protege ulteriormente al consumidor del engaño y de la falsificación producida por actos de competencia desleal y la piratería; por tanto no escapa al ámbito de dicha normativa la protección de los derechos del consumidor

El consumidor presta atención a una marca que representa la calidad del producto o servicio, por tanto el consumidor adquirirá aquellos bienes a los que reputa con ciertos caracteres en virtud de estar signados con aquella.

La contratación sobre bienes marcarios podrá determinar que el consumidor resulte engañado sobre la calidad y procedencia de servicios y productos adquiridos. Diversos ordenamientos jurídicos establecen límites a la

contratación marcaría, con la finalidad de evitar la lesión de derechos de los destinatarios finales de productos y servicios.

La protección del consumidor se plasma en otros casos con la obligación de que el enajenante de determinada marca transmita conjuntamente con ella todos los signos marcarios idénticos o similares que sirvan para identificar productos o servicios ya sean originales o concurrentes.

Las leyes del derecho marcario constituyen una protección de los derechos del consumidor, dado que el consumidor puede ser engañado en varios sentidos y hay diversas leyes que establecen una protección contra diversas formas de engaño. A pesar de ello, en la mayoría de los casos sólo son instrumentos indirectos.

Sin embargo esas leyes sirven contra el engaño a los consumidores:

- Porque la legislación sobre marcas ayuda a establecer el vínculo existente entre el producto o servicio que el consumidor se propone adquirir y la empresa que la produce o comercializa; de este modo, ayuda al consumidor a exigir, entre los innumerables productos y servicios, aquellos que desea y que le inspiran confianza, en lugar de los que no quiere ni le merecen confianza.
- Porque la legislación sobre nombres comerciales permite identificar a una empresa determinada, de este modo ayuda al consumidor a tratar con la empresa que desea, entre las muchas existentes, y a no hacerlo con una empresa con la que no desea tratar.
- Porque la legislación sobre indicaciones geográficas exige que exista una relación verdadera entre determinado producto y determinado país, región o localidad, de este modo ayuda al

consumidor a elegir productos del país, región o localidad de su preferencia en lugar de otros procedentes de lugares distintos.

- Porque, la legislación sobre la competencia desleal prohíbe entre otras cosas, las afirmaciones e insinuaciones falsas en la comercialización de los productos y servicios; de este modo ayuda al consumidor a obtener informaciones correctas y a no verse engañado.

La confusión de marcas o marcaria se presenta por lo general en las marcas que son creadas en forma clandestina a fin de limitar las características de los productos de las marcas líderes, más prestigiosas para lo cual se aprovechan de sus ventajas competitivas, lo cual termina por afectar a los consumidores.

El perjuicio en el consumidor estriba en la falsa realidad o el engaño de los comerciantes que presentan un producto de baja calidad protegido por una supuesta marca ligada a una marca líder o notoriamente conocida. Ejemplo: Zapatillas Mike derivada de Nike, casacas de Sergio Valentini derivada de Sergio Valente, Buzos Abidas derivada de Adidas. Otro de los perjuicios de los consumidores es tomar elementos constitutivos de una marca ajena y presentarlos como propias sin darse el trabajo de hacer un previo estudio del mercado.

También, hay otros fenómenos marcarios surgidos a raíz de las diversas variantes que sufre la lengua castellana. Por ejemplo, la castellanización de los términos o la vulgarización de una palabra que pasa a constituirse en un término genérico. Ejemplo: la marca “Broaster” (pollo dorado), o la marca “Frigidaire”. En este caso lo que sucede con estas marcas es que al haber pasado a formar parte del idioma ya no diferencian un producto de otro, perdiendo con ello la función identificadora de todo signo distintivo, es decir pierden atributo distintivo y capacidad diferenciadora, pierden su power

selling, su poder seductor que las hace únicas en el mercado, ya no singularizan y con ello han perdido la esencia de todo signo marcario.

En el caso de la confusión marcaria; por ejemplo, si una empresa es titular de las marcas “Star”, “Star Premiun” y “Star 1” el consumidor asociará dichas marcas a una misma empresa, y considerará que presentan idéntica calidad, por tanto si el titular de los mismos enajena una sola de ellas, el consumidor resultará engañado, ya que marcas similares podrán identificar productos de diversa calidad.

Las leyes de la propiedad industrial son las que ofrecen una firme y sólida base jurídica para poder proteger los derechos de los consumidores. Por ello resulta necesario un mecanismo que ayude a prevenir las infracciones y sanciones de los infractores de la ley.

Cabe denotar que en todo país en desarrollo los problemas de la protección del consumidor se ven afectados por las grandes diferencias que existen en los niveles sociales, sobre todo en cuanto a la percepción de ingresos económicos, el grado de instrucción, educación, la información a través de medios de información y falta de conocimiento de los consumidores de sus derechos como tales, además de los factores de índole político, social y económico.

Es el Estado quien debe asumir el rol principal, quien debe tomar las medidas necesarias para proteger al sector vulnerable de consumidores del país, dado que la situación de los consumidores en un país en desarrollo se encuentran en una posición débil y desorganizados, frente a las empresas que producen y suministran productos y servicios de consumo.

Aún cuando puede reconocerse que los signos notorios, a la vista de la exacta representación que de los mismos tienen los consumidores, son más difícilmente confundibles que los menos notorios, resulta discutible que el

consumidor a la vista de la semejanza entre ambos establece una asociación mental. Con ello no se produciría, tal vez, una confusión, ni espacio al propio signo, ni respecto al origen empresarial de los productos dotados de marca. La semejanza, en cambio, podrá generar en el público de los consumidores una adquisición experimental o un intento de simular la tenencia de un bien reputado. Esta sería la finalidad del competidor: el aprovechamiento parasitario de la asociación con el mismo signo.

El sector mayoritario, subsume dicha noción no sólo en las representaciones falsas del consumidor sobre la identidad o el origen empresarial de un concreto producto o servicio, sino también, eventuales asociaciones que, respecto al signo notorio, pueda provocar la contemplación de la marca infractora.¹⁷⁵

Desde esta perspectiva resulta indudable la rectitud del mayor nivel de riesgo asociado a un signo notorio (signos notorios) se pueden suscitar en la mente del consumidor un riesgo de asociación con un signo notorio prioritario. La asociación no podrá producirse más que en aquellos supuestos en que el signo infringido posea una suficiente difusión en un gráfico.

El Riesgo de Confusión en el Derecho de Marcas

Los riesgos de confusión y asociación, integrantes del genérico riesgo de inducción a errores comprende los parámetros fundamentales que determinan el ámbito del derecho subjetivo de marca.

Del mismo modo que el riesgo de confusión, el riesgo de asociación constituye un peligro, es un concepto jurídico indeterminado, cuyo contenido habrá de integrarse con las pautas elaboradas jurisprudencialmente.

¹⁷⁵ Monteagudo, Montiano. "El riesgo de confusión en el Derecho de Marcas y en el Derecho contra la Competencia Desleal". Actas de Derecho Industrial. Tomo XV 1993. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A, 1994.

El riesgo de asociación es una figura diversa del riesgo de confusión. En la norma comunitaria el riesgo de confusión aparece como criterio único para delimitar la causa de denegación o nulidad relativa a conflictos con derecho anteriores.¹⁷⁶

El riesgo de confusión del derecho de marcas puede ser calificado como género, mientras que las figuras del riesgo de confusión y asociación de la marca serán las especies de aquel.

En el riesgo de confusión en sentido estricto, la confusión se proyecta sobre la identidad de la empresa titular. Cuando la distinción entre los signos resulte compleja, esto es, cuando a juicio del tráfico se trate de un mismo signo, se estará en presencia de un riesgo de confusión inmediato, confusión entre los propios signos. El riesgo de confusión mediato tendrá lugar en aquellos casos en que los signos no resulten confundibles entre sí, pero a juicio de los consumidores, y con base y características comunes a los signos confrontados, puede desprenderse la idea de que uno es derivación del otro y que ambos poseen un origen empresarial común.

Se decretará en cambio, la presencia de un riesgo de confusión en sentido amplio en aquellos supuestos en que el tráfico aprecie de que se trata de empresas titulares diferentes, pero debido a su similitud entre los signos, se considere erróneamente que entre ambos titulares median conexiones económicas u organizativas.

Junto a la similitud de los signos han de concitarse ulteriores circunstancias para la aceptación de la figura del riesgo de confusión; cobran especial relevancia que el signo infringido se haya convertido en el signo representativo de la propia empresa oferente y que no exista una distancia excesiva entre los productos a los que se aplican las marcas enfrentadas.

¹⁷⁶ Monteagudo, Montiano Op Cit

Si la función del signo es remitir a un titular empresarial no serán únicamente relevantes aquellos supuestos en que resulte una confusión entre los propios signos, sino que habrá que evitarse, todos los errores provocados por los signos, respecto al origen empresarial de los productos o servicios. La notoriedad del signo influye decisivamente en el riesgo de confusión que puede afectarle y correlativamente, en su ámbito de protección. La notoriedad del signo puede influir decisivamente en el contenido del derecho sobre la marca.

El sistema registral no pretende únicamente reducir el engaño en el mercado, sino cómo garantizar la seguridad jurídica de los signos prioritarios.

El riesgo de asociación, no puede encontrar su fundamento en las condiciones sistemáticas que apoyan el supuesto anterior. Si el riesgo de asociación tiene como supuesto ineludible la existencia de representaciones susceptibles de ser evocadas por un signo semejante, difícilmente podrá justificarse su protección ampliada, desde esa perspectiva al signo más débil le corresponderá la protección más radical para que pueda desarrollarse, y no aquel ya implantado en el tráfico.

El derecho subjetivo sobre la marca se extiende tanto a los supuestos de confusión efectiva o potencial, como a supuestos en que el empleo de un signo análogo por un tercero, sin mediar confusión, en sentido literal, respecto al propio signo o a su origen empresarial, sea susceptible de evocar en el tráfico una asociación con un signo notorio previo.

En conclusión podemos señalar que:

Un sistema equilibrado de la propiedad industrial debe velar por los intereses de los titulares de derechos marcarios y complementariamente velar también por la salvaguarda de los derechos del consumidor para que no se vea engañado por los fenómenos de confusión marcaria.

La esencia de un sistema marcario es que no existan marcas confundibles pertenecientes a distintos titulares porque ello perjudica tanto al titular de la marca que podría ver afectado su prestigio y mermada su clientela, como al público consumidor que correría probables riesgos de comprar equivocadamente.

Para evitar la confusión de marcas es necesario que éstas sean claramente distinguibles. Se dice que hay confusión cuando cotejando una marca después de la otra dejan el mismo recuerdo, la misma impresión, aún cuando en los detalles exista diferencia.



CAPÍTULO VIII

LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR Y LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN EL MERCADO



CAPÍTULO VIII

EL DERECHO DEL CONSUMIDOR Y LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN EL MERCADO

Consumir se ha hecho tan importante que para el hombre de hoy y sus consecuencias son de tal trascendencia, que en gran medida hoy el concepto de consumidor es una clave para entender innumerables cuestiones que rebasan lo meramente jurídico, e incluso se vinculan a la existencia misma del hombre moderno.

El Derecho del Consumidor tiene hoy tanto impacto en la economía de mercado, que se puede afirmar que actualmente constituye el centro, junto con el concepto de empresa, del Derecho Mercantil.

El Derecho del consumidor es una disciplina que ha tenido avances cualitativos al punto que hoy en día no se discute su enorme influencia en el Derecho en general y particularmente en el Derecho Privado.

La Carta Política ha elevado a *status* constitucional la protección del consumidor. Esta consagración es importante para el Derecho peruano. El principio pro consumidor ya había sido recogido por la constitución y dado que todo ordenamiento jurídico descende de la norma suprema, el Decreto Legislativo 716 lo único que hace es reconocer y explicitar las prerrogativas que tiene el consumidor.

En esta parte de la investigación, vamos a hacer un desarrollo de las relaciones entre la protección del consumidor y la prestación de los servicios públicos dentro de un enfoque sistémico que muestre la forma como el Estado se ha organizado administrativamente para supervisar la eficiencia -en

beneficio del consumidor- tanto en la prestación como en el desarrollo de los servicios públicos dentro de los modernos postulados de la desregulación y privatización de los servicios y la economía de mercado, y en tal virtud consideramos que es necesario abordar con carácter previo algunas definiciones o mejor dicho relacionar algunas categorías conceptuales que están íntimamente vinculadas con aspectos jurídicos y económicos que de una u otra manera constituyen puntos de partida para analizar este tema, más aún si partimos del hecho que el sistema de protección del consumidor se ha desarrollado en nuestro medio sobre la base de la economía de mercado. En este sentido vamos a agrupar conceptos de carácter jus-económico que tienen relevancia sobre el tema a fin establecer relaciones que nos conlleven a efectuar propuestas viables en la tesis.

1. RELACIONES DE LOS PRINCIPALES CONCEPTOS ECONÓMICOS Y JURÍDICOS SOBRE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

CONSUMIDOR MATERIAL

CONSUMIDOR JURÍDICO

CONSUMIDOR FINAL

CONSUMIDOR INDIVIDUAL

CONSUMIDOR CORPORATIVO

CONSUMIDOR MIXTO

De conformidad con los postulados de la Escuela Dogmática y Constructivista y siendo el consumidor el principal protagonista del mercado es necesario detenernos para apuntar algunos elementos característicos y establecer qué relación existe entre las distintas categorías conceptuales de consumidor, para determinar con precisión qué establece al respecto la legislación y la jurisprudencia.

No olvidemos que el liberalismo clásico se ha referido al consumidor como soberano del mercado. Adam Smith expresaba que “el consumo es la

finalidad exclusiva de la producción y únicamente se deberá proteger el interés de los productores cuando ello coadyuve a promover el del consumidor”.

Todo esto nos lleva a lo que en la doctrina se conoce como consumidor material y consumidor jurídico. Consumidor jurídico será aquel que realice el acto o negocio jurídico de adquisición del bien, producto o servicio. Consumidor material será aquel que realice la utilización, uso, disfrute o consumo del bien, producto o servicio.

Desde luego, el consumidor material puede coincidir o no con el jurídico. El consumidor del bien, producto o servicio puede ser quien lo haya adquirido o una persona distinta. En ambos casos se es consumidor, no obstante, la protección y el ejercicio de los derechos y garantías variarán según se trate de un consumidor material o jurídico.

El consumidor jurídico podrá ejercer los derechos, garantías y acciones derivadas de la adquisición relativas a las condiciones generales de la contratación, defectos o vicios derivados del contrato, etc. Por adquisición hay que entender no sólo adquisición en propiedad, sino también en uso, disfrute o posesión.

El consumidor material podrá ejercitar los derechos, garantías y acciones derivados de la utilización, uso o disfrute, como sanidad, seguridad y responsabilidad por daños.

De esta manera, desde un punto de vista subjetivo, consumidor es la persona individual o jurídica ubicada al final del circuito económico, pues pone fin, por medio del consumo o uso, a la vida económica del bien o servicio, siendo para nuestro Derecho absolutamente irrelevante que haya adquirido el bien o servicio. Por tanto, el comerciante que adquiere un bien o servicio para reingresarlo al mercado, de la misma manera o modificándolo, se encuentra excluido del concepto de consumidor. La actuación del consumidor en el

mercado no es empresarial, sino doméstica, es decir, alejada de todo ámbito profesional.

Por otro lado, en el Perú no se ha distinguido entre consumidor individual y consumidor corporativo, habiéndose adoptado un criterio amplio, de suerte que pueden ser considerados consumidores tanto las personas físicas como las jurídicas. Lo que define al consumidor es el propósito con el que consumo o mejor, el destino que en definitiva le da al bien o servicio adquirido. De este modo la persona jurídica que adquiere un bien o servicio y no lo hace con el propósito de integrarlo al circuito económico puede ser considerado consumidor.

Deducciones

1. Debemos precisar dos situaciones en la determinación del consumidor protegido por la ley:

- El destino que le da al bien o servicio adquirido
- El nivel de información que maneja para la toma de decisión al momento de adquirirlo.

2. No es suficiente que la persona adquiera un bien o servicio de manos de un proveedor para afirmar que estamos en presencia de un acto de consumo y por tanto considerado consumidor; es preciso que sea destinatario final de ese bien o servicio.

3. Se considera consumidor no solo a la persona natural o jurídica que adquiere el bien o servicio, sino también a aquella que lo utiliza y disfruta como destinatario final.

4. Falta certeza legal en aquellos casos en que se adquiere un bien o servicio como destinatario final y luego los vuelve a introducir en el mercado.

Este es el caso del uso mixto que en sociedades económicamente debilitadas como la nuestra no tiene el carácter de contingente, sino estructural. Cómo pasar este control de entrada establecido por la ley, cómo determina la ley esta frontera del consumo final y el uso mixto.

CIUDADANÍA ECONÓMICA
PROACTIVIDAD CIUDADANA
CONSUMIDOR CIUDADANO
CONSUMIDOR RAZONABLE
DILIGENCIA ORDINARIA.

Todos estos conceptos están relacionados por que aluden al consumidor como destinatario final de las normas de protección del consumo y de la determinación conceptual que el INDECOPÍ como institución tutelar del mercado ha establecido para precisar jurídicamente qué categoría de consumo está bajo el ámbito de su protección

Cuando se habla de ciudadanía económica o consumidor ciudadano o proactividad ciudadana lo que se quiere reflejar es la nueva concepción del ciudadano, quien antes era concebido como el administrado en el contexto de los servicios públicos, hoy se habla de consumidor ciudadano porque el Estado es también concebido como un prestador de servicios como veremos más adelante y en este sentido también debe protegerse al ciudadano en su vertiente económica para no afectar sus intereses económicos.

Por otra parte frente a esta ciudadanía económica también esta la llamada proactividad ciudadana es decir el derecho del ciudadano-consumidor a hacer valer su condición de protagonista del mercado, para exigir la prestación de los servicios públicos en condiciones mínimas de calidad y eficiencia, sea que el prestador del servicio sea el Estado o los particulares gracias a la privatización y a la desregulación de los servicios públicos.

Asimismo, es preciso abordar también el concepto de la llamada diligencia ordinaria del ciudadano consumidor, tema vinculado en nuestro contexto con el discutido concepto de “consumidor razonable”, que es una creación de nuestra jurisprudencia administrativa, toda vez que ninguna ley se refiere a él expresamente, lo cual no quiere decir que la jurisprudencia no deba ser creativa y por tanto extraer de la ley interpretaciones que se ajusten en su literalidad.

Lo que pasa es que esta interpretación jurisprudencial es limitativa, introduce un elemento subjetivo en el análisis del concepto de consumidor, y a partir de este nuevo elemento no es suficiente que el consumidor cumpla con los requisitos objetivos y ordinarios que la ley le exige, sino que además sea un “consumidor razonable”, creación que es del Derecho Anglosajón (The Reasonable Man) y que es un ideal de la materialización de todas las cualidades que demandamos de un buen ciudadano, es decir el ideal del comportamiento de todo hombre en la sociedad en que vive.

- Esta interpretación puede llevar a desproteger un amplio sector de consumidores.
- El problema de este razonamiento, es su excesivo carácter teórico. En efecto, es difícil saber a ciencia cierta si el mercado está funcionando o no y en ese ejercicio desproteger al consumidor. Esto es aún más peligroso en economías de mercado imperfectas como la nuestra, en donde los agentes del mercado se conducen atípicamente, donde la información a la que puede acceder el consumidor es escasa y los proveedores se hayan permanentemente acosados por las reglas de juego del mercado. Es decir, en una economía donde no hay cultura de mercado, partir del supuesto que el mercado esté funcionando perfectamente es perjudicial para el consumidor.

En suma, el hombre razonable es un ser especial, escaso, no es el consumidor promedio, sino alguien que se eleva por encima del promedio. Tal vez en otras latitudes, pueda hablarse de consumidor razonable con algún asidero, aunque lo dudo, pero en un país en el que existe un alto grado de analfabetismo y la cultura es precaria, es sencillamente una ilusión.

Esto nos confronta con la siguiente cuestión: la figura del consumidor razonable nos conduce a desproteger a un grupo de consumidores que constituye la mayoría. Es decir, de acuerdo con este razonamiento, una considerable cantidad de consumidores no estarían protegidos por la ley, aquellos que para INDECOPI serían consumidores torpes o irracionales, y que no saben conducirse en el mercado. Convengo en que hay que educar al consumidor, que el desarrollo de un país no depende sólo de la calidad de sus empresas, sino también de la calidad de sus consumidores. Consumidores exigentes generan empresas exigentes consigo mismas.

La calidad no depende sólo de quien produce, depende tanto o más de quienes compran. En ese contexto, el problema del Derecho de los consumidores es un tema que involucra el desarrollo económico del país. Pero todo esto no nos puede llevar a crear en “vía de interpretación” un consumidor que sólo tiene una existencia ideal o cuando menos muy limitada, y por tanto, proteger a un sector muy reducido de los consumidores. Además, esta interpretación jurisprudencial va a contrapelo de la tendencia mundial, que busca ampliar cada vez más el ámbito de protección de la legislación de consumo.

Deducciones

1. Hoy se habla de consumidor-ciudadano porque el Estado es también concebido como un prestador de servicios y en este sentido también debe protegerse el ciudadano en su vertiente económica para no afectar sus intereses económicos.

2. La proactividad ciudadana implica el derecho del ciudadano-consumidor a hacer valer su condición de protagonista del mercado, para exigir la prestación de los servicios públicos en condiciones mínimas de calidad y eficiencia, sea que el prestador del servicio sea el Estado o los particulares .

3. Calificar al consumidor con adjetivos como “razonable”, conduce a desproteger cierto tipo de consumidores, mas aún en una economía de mercado como la nuestra que revela sus imperfecciones por todos lados. Resulta innecesario por tanto, introduce elementos subjetivos para calificar al consumidor, basta con verificar si objetivamente se cumple con los requisitos de ley.

4. El consumidor es la parte débil en el contrato de consumo; su debilidad es estructural, es decir, responde a su ubicación en el mercado y a la lógica de éste. Esta debilidad se funda en los hechos que son innegables:

- Déficit de negociación,
- Déficit de reflexión
- Sobre todo déficit de información.

5. El razonamiento del INDECOPI como institución tutelar del mercado, nos puede llevar paradójicamente a crear en “vía de interpretación” un consumidor que sólo tiene una existencia ideal o cuando menos muy limitada, y por tanto proteger a un sector muy reducido de consumidores.

6. Esta interpretación jurisprudencial creemos que es contraria a la tendencia moderna de las legislaciones, que buscan hoy ampliar cada vez más el ámbito de protección de la legislación de consumo.

7. Consideramos que de ordinario el consumidor no puede tener la diligencia que propone la “interpretación jurisprudencial” del INDECOPI, si fuera así entonces no habría una “relación asimétrica” con el proveedor y consecuentemente no sería necesaria la protección del consumidor.

8. Por tanto, creemos que el concepto de “consumidor razonable” depende del tipo de bien o servicio que una persona va a adquirir, puesto que hay bienes que requieren mayor o menor información para poder comprarlos según que su naturaleza sea compleja o simple.

INFORMACIÓN RELEVANTE

ASIMETRÍA INFORMATIVA

REGLAS DE JUEGO DEL MERCADO

CONTRATOS DE ADHESIÓN

CONTRATACIÓN ESTANDARIZADA

CONTRATOS DE CONSUMO

Estos conceptos de mercado y de contratación están relacionados con el tema de protección del consumidor porque aluden en el fondo a la información adecuada y suficiente que una persona debe tener para ejercer su derecho de adquirir un bien o servicio en el mercado, aún en los contratos con cláusulas predispuestas. Esta correlación de conceptos nos permite construir la siguiente reflexión jurídica:

Contratos asimétricos – información incompleta:

- Déficit de información
- Déficit de negociación
- Déficit de reflexión

Ordinariamente en los contratos paritarios la obtención de información forma parte de lo que se conoce como costos de transacción, y corre a cargo

de cada una de las partes. No sucede así cuando estamos ante contratos asimétricos, como son los contratos de telefonía celular. Se habla de contratos simétricos porque un contratante es débil frente al otro, y es débil porque adolece de un déficit de información, un déficit de reflexión y un déficit de negociación. Tal es el caso de un abonado frente a una empresa prestadora de estos servicios, quien asume el costo del traslado de la información.

Es necesario, desde el punto de vista jurídico, establecer un marco normativo especial que proteja los derechos del consumidor para poner atajo a las distorsiones del mercado. La ley debe poner énfasis en la información al consumidor, la que se convierte así en la principal obligación de las empresas de servicios y el principal derecho del ciudadano. Una correcta administración de la información en el período inmediatamente anterior a la protección del contrato evitará los errores y abusos haciendo más eficiente el mercado sobre todo en los casos de contratación masificada.

La formación de los contratos estandarizados exige el amplio conocimiento de las condiciones económicas, técnicas y jurídicas, para que se pueda afirmar que existe una auténtica manifestación de voluntad. Este tema es muy importante en la prestación de los servicios públicos donde la contratación es fundamentalmente estandarizada, y lo que se pretende no es que los prestadores de servicios públicos sea el Estado o los particulares negocien con cada persona los contratos de suministro de servicios, porque eso sería ilógico; sin embargo lo que se busca es un adecuado sistema de protección del consumidor por el que se establezcan cláusulas que promuevan condiciones mínimas de calidad y eficiencia en el servicio, así como un adecuado sistema de atención de consultas y reclamos por facturación, corte de servicio y demás situaciones que se presenten en el servicio.

En efecto, no olvidemos que estos son contratos de suministro y que constituyen en esencia contratos de ejecución continuada y como tal tienen permanencia en el tiempo, y como no se agotan en un solo momento, es

viable un sistema que recoja poco lo que sucede en la relación de consumo para ir adecuándola a los requerimientos del usuario y a las exigencias del mercado, sin que ello signifique un abuso del consumidor ni tampoco un freno a las iniciativas empresariales de quienes prestan servicios públicos en el mercado, sino que por el contrario impliquen el desarrollo del mercado en condiciones de equidad.

Deducciones

1. Presunción de mala fe del proveedor, cuando en un contrato de adhesión escrito con determinado tamaño de caracteres, existiesen además, textos escritos con caracteres más pequeños, siendo estos últimos anulables.

2. Derecho de retractarse del consumidor dentro de un plazo prudencial después de celebrar el contrato o recibir el bien o servicio.

3. Interpretación contractual de modo más favorable al consumidor. Confirmación del “principio pro consumidor”.

CONTRATACIÓN CLÁSICA

CONTRATACIÓN CIVIL

CONTRATACIÓN DE CONSUMO

CONTRATACIÓN EN MASA

CONTRATACIÓN MODERNA

Ningún Derecho es estático e indiferente a los cambios sociales, económicos y científicos y, particularmente, el Derecho de los Contratos ha experimentado los cambios propios del mercado; por lo tanto, es necesario revisar los conceptos de la contratación clásica frente al surgimiento de la contratación de consumo y establecer qué relación existe entre ellas para entender la problemática de la protección del consumidor.

Hoy se habla de contratante débil y este concepto no es nuevo, pues subsiste en los contratos de trabajo, de seguros, de arrendamiento, de adhesión, etc.

Cuando se aborda el tema de la contratación de consumo lo primero que se nos revela es el hecho que la doctrina contractual clásica, recogida en la mayoría de códigos occidentales, resulta hoy insuficiente para atender los problemas que se presentan en las relaciones contractuales de consumo. En efecto, como veremos, la teoría general de las obligaciones fue diseñada sobre la base de un esquema económico que hoy ha cambiado radicalmente. Además, ideológicamente hablando nuestros códigos civiles se inspiran en principios liberales como igualdad y libertad, que no han perdido importancia, pero cuya verificación en el mercado es difícil sobre todo cuando se trata de contratación de consumo.

A esto hay que sumar que la contratación de consumo es en cierto modo una expresión de la contratación comercial y ésta mayoritariamente es contratación en masa, cuyas expresiones más acabadas son el contrato por adhesión y las cláusulas generales de contratación. En otros términos, de ordinario quienes utilizan los contratos en masa son los empresarios, y lo hacen para vincularse con sus clientes quienes comúnmente son consumidores. De este modo, la dinámica económica que atendía la contratación clásica ha variado de manera radical, más aún en materia de prestación de servicios públicos, que por su naturaleza implican contratos masivos de cláusulas predispuestas por el operador público o privado, donde lo que se busca es un equilibrio para ambas partes y que se garantice la calidad, la transparencia, la eficiencia y la equidad en las relaciones del suministrante y el suministrado.

Por ello algunos autores afirman con razón que actualmente ya no es posible hablar de libertad con todas sus letras; la libertad plena no existe en el contrato de consumo, lo mismo que la igualdad. El reto del Estado en este

contexto es organizarse adecuadamente para establecer los mecanismos administrativos que de una u otra manera protejan eficientemente los intereses de los consumidores y usuarios a través de organismos supervisores o reguladores como veremos más adelante.

Deducciones

1. Hay una crisis de la contratación clásica frente al surgimiento de la contratación de consumo (Teoría del Contratante Débil).
2. El Derecho del Consumidor ha significado un movimiento renovador del Derecho Contractual.
3. Se puede hablar del contrato de consumo como categoría jurídica con entidad propia.
4. La legislación no debe buscar una colisión entre la contratación civil o la contratación clásica y la contratación de consumo, sino una armonización, que en su conjunto tienda a preservar la defensa de los derechos del consumidor

2. EL ESTADO COMO PROVEEDOR DE SERVICIOS EN UN A RELACIÓN DE CONSUMO

El Estado concebido jurídicamente como el cuerpo político de una Nación o como la organización política y jurídica de la sociedad, dotada de poder respecto a un territorio determinado; es por antonomasia un “prestador de servicios públicos” para con los administrados, que precisamente han delegado en él, el fomento y la prestación eficiente y responsable de una serie de servicios de carácter social amplio.

Desde la época de Aristóteles hasta los planteamientos jusnaturalistas se ha determinado que la causa final del Estado es el “bien común”, o sea, el “bien a la comunidad” lo que constituye una verdad firme y universal que todo Estado tiende a desarrollar independientemente del esquema ideológico en que

se sustente. Aristóteles señalaba que el hombre se congrega en sociedad no para el bien de uno, sino para el bien de todos en sentido comunitario.

Raúl Ferrero definía el “bien común como el conjunto de condiciones sociales que favorecen la existencia y el desarrollo del hombre”¹⁹³. Es el medio social propicio para que la persona se realice. No es una masa de bienes por repartir, sino un orden justo, más allá del cual existe para el individuo un fin último. El bien común es compartible por que todos cooperan, es redistribuible por que redundando en beneficio de todos y jerárquico por que ocupa una posición superior a los bienes del hombre y del Estado. Expresa Ferrero que la consecución del bien particular es favorecida o flanqueada por la existencia de un orden que brinda seguridad y justicia, a través de los servicios públicos.

El bien común centra la vida de la comunidad política, anima la actividad del gobierno y da sentido a la ley como instrumento de acción.

Tal definición del bien común como el medio social propicio para que el hombre realice sus potencialidades, a decir de Santo Tomás de Aquino, es individualista, por ello hay que sobreponerle la concepción comunitaria; el bien común es un orden justo para la vida suficiente de una comunidad. Tiene el carácter de bien intermedio para hacer alcanzable el bien individual y familiar.

Si a la idea del bien común se la despoja de su connotación filosófica, viene a ser lo que llamamos “interés social”. El bien común no es fórmula de gobierno sino un principio rector. Por eso Dabin lo denomina “bien común público”, agregando la palabra público para expresar que engloba bienes sociales considerados indispensables para el bien individual, como son la seguridad de la vida y la de poseer el fruto del trabajo, la educación, el matrimonio, los servicios de salud, los medios de transporte masivo, la vivienda, etc.

¹⁹³ Ferrero, Raúl. Ciencia Política, 1984, 7ma. Edición. Lima, Editorial Ausonia. 1984

Por otro lado, otro de los dogmas clásicos de la Teoría del Estado es la “Separación de Poderes” que pertenece al bagaje estándar del Estado constitucional desarrollado por Montesquieu y que surge para el cumplimiento de los roles del Estado. Pero lo que en realidad significa la separación de poderes, es el reconocimiento de que el Estado tiene que cumplir determinadas funciones. La libertad es el telón ideológico de la Teoría de la Separación de Poderes, que no es sino la forma clásica de distribuir y controlar el ejercicio del poder político.

Karl Lorwstein sostiene que “lo que corrientemente, aunque erróneamente, se suele designar como la separación de los poderes estatales, es en realidad la distribución de determinadas funciones estatales a diferentes órganos del Estado”.¹⁹⁴ El concepto de “poderes” pese a lo profundamente enraizado que está, debe ser entendido en este contexto de una manera meramente figurativa, por eso Lorwstein habla en su obra de “separación de funciones”, obviamente es la procuración del bien común.

Posteriormente, en la segunda década del siglo pasado, la Constitución Mexicana de Querétaro (1917) y la Constitución Alemana de Weimar (1919), desarrollan los principios del llamado “constitucionalismo social” a través de fórmulas nuevas sobre el interés social, que revolucionaron los esquemas políticos de la época y que recogieron después casi todos los ordenamientos jurídicos. El Estado con esta teoría asume nuevos roles y funciones de carácter social más amplio, con una cobertura más completa. Luego la crisis del año 1929 reformuló las líneas de un intervencionismo estatal más creciente.

Hoy a la luz del mundo moderno de globalización económica, de apertura de mercados, de desaparición de fronteras, de pacificación, etc., el Estado ha redefinido su esquema de división de funciones, según la exigencia que los cambios socio económicos le imponen, por ello asume hoy un nuevo rol en la búsqueda del bien común, fijando nuevas reglas del juego económico.

¹⁹⁴ Karl Lorwstein. Teoría de la Constitución. Barcelona, Editorial Ariel Demos. Ciencia Política. 1993.

En este contexto, las normas jurídicas que regulan la prestación de servicios públicos han sido modificadas obviamente para otorgarles mayor eficiencia, celeridad, calidad y sobre todo mejor cobertura y un alcance social.

Por lo tanto, el Estado moderno en las reglas del mercado debe interactuar con otros grupos y fuerzas que al manifestarse adquieren un peso político porque poseen un grado de influencia original distinto de él, y para no seguir en el desencanto colectivo de la sociedad que espera la consecución del bien común, es necesario tomar en cuenta los desafiantes y sugestivos trabajos Coase y de Postner y los planteamientos del Law and Economics, que al margen de sus posiciones filosófico sociales y del frío análisis económico, han replanteado la investigación jurídica, obligando a tomar en cuenta el funcionamiento económico de las instituciones del Derecho.¹⁹⁵

En este contexto, el Estado peruano en materia de servicio público ha efectuado innovaciones normativas, llamadas por la doctrina moderna como “Desregulación de Servicios Públicos”. Sobre este punto ahondaremos más adelante.

2.1 El Estado Proveedor de Servicios

La prestación de servicios públicos constituye una de las características más prominentes en la estructura del Estado moderno, y la intervención estatal en este sentido es amplia pues abarca aspectos tan amplios y diversos como seguridad social, educación, cultura, recreación, deportes, tutela jurisdiccional, orden interno, entre otros, por ello la participación en el mercado deviene en un aspecto importante del aparato estatal.

Por otra parte, existen elementos del Estado de una misma categoría e importancia que de una u otra manera determinan ciertas características en la

¹⁹⁵ Fernando de Trazegnies Granda. Prólogo del libro Introducción a la Juseconomía, de Anibal Sierralta Ríos, Lima, Fondo Editorial PUCP. 1996.

forma como el Estado presta los servicios públicos. En efecto, la tradición e idiosincrasia, el territorio, el aparato administrativo, el poder soberano, el orden económico, político y jurídico, entre otros elementos similares y complementarios, influyen en la forma cómo el Estado establece las regulaciones del mercado a fin de corregir las distorsiones que pueden afectar los grandes objetivos nacionales.

El Estado peruano ha llevado a cabo en los últimos años varios ensayos para encontrar la organización administrativa más adecuada para prestar servicios públicos; en tal sentido por ejemplo ha privatizado algunas empresas públicas, ha facilitado el acceso y la concurrencia del sector privado en la prestación de servicios públicos antes reservada sólo al Estado sin afectar el beneficio a los ciudadanos, ha efectuado severos procesos de reingeniería en algunas instituciones públicas (como el INDECOPI, la Sunarp, Sunat, etc.) Es obvio que todos estos cambios operados por el Estado han ido acompañados de la correspondiente legislación que ha dado el soporte necesario para asumir los retos que implica prestar un servicio público.

Quizás uno de los hechos más importantes del Estado en este contexto es de la desregulación de los servicios públicos, que ahora son prestados por empresas privadas y la creación de organismos reguladores de la prestación de dichos servicios públicos, como es el caso de Osiptel, Sunass, Osinerg, Ositran.

La visión del Estado moderno como “prestador de servicios”, implica una nueva cosmovisión en materia de servicio público, donde la indefensión y el oscurantismo que tiene y la dictadura de la ventanilla y del escritorio (de la que hablaba Ribeyro), de la que es presa hoy el ciudadano, pasemos a hora un servicio con valor agregado, donde el Estado se acerca al ciudadano, donde la transparencia, eficiencia y celeridad es parte del servicio mismo. Esta nueva visión que todos esperamos de un Estado en la hora actual, significa una ardua tarea que debe pasar por una redefinición de la misión, visión y valores

de la burocracia moderna, por la creación de nuevas estructuras de decisión administrativa y de gestión pública, para evitar insatisfacción en el ciudadano consumidor que espera siempre inmediatez, eficiencia, eficacia, simplicidad, calidad de servicio, atención personalizada, etc.

Esta nueva cosmovisión del servicio público traerá consigo el establecimiento de nuevas relaciones de confianza entre Estado-Consumidor, para ello el Estado debe ser capaz de observar desde el punto de vista integral lo que significa un servicio público y hacer lo que cualquier prestador de servicios hace, ver que quiere el cliente y luego tabular una matriz de resultados y crear productos para satisfacer las necesidades ciudadanas, no temer al reclamo, por que la cultura del reclamo en una sociedad incentiva las mejoras, la creatividad y la innovación re en la prestación de los servicios.

Algo que se puede hacer al respecto es por ejemplo: dar mayor acceso a los servicios estatales de solución de conflictos; promover una mayor sinergia entre las instituciones relacionadas con la prestación de los servicios públicos; orientar al consumidor; informar a los consumidores sobre sus derechos; crear procedimientos estandarizados(procedimientos paper less); obtener y tabular estadísticas de gestión pública para retroalimentación , tener una visión integral de los problemas ciudadanos, etc. Si el Estado no es capaz de crear una nueva cultura como prestador de servicios públicos, los ciudadanos en tanto consumidores subvertirán el orden y saltarán con facilidad la valla de la burocracia en la búsqueda de un sistema de gestión y mejor atención al público.

Si el Estado no hace nada por acercarse al ciudadano, entonces es un si mismo un fracaso

2.2 Servicio Público

Administración del Estado, dirigido a la satisfacción de una necesidad pública, como un proceso técnico prestacional.

El signo de esta época es la de la multiplicación de los servicios públicos, consecuencia de las tendencias políticas de orden social que predominan en los Estados modernos.

Guillermo Cabanellas define al servicio público como “Concepto capital del Derecho Político y del Derecho Administrativo es éste del servicio público, que ha de satisfacer una necesidad colectiva por medio de una organización administrativa o regida por la Administración Pública”.¹⁹⁶

La noción de servicio público se ha intentado perfilar y precisar sin resultados satisfactorios, desde la constitución misma del Estado moderno, siendo aún en nuestros tiempos un concepto impreciso, por lo que puede afirmarse que los conceptos son tantos como autores se han ocupado de él¹⁹⁷.

Señala Roberto Dromi que sistematizando una interpretación positiva, tenemos el siguiente esquema:

- a) Máxima: Servicio publico es toda actividad del Estado cuyo cumplimiento debe ser asegurado, regulado y controlado
- b) Media : Servicio público es toda la actividad de la administración publica
- c) Mínima : Servicio publico es una parte de la actividad administrativa.

El servicio público tiene un régimen especial que implica una triada de elementos:

1. Fin que cumple: satisfacer una necesidad pública colectiva. Interés público.

¹⁹⁶ En “Diccionafrio Enciclopédico de Derecho Usual”. Tomo VII (pp. 396-397), 18° Edición. Buenos Aires, Heliasta SRL, 1995

¹⁹⁷ DROMI, José Roberto. Derecho Administrativo Económico. Tomo II. Buenos Aires, Astrea, 1985.

2. Organización que lo presta: administración pública directa o indirecta
3. Forma o régimen jurídico que lo regula: público

Boquera Oliver¹⁹⁸, desdobra las diversas acepciones que el concepto de servicio público ha merecido. Así, para unos “servicio”, es una organización de medios, y para otros una actividad o función estatal. En cuanto al término “público”, las tendencias doctrinales se dividen de acuerdo a: la condición del sujeto titular (personas públicas); el fin del servicio (público); el régimen jurídico al que se somete (derecho público); los destinatarios o usuarios (el público)

Los servicios públicos como dato sociológico de la actividad pública prestacional, son subsumidos en las funciones del Estado.

El servicio público es la prestación realizada por la administración pública activa, directa o indirectamente, para la satisfacción concreta de necesidades colectivas y asegurada esa prestación por el poder de policía.

Quiere decir entonces que el hecho de que algunos servicios públicos puedan ser eventualmente prestados por particulares debidamente autorizados por el Estado, no le quita su connotación jurídica de servicio público; tal es el caso de la educación.

2.3 Relación de Consumo en relación al Servicio Público

El hombre, como persona humana, es sujeto de necesidades desde su nacimiento y como tal es consumidor individual o colectivamente. Como ya hemos señalado anteriormente el Estado es en sí un prestador de servicios y establece frente a los ciudadanos una “relación de consumo”, por cuanto las personas en tanto tenemos la condición jurídica de consumidor exigimos del Estado el cumplimiento de sus obligaciones de servicio y en tal sentido, el Estado debe cumplir los estándares mínimos de calidad, eficiencia, celeridad,

¹⁹⁸ Boquera Oliver, José María. Derecho Administrativo, Madrid, IEAL. 1972. Volúmen I, pág. 211.

bajos costos sociales y económicos que se esperan y se exigen a cualquier proveedor; por eso es importante que la organización administrativa por la que opte el Estado para prestar un servicio sea ágil y adecuada.

Esta relación de consumo es una relación viva, dinámica, fluida, que implica una retroalimentación de información para lograr la eficiencia y calidad en los servicios públicos y releva la concepción clásica, rigorista y formal que implicaba antes una relación con el Estado basada en criterios de rigidez administrativa entre el Estado y los particulares. Hoy el fenómeno de colaboración entre los particulares y el Estado es intensa y se desarrolla a través de diversas formas.

Según Savigni, el más notable expositor de la Escuela Histórica del Derecho, en la realidad social concurren y se polarizan una serie de vinculaciones o relaciones interindividuales, unos con otros se relacionan para satisfacer necesidades y otros para equilibrar sus intereses con los de los demás. Es ésta la relación de consumo entre el Estado y los administrados, porque existe de por medio una materia con determinación jurídica, el servicio público.

3. DESREGULACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

3.1 Desregulación o Liberalización

Cuando se analizan las cuestiones relacionadas con la desregulación de servicios públicos la primera cuestión que debe plantearse es la relativa a la utilización del término desregulación, término que parece dar a entender la desaparición de cualquier norma que regule actividades económicas. En realidad la utilización del término tiene su origen en la contraposición entre libre competencia y regulación, entendiendo por regulación el conjunto de normas que impedían que una actividad se realizara en régimen de libre competencia. Pues bien, cuando en esa dicotomía se opta por la libre competencia frente al

régimen de monopolio o el intervencionismo, se califica a esa política como desregulación mediante la traducción excesivamente literal del término inglés “deregulation”, aun cuando también se hayan utilizado otros, tales como desintervención, liberalización, neoregulación, re-regulación, etc.¹⁹⁹, que transmiten de forma más precisa que no se trata tanto de suprimir las normas como de cambiar la orientación de sus contenidos, ya que con frecuencia el denominado proceso de desregulación comporta un incremento de la regulación.

Esta afirmación es fácilmente comprensible si se tiene en cuenta que el proceso de liberalización normalmente va unido a un proceso de privatización de empresas pública que, con frecuencia, actuaban en régimen de monopolio, y ese proceso evidencia la necesidad de nuevas normas que regulen aspectos que no era preciso regular porque eran resueltos por el mismo monopolista, es decir, directa o indirectamente por el propio Estado. A nadie le cabe la menor duda que la liberalización, por poner un ejemplo, de determinados servicios aeroportuarios implica necesariamente la exigencia de nuevas regulaciones, no solamente para determinar quién tiene acceso a determinada actividad, sino incluso para resolver los conflictos que puedan producirse por el simple hecho de que a partir de determinado momento vayan a hacer varios aquello que con anterioridad solamente hacía uno.

Luis Berenguer Fuster, Vicepresidente del Tribunal de Defensa de la Competencia de España, en su exposición desarrollada en el Seminario Internacional sobre Políticas de Competencia, llevada a cabo en Lima del 25 al 29 de mayo de 1998 con ocasión del V aniversario de Indecopi, expresó que en sus informes ha preferido la utilización del término liberalización al de desregulación. En todo caso la cuestión no debe concebirse como meramente terminológica, si verdaderamente se quiere señalar que al hablar de

¹⁹⁹ Juan Miguel De la Cuetara Martínez, “Tres Postulados para el nuevo Servicio Público” en la obra de Gaspar Ariño, J.M. De la Cuetara y J.L. Martínez López-Muñiz “El Nuevo Servicio Público”. Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, 1997, págs. 121-122, ha señalado que las palabras “liberalización”, “privatización” y “desregulación” se hacen así casi sinónimos, si bien cada una pone el acento en una acción específica (aumento de libertad, reducción de empresas pública, supresión de trabas normativas).

liberalización o desregulación de servicios públicos se está hablando de introducir competencia en el sector.

En efecto, desregulación no debe ser confundida con abrogación de normas. Como ha señalado el Profesor Soriano García con referencia a la doctrina británica y norteamericana, “en muchas ocasiones ha sucedido más bien lo contrario: que la desregulación de las rutas y tarifas en el transporte aéreo en Estados Unidos se ha traducido en una mayor regulación sobre formación de pilotos y sobre seguridad”²⁰⁰

En consecuencia no podemos entender desregulación como desaparición de normas o progresiva desaparición del Estado en la Economía, sino en una redimensión de la intervención del Estado a aquello que le es propio, es decir, en asegurar los objetivos de interés público que le son propios y asegurar la libre competencia²⁰¹

A tales efectos vamos a utilizar el término desregulación en un sentido equivalente al de liberalización, es decir, como un proceso que conduce a la introducción de competencia en el mercado y no como equivalente al “laissez faire”.

En este sentido hay que tener en cuenta que la desregulación no puede ni debe olvidar los objetivos de interés público de la intervención del Estado en materia económica. No se trata de que el Estado no intervenga, sino de que intervenga exclusivamente para asegurar tales objetivos, porque en modo alguno ni regulación ni liberalización pueden significar el olvido de los objetivos sociales o el abandono de los servicios públicos²⁰². Otra cosa consiste en determinar si la política de liberalización conduce a un nuevo concepto de

²⁰⁰ Soriano García, Jorge Eugenio, “Desregulación, privatización y Derecho Administrativo”. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 1993, pág. 9.

²⁰¹ Soto, Alonso, “Competencia y Desregulación Económica: los informes del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre la liberalización de los servicios” en “Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez. “Editorial Civitas. Madrid, 1996. (Separata), Pág. 658. También Amadeo Pettibó, Juan, “Competencia, reforma de la Regulación, Privatización y competitividad” en “Ekonomiaz. Revista Vasca de Economía”. Número monográfico sobre Competencia y Regulación de Mercados n° 37, 1er cuatrimestre de 1997, Pág. 25.

²⁰² Amadeo Pettibó, Juan, op. Cit., Págs. 25-26.

servicio público con un contenido diferente al que tuvo desde su formulación en el siglo XIX.

La liberalización no implica desatención de los objetivos sociales, ni la desaparición de la noción de servicio público. Existen muchas alternativas tales como la concesión, los contratos, programas con el estado o a la imposición a empresas privadas de obligaciones de servicio público.

En estas ideas ha venido insistiendo el Tribunal de Defensa de la Competencia Español en sus informes en los que, como se ha indicado con anterioridad, ha utilizado el término liberalización de servicios públicos en lugar del de desregulación.

3.2 El Nuevo Concepto de Servicio Público en la Desregulación

Desde su aparición en la jurisprudencia y la doctrina francesa del siglo XIX, la noción de servicio público ha distado mucho de ser pacífica y de ser unánimemente admitida por todos con idéntico contenido. No se trata ahora de reproducir la vieja polémica entre Duguit y Haoriou sobre el sentido del servicio público, pero no por ello se debe dejar de señalar que si en un principio el concepto de servicio público había surgido para justificar la necesidad de la actuación de la administración pública en determinados sectores a los que no llegaba el libre funcionamiento del mercado, el propio concepto ha sido objeto de ampliación hasta el punto que ha ido derivando en una concepción en la que la dimensión de servicios públicos se ha ampliado. En buena medida, como consecuencia de esa ampliación se ha podido considerar que el sistema natural de prestación de los servicios públicos lo constituía el régimen de monopolio.

Como reacción frente a esa ampliación del concepto de servicio público surge en los textos de la Comunidad Europea a partir de 1987 el concepto de “objetivo del servicio universal”. Este nuevo concepto viene a significar dos

extremos, en primer lugar un servicio de base que ha de ser ofrecido al conjunto de los ciudadanos a condiciones tarifarias asequibles y con un nivel de calidad standard, y en segundo término una obligación que se impone a los operadores en régimen de concurrencia para que el libre juego del mercado no se dedique a prestar exclusivamente los servicios en aquellos extremos en los que sea rentable, dejando al margen a importantes sectores de los ciudadanos²⁰³.

Como puede fácilmente comprenderse, el concepto de servicio universal ni supone un concepto antagónico al de servicio público ni tampoco un cambio radical en los efectos sociales de los servicios, sino que viene a poner el acento en el régimen de prestación de los servicios. El nuevo concepto precisa de un cambio en la regulación de los servicios públicos, cuyos límites no están perfectamente delimitados. Como ha señalado acertadamente el profesor Ariño: “El cambio esencialmente consiste en el paso de un sistema de titularidad pública sobre la actividad, concesiones cerradas, derechos de exclusiva, obligación de suministro, precios administrativamente fijados, carácter temporal (con reversión / rescate en todo caso) y regulación total de la actividad hasta el más mínimo detalle, a un sistema abierto, presidido por la libertad de empresa, esto es, libertad de entrada (previa autorización reglada), con determinadas obligaciones o cargas de ‘servicio universal’, pero con libertad de inversión y amortización y, en definitiva, en régimen de competencia abierta, como cualquier otra actividad comercial o industrial, en la que hay que luchar por el cliente (no hay mercados reservados ni ciudadanos cautivos)”²⁰⁴.

Es necesario concluir que la nueva concepción de servicio público ha de considerarse fundamentalmente unida al concepto de prestación de servicios en régimen de competencia, y fundamentalmente como una imposición dirigida a quien ha de prestar tales servicios, pero no como una pérdida de los beneficios sociales.

²⁰³ Conseil d'Etat, “Rapport publique 1994. Etudes et documents N° 46”. Paris, 1995.

²⁰⁴ Ariño Ortiz, Gaspar, “Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico. (Hacia un nuevo modelo de regulación)” en “El Nuevo Servicio Público” anteriormente citado, Pág. 25.

Es verdad que en cierta medida el concepto de servicio universal va unido a una cierta disminución del tamaño del servicio que se presta, pero al fin y al cabo no hay que olvidar que el alcance y tamaño del servicio constituye una opción propia de gestión administrativa y que siempre se va a tender a ampliar el servicio.

Diferentes opciones políticas pueden significar dimensiones diferentes y ello será particularmente significativo en los servicios públicos de contenido social, tales como la sanidad o la educación.

En los últimos tiempos constituye una opinión generalizada que la competencia es uno de los motores del crecimiento económico, y de esta afirmación se deduce la apertura al debate de determinadas cuestiones tales como las relativas al papel de las empresas públicas, la revisión del concepto de servicio público, las privatizaciones, o bien el alcance de la regulación.

Antonio Creus en una exposición desarrollada en el Seminario Internacional sobre Políticas de Competencia llevada a cabo en Lima del 25 al 29 de mayo del 98 con ocasión del V Aniversario de INDECOPI, expresó que la nueva connotación del servicio público incluye hoy un conjunto de obligaciones que antes eran prestadas únicamente por un operador dominante (el Estado) y que ahora son cumplidas también por un operador que reúna determinados requisitos. Esta prestación debe asegurar el acceso a todos los usuarios a un servicio de calidad y a precios asequibles sin ser discriminatorio.

En la Comunidad Europea no se prejuzga el carácter privado o público de las entidades encargadas de ofrecer servicios públicos y no exigen ninguna privatización. Los comportamientos anticompetitivos de estos entes son controlados por la Comisión Europea independientemente del estatuto público o privado de las empresas.

Para analizar el panorama actual de los servicios públicos en la Unión Europea, es importante remitirse a la Comunicación de la Comisión publicada en 1996, "Los servicios de interés general en Europa"²⁰⁵. En ella, la Comisión hace hincapié en la necesidad de buscar un equilibrio entre el fortalecimiento del mercado interior, basado en la libre competencia, y la subsistencia de los servicios públicos. La introducción del mercado sin fronteras y el desarrollo de nuevas tecnologías representan un nuevo reto para los tradicionales monopolios de Estado que se ven obligados a mejorar la oferta, la calidad y a bajar los precios para hacer frente a la aparición de nuevos operadores en el mercado.

4. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

La responsabilidad del Estado constituye, sin duda, una de las instituciones más importantes y fundamentales en la configuración de todo Estado de Derecho. Esta figura, quizás una de las más importantes del Derecho Administrativo, no era reconocida en un principio por los Estados que en épocas anteriores se consideraban irresponsables. Así, se aducía en la mayoría de los casos el principio de derecho anglosajón conforme al cual "El Rey no comete errores" (The King can't do wrong) y, por tanto, no podía ser responsable.

No obstante, el moderno desarrollo del Estado y sus instituciones hizo posible la atenuación y flexibilización de esta irresponsabilidad hasta la consagración clara y definitiva del principio de responsabilidad patrimonial en la mayoría de los países civilizados. El punto de referencia principal en este sentido lo constituye el Arret Blanco del Tribunal de Conflictos Francés del 8 de febrero de 1873 en el que se establece por vez primera la responsabilidad de la

²⁰⁵ 96/C 281/03. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, n° C 281, de 26 de setiembre de 1996.

Administración por los daños causados a los particulares en la prestación de los servicios públicos.

Actualmente podemos decir que la responsabilidad administrativa, como sistema que permite a los particulares reclamar y obtener indemnizaciones por los daños patrimoniales ocasionados por el Estado, engloba el resarcimiento de todo tipo de daños derivados tanto de la actividad ilícita o anormal de la Administración como de su actividad lícita o normal.

Ahora bien, hablar de la responsabilidad del Estado en materia de prestación de servicios públicos y teniendo en consideración la desregulación de servicios, implica revisar la forma como el Estado se ha organizado para hacer frente jurídica y administrativamente a los problemas derivados de los servicios públicos, donde la figura del ciudadano constituye la de un consumidor frente a una relación de consumo que se establece con el Estado por el hecho mismo de ser un ciudadano.

El Estado dentro de este contexto ha creado entidades reguladoras de acuerdo al tipo de servicio con la finalidad de que haya una eficiente supervisión en la prestación de los servicios públicos privatizados o desregulados. Estos organismos son OSINERG, OSITRAN, OSIPTEL y SUNASS, las cuales tienen la función fiscalizar la prestación de servicios y evaluar el desempeño de las entidades que los prestan, por otro lado también ejercen la facultad sancionadora de acuerdo a su propia legislación.

Por otro lado, la Constitución Política del Perú establece como deber primordial del Estado garantizar el derecho a la vida, salud y bienestar, para lo cual es necesario contar con ciertos servicios que no solamente se presten a toda la comunidad, sino también que sean de calidad, es en tal razón que el Estado se vio en la necesidad de crear esos organismos.

El principal organismo creado por el Estado fue el INDECOPI, estructurado para regular los temas de libre competencia en el mercado y la protección de la propiedad intelectual.

5. EL INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL- INDECOPI

5.1 Creación

El Gobierno del Perú inició en 1990 un profundo proceso de reforma estructural del Estado y de la economía.

Los pilares de esta reforma son la apertura económica y el aliento a la inversión nacional y extranjera. Se optó pues por una economía de libre mercado.

Sin embargo, al liberarse las fuerzas del mercado siempre pueden existir algunas distorsiones generadas por rezagos de intervencionismo estatal o por prácticas contrarias a una sana competencia.

Se requiere un árbitro que sin intervenir ni distorsionar el mercado garantice la salud del sistema económico de manera que las reglas básicas de la competencia sean respetadas por los agentes económicos y por el Estado.

Es así que, como parte esencial de la reforma, se creó mediante el Decreto Ley 25868, en noviembre de 1992, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, INDECOPI.

El INDECOPI asume que los protagonistas del mercado son los agentes económicos, esto es los consumidores y los productores. A ellos corresponde decidir qué producir, cómo producir y a qué precios producir. El INDECOPI es

un mero observador que se limita a regular la lealtad y la transparencia en el mercado.

El INDECOPI es una institución sui generis, pues reúne bajo sus competencias aspectos muy diversos aunque siempre unidos por el común denominador de tutelar el libre mercado. Así puede actuar para evitar prácticas monopólicas o restrictivas de la libre competencia, garantizar al consumidor información adecuada en tutela de sus derechos, evitar los actos de competencia desleal, reducir los costos de acceso y salida del mercado, evitar los actos de competencia costos de acceso y salida del mercado son impuestos por el propio Estado, evitar el desarrollo de prácticas desleales en el mercado internacional vía dumping o subsidios, y a la vez eliminar toda forma de barreras para-arancelarias. Además se encarga de la protección de todas las formas de la propiedad intelectual, desde los signos distintivos hasta los derechos de autor, pasando por las patentes, la biotecnología, etc.

La concepción de INDECOPI y la diversidad de sus funciones reunidas en una sola organización la convierten en una institución única a nivel mundial. Esto permite el desarrollo de una política coordinada y bien estructurada del libre mercado y el fomento de la competencia.

5.2 Significado y Principios

El INDECOPI cumple su función con base en dos principios fundamentales:

- Autonomía, y
- Carácter eminentemente técnico

El INDECOPI es un ente autónomo, tanto respecto al resto del aparato estatal como respecto al propio sector privado. Autonomía no significa, sin embargo, aislamiento. Por ello, su Consejo Consultivo, que recomienda las políticas institucionales al Directorio del INDECOPI, está compuesto por

representantes provenientes en igual número del sector privado y del sector público.

De otro lado, el INDECOPI es un ente eminentemente técnico, cuyos miembros han sido elegidos por su experiencia en las materias que les corresponde conocer y decidir, para de esta manera garantizar su independencia frente a cualquier intento de injerencia externa que restrinja el libre mercado.

5.3 Estructura de Indecopi

Para el cumplimiento de sus funciones, la ley ha previsto que el INDECOPI cuente con una estructura orgánica administrativa y una estructura orgánica funcional.

5.3.1 Estructura Orgánica Administrativa

La estructura orgánica administrativa de INDECOPI está conformada por:

- **El di rectorio**, que es el órgano máximo del INDECOPI y está conformado por tres miembros: dos representantes del Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales y uno del Ministerio de Economía y Finanzas. Entre ellos se designa al Presidente por un período de cinco años. El Presidente es quien tiene la representación oficial del Instituto.

- **El Consejo Consultivo** es el órgano de consulta del INDECOPI para el desarrollo de las políticas institucionales. Asimismo formula las propuestas para la designación de los miembros de los órganos funcionales.

Está integrado por profesionales y especialistas de reconocida capacidad y experiencia, tanto del sector público como de las entidades representativas del sector privado.

- **La Gerencia General** es el órgano administrativo y ejecutivo del Instituto, de cuya administración responde ante el Directorio. De ella dependen cuatro Gerencias de Apoyo:

- a) Gerencia de Administración y Finanzas;
- b) Gerencia de Informática y Sistemas;
- c) Gerencia de Relaciones Internacionales; y,
- d) Gerencia Legal.

De otro lado, cada una de las Comisiones a las que nos referiremos después cuenta con una Secretaría Técnica que les sirve de órgano de enlace con la estructura orgánica administrativa del INDECOPI.

5.3.2 Estructura Orgánica Funcional

La estructura orgánica funcional se ejerce a través de dos instancias: las Comisiones y Oficinas, que resuelven en primera instancia, y el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, órgano que resuelve en segunda y última instancia. Los temas pueden dividirse en dos grandes áreas: Defensa de la Libre Competencia y Propiedad Intelectual.

*** Defensa de la Libre Competencia**

El área de Defensa de la Libre Competencia se subdivide en seis Comisiones encargadas de aplicar las normas de protección de la competencia y de los derechos de los consumidores, que son las siguientes:

- Comisión de la Libre Competencia;
- Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios;
- Comisión de Protección al Consumidor;
- Comisión de Represión de la Competencia Desleal;
- Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales
- Comisión de Acceso al Mercado.
- Comisión de Procedimientos Concursales

Estas comisiones tienen autonomía técnica y funcional y resuelven en primera instancia los procedimientos de su competencia. Cada una de ellas está integrada por cuatro miembros titulares y dos suplentes que ejercen sus cargos por tiempo indefinido. Su Presidente es designado por cinco años.

*** Propiedad Intelectual**

El área de la Propiedad Intelectual está integrada por cuatro Oficinas cuyo objeto es la protección de los derechos de la Propiedad Intelectual en todas sus manifestaciones, a través de los registros respectivos. Tales Oficinas son las siguientes:

- Oficina de Signos Distintivos;
- Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías;
- Oficina de Derechos de Autor.
- Oficina de Registro de Transferencia de Tecnología Extranjera

Estas Oficinas tienen autonomía técnica y funcional. También gozan de autonomía administrativa en lo que se refiere al manejo de los registros que tienen a su cargo.

Resuelven en primera instancia administrativa los procesos de su competencia. Cada una de ellas está a cargo de un Jefe que es designado por tiempo indefinido y sirve de enlace con la estructura orgánica administrativa del INDECOPI.

5.4 Servicio Nacional de Metrología

Mediante el Decreto Supremo N° 024-93-ITINCI se ha encomendado al INDECOPI el Servicio Nacional de Metrología cuyas funciones, entre otras, son la de custodiar los patrones nacionales de las unidades legales de medida,

brindando los servicios respectivos y promoviendo el desarrollo de la metrología en el país.

El Servicio Nacional de Metrología deberá observar en el cumplimiento de sus funciones las normas expedidas por la Comisión de Supervisión de Normas Técnicas, Metrología, Control de Calidad y Restricciones Pararancelarias.

5.5 Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual

Es el máximo organismo que resuelve jurisdiccionalmente en INDECOPI. Orgánicamente el Tribunal está compuesto por dos Salas: Sala de Propiedad Intelectual y Sala de Defensa de la Competencia. Con la dación de la Ley Concursal 27809 se dispuso la creación de una Sala Transitoria llamada Sala Concursal para que resuelva los conflictos derivados de las comisiones concursales y para dar impulso a esta materia que se encontraba retrasada.

El Tribunal constituye la última instancia administrativa en todos los procesos relacionados con la defensa de la competencia y de los derechos del consumidor, así como los derechos de propiedad intelectual, la adopción de medidas correctivas y la imposición de sanciones.

Asimismo, entre las funciones del Tribunal se encuentra la de recomendar al Presidente de la Institución la realización de gestiones ante las autoridades pertinentes del Gobierno, para la adopción de medidas legales que garanticen la protección de los derechos de los agentes del mercado en general.

Es importante señalar que la Ley establece que las resoluciones del Tribunal sólo son impugnables ante la Corte Superior de Justicia de Lima. De esta forma, se evita la intervención de los jueces de primera instancia –

siguiendo el exitoso modelo del Tribunal Fiscal-, a fin de aligerar la carga del Poder Judicial, reduciendo tanto el tiempo como el costo del procedimiento.

5.6 Las Comisiones

5.6.1 Comisión de la Libre Competencia

La Comisión de la Libre Competencia es la encargada de velar por el cumplimiento de la ley contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, conforme a lo dispuesto por el Decreto Legislativo 701.

En el Perú se encuentran restringidos los actos o conductas que constituyan abuso de la posición de dominio en el mercado o que sean prácticas restrictivas de la libre competencia. De ello se concluye que es función de la Comisión sancionar aquellos actos cuando se produzcan. Ello no implica, por cierto, la función de fijar precios mínimos o máximos o establecer condiciones de suministro de los bienes o servicios, sino tan sólo restringir las mencionadas prácticas, cuando son desarrolladas por los agentes económicos.

La políticas de competencia del país permiten un adecuado proceso de desarrollo económico en tanto promueven mayor eficiencia, mayor competitividad y desarrollo de los mercados a través del control de los actos de abuso de posición de dominio y de las practicas restrictivas o colusorias. Es preciso señalar que en otros sistemas jurídicos que regulan la competencia, el control de concentraciones empresariales y fusiones es también parte del esquema legal de control de la competencia, no obstante la legislación peruana no contempla este supuesto, por lo que una eventual fusión empresarial estaría exenta de reproche y la única forma de poder someterla a revisión ante la autoridad de competencia sería si se comete actos de abuso o practicas restrictivas que afecten a los consumidores.

5.6.2 Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios

Corresponde a esta Comisión velar por el cumplimiento de las normas destinadas a evitar y corregir ciertas distorsiones generadas por importaciones de productos a precio de dumping o subsidiados, conforme a lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 006-2003 PCM y el Acuerdo de la O.M.C

Esta Comisión se encarga de recibir las denuncias de las empresas nacionales afectadas por supuestas prácticas de dumping o subsidios en la importación de productos del extranjero. Si la información proporcionada por la empresa evidencia la existencia de tales prácticas, se procede a iniciar una investigación que determine si se aplicarán derecho de importación que las restrinjan. El objetivo principal consiste en corregir el efecto del dumping o del subsidio sin que ello derive en una protección ineficiente de la industria nacional.

El dumping puede entenderse como la exportación de determinado producto a un precio menor al que el mismo se vende en el país de origen, en el mismo tiempo y bajo las mismas circunstancias.

Los subsidios no son sinónimo de dumping. Se refiere a los mecanismos que los gobiernos utilizan (primas, ayudas, reintegros, premios, etc.) a favor de su sector exportador para hacerlo más competitivo a nivel nacional. Las formas más frecuentes de subsidio son los reintegros tributarios, las exoneraciones y las medidas cambiarias que favorecen al sector exportador (el tiempo de cambio diferencial)

Con anterioridad, estas prácticas no han sido objeto de preocupación gubernamental, en lo fundamental porque la política arancelaria fue tradicionalmente proteccionista. Altas tasas arancelarias, gravámenes adicionales a la importación y medidas para-arancelarias restrictivas, mantuvieron a la industria nacional exageradamente protegida contra prácticas de dumping o subsidios. Ahora, cuando el mercado nacional se enfrenta al libre juego de la oferta y la demanda, es de vital importancia una regulación mínima

para defender a la industria nacional contra agresiones en el ámbito del comercio internacional que en muchas ocasiones son auspiciadas por los propios gobiernos y con motivaciones políticas. En ello radica la importancia de la Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios.

5.6.3 Comisión de Protección al Consumidor

La Comisión de Protección al Consumidor debe velar por el cumplimiento de la Ley de Protección al Consumidor aprobada por el Decreto Legislativo N° 716, que establece los derechos fundamentales de los consumidores, en especial garantizar a los mismos información adecuada y suficiente sobre los bienes y servicios ofrecidos en el mercado.

La Comisión de Protección al Consumidor está facultada a actuar de oficio (lo cual implica que su Secretaría Técnica por iniciativa propia puede disponer y realizar las investigaciones correspondientes) o a solicitud de parte (es decir, cualquier consumidor que vea afectados sus derechos puede presentar denuncia ante la Comisión para que se sancione administrativamente a los proveedores responsables, sin perjuicio de las acciones civiles o penales).

Las sanciones pueden ser desde una advertencia, multa, decomiso y remate de la mercadería o su destrucción, hasta la clausura temporal o definitiva del establecimiento o negocio.

Cabe destacar que la Comisión no tiene competencia directa para disponer la sustitución o reparación del producto, la devolución del precio o una indemnización por daños y perjuicios a favor del consumidor, materias que permanecen dentro de la esfera de acción del Poder Judicial.

5.6.4 Comisión de Represión de la Competencia Desleal

Esta Comisión de tiene por finalidad supervisar el cumplimiento de las normas de publicidad comercial en defensa del consumidor aprobadas por el Decreto Legislativo N° 691 y Decreto Supremo N° 20-94-ITINCI, y velar por el

cumplimiento de las normas sobre competencia desleal que resulten contrarios a la buena fe comercial y al normal desenvolvimiento de las actividades económicas.

Así, es función de esta Comisión prevenir y sancionar la publicidad ilícita y los actos de competencia desleal tales como los siguientes:

- Publicidad que viole la Constitución y las leyes.
- Publicidad que pueda inducir a error al consumidor respecto de las características del producto.
- Publicidad que contenga testimonios falsos.
- Publicidad que denigre una empresa, marca, producto o aviso.
- Actos desleales destinados a engañar, confundir, reproducir, imitar, inducir a error, denigrar, desacreditar las actividades, productos, prestaciones o establecimientos ajenos, efectuar comparaciones inapropiadas, violar secretos de producción o de comercio, aprovechar indebidamente la reputación ajena, entre otros.

Esta Comisión, puede actuar de oficio o ante denuncia de parte y puede, en lo que a publicidad respecta, amonestar, multar, ordenar la cesión del anuncio publicitario o la rectificación publicitaria.

En lo que a actos de competencia desleal respecta, la legislación ha previsto el cierre del establecimiento infractor, la remoción de los efectos producidos por el acto, la rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas, así como la inmovilización de la mercadería infractora en las aduanas, entre otras.

5.6.5 Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales

A esta Comisión le corresponde una variada gama de funciones enmarcadas dentro del contexto de la defensa de las normas de libre comercio. Así, la Comisión debe aprobar las normas técnicas recomendables para todos

los sectores y las normas sobre metrología legal, así como calificar y autorizar a las empresas e instituciones a fin de facultarlas a ejercer las funciones de certificación de calidad de productos de conformidad con sus normas técnicas.

El motivo para concentrar todas esas funciones en una Comisión fue evitar medidas anticompetitivas que afecten al mercado, pues es precisamente el universo de las normas técnicas, las certificaciones de calidad y las disposiciones sobre pesos, medidas y etiquetado en el que más sencillamente pueden esconderse restricciones

Las normas vigentes dictadas por la Comisión permiten la participación activa del sector privado e instituciones públicas académicas en los servicios de metrología y certificación de calidad. De otro lado, la Comisión cuenta con personal técnico de apoyo de manera eventual, no permanente. El sector privado, en el marco de una sana competencia, necesariamente creará puestos de trabajo ante el aumento de demanda por los servicios transferidos.

Se ha reducido el costo de los servicios para el usuario. Cuando estén autorizados una serie de laboratorios y empresas certificadoras, los precios se estabilizarán en beneficio de los usuarios.

5.6.6 Comisión de Acceso al Mercado

Esta Comisión tiene por finalidad supervisar que no se impongan barreras burocráticas que impidan u obstaculicen el acceso de las empresas de la actividad económica, velando por el cumplimiento de las disposiciones sobre simplificación administrativa.

En lo referente al acceso al mercado, la idea es facilitar al máximo la incorporación de nuevas empresas a todos los sectores de la actividad económica nacional en especial eliminando las barreras que la propia burocracia estatal genera. Así, la Comisión debe proteger al mercado de los excesos que pudieran cometer ciertas entidades o funcionarios públicos

violando sus facultades, imponiendo barreras irracionales o incumpliendo las normas de simplificación administrativa.

Nadie puede prohibir, postergar, o de cualquier otra manera obstaculizar la constitución de una nueva empresa dedicada a cada sector específico. Dentro del concepto de una economía libre no cabe establecer distingos donde la ley no los establece.

5.6.7 Comisión de Procedimientos Concursales

En lo que respecta al tema de la reestructuración de las empresas, la Comisión de Procedimientos Concursales debe garantizar que aquellas empresas cuya estructura administrativa no sea eficiente, puedan estar sujetas a un proceso de liquidación razonable, o que eventualmente puedan reestructurarse mejorando su eficacia productiva. La Comisión incluso debe proteger al mercado de los excesos que pudieran cometer ciertas entidades o funcionarios públicos violando sus facultades o incumpliendo las normas de simplificación administrativa.

El objetivo de la Ley General del Sistema Concursal es crear un marco legal que permita reflotar una empresa como una primera alternativa de acción. La clave para decidir sobre el reflotamiento radica en que la empresa acredite contar con un Plan de Reestructuración satisfactorio para los acreedores. Existe para ello un procedimiento ad hoc, con plazos perentorios para que las Juntas de Acreedores que se constituyan dispongan de hasta 60 días para pronunciarse sobre los Planes de Reestructuración que, en cada caso, formulen las empresas involucradas.

5.7 Las Oficinas

5.7.1 Oficina de Signos Distintivos

La Oficina de Signos Distintivos del INDECOPI es el órgano técnico responsable de llevar el registro de marcas, nombres comerciales, lemas

comerciales y denominaciones de origen o geográficas, así como proteger los derechos derivados de dicho registro.

Se regula por la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI, la Decisión N° 486 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena que establece un Régimen Común sobre Propiedad Industrial para los países de la Sub-Región Andina, y la Ley General de Propiedad Industrial aprobada por Decreto Legislativo N° 823. Esta última amplía la protección legal a las denominaciones de origen.

5.7.2 Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías

La Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías es el órgano técnico responsable de llevar el registro de patentes de invención, modelos de utilidad, diseños industriales, así como de las variedades vegetales protegidas, y de otras nuevas tecnologías. Asimismo, está encargada de proteger los derechos derivados de dicho registro y de difundir los adelantos tecnológicos, brindando información a la colectividad respecto de las últimas novedades científicas y tecnológicas.

La Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías se encuentra normada por la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI (Decreto Ley N° 25868, modificado por Decreto Legislativo No 807), por la Decisión 486 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena que establece un Régimen Común sobre Propiedad Industrial para los países de la sub-región andina, por la Decisión 345 de la Comisión de Protección a los Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales, así como por la Ley General de Propiedad Industrial (Decreto Legislativo 823)

5.7.3 Oficina de Registro de Transferencia de Tecnología Extranjera

La Oficina de Registro de Transferencia de Tecnología Extranjera es el órgano técnico encargado de llevar el registro de los contratos de licencia de

uso de tecnología, patentes, marcas u otros derechos de propiedad industrial de origen extranjero, así como de asistencia básica y de detalle, gerencia y franquicia, que estipulen el pago de regalías.

La Oficina de Registro de Transferencia de Tecnología Extranjera ciñe su actuación básicamente a lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 662, sobre promoción de inversiones y a la Decisión N° 291 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

Cabe destacar que la legislación vigente prevé una modalidad de registro automático de los contratos en cuanto a los montos de regalías que pueden pactarse.

5.7.4 Oficina de Derechos de Autor

Los derechos de autor comprenden toda obra o producción de ingenio humano de carácter artístico y literario, cualquiera sea su modo o forma de expresión y carácter científico, pero tan sólo en su forma literaria o gráfica. No comprenden el contenido ideológico o técnico ni su aprovechamiento industrial.

La Ley de creación de INDECOPI establece la oficina de Derechos de Autor con la finalidad de proteger los derechos de la propiedad intelectual, cautelando y registrando los derechos de autor y derechos conexos sobre obras artísticas en todas sus manifestaciones y sobre “software” llevando asimismo el registro de las asociaciones autorales.

Dicha Oficina también se rige por la Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena que establece el Régimen Común de Protección a los Derechos de Autor para los países de la Sub-Región.

En la Oficina de Derechos de Autor funciona el Registro Nacional de Derechos de Autor, que cuenta con oficinas receptoras en todo el país para facilitar la inscripción de las obras susceptibles de protección. Este registro es

facultativo y tiene carácter eminentemente declarativo. En consecuencia, no crea el derecho sobre la obra y su omisión no priva al autor de ejercerlo, teniendo en cuenta que la protección de esta categoría de derechos nace desde la creación misma de la obra por imperio de la ley.

Ante la Oficina de Derechos de Autor se tramitan además las denuncias por infracción de la Ley de Derechos de Autor a través de procedimientos administrativos instaurados de oficio o a instancia de los titulares del derecho afectado. Interviene la Autoridad Administrativa como directora del proceso procurando la conciliación entre las partes. En caso de no producirse esta última, la autoridad resuelve con arreglo a Ley.

Es atribución de la Oficina, asimismo, difundir los conocimientos de Derechos de Autor y Conexos, organizando actividades, conferencias, congresos, publicaciones y en general todo medio de difusión.

6. PRINCIPALES ORGANISMOS ENCARGADOS DE LA SUPERVISIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

ANTECEDENTES

La década del noventa ha significado en nuestro país, la manifestación de grandes cambios institucionales en lo referido a las normas que regulan los servicios públicos (agua, luz, teléfonos), así como el tratamiento de la inversión nacional y extranjera en estos temas.

Dada la importancia de este hecho se produjo un cambio conceptual sobre el papel del Estado en una economía de libre mercado y en ese sentido se transfirió al sector privado la responsabilidad de desarrollar las actividades productivas y los servicios, mientras el Estado se reservó la función de promotor y regulador de la inversión privada y también mantuvo la posibilidad

de establecer mecanismos para evitar las practicas de abuso y de competencia desleal.

En este contexto dado que era necesario considerar un marco normativo general de protección a los usuarios de los servicios públicos, al igual que en otras naciones se ha creado un sistema regulador o supervisor del buen manejo, organización y funcionamiento de todas aquellas entidades que se dedican a la prestación de servicios públicos. En este sentido adquieren forma legal y material las instituciones reguladoras de los servicios públicos, OSIPTEL (telecomunicaciones), OSITRAN (transporte), OSINERG (energía), SUNASS (agua y alcantarillado)

Estas instituciones reguladores tienen por finalidad no controlar sino supervisar.

Y regular todo lo referido a la prestación de servicios públicos en el ámbito de competencia de cada una en condiciones de calidad, justicia, equidad, transparencia, eficiencia entre los prestadores del servicio y los usuarios o consumidores.

Los órganos reguladores deben entender que son los consumidores a los que deben servir, y eso no quiere decir que vamos a ir contra la inversión privada en los servicios públicos. Los principales países de economía de mercado siguen una regulación activa de tal manera que han obtenido una mayor eficiencia de los operadores para que se traslade a los consumidores, caso contrario la ineficiencia es pagada finalmente por los consumidores.

6.1 Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERG)

OSINERG es un organismo fiscalizador de las empresas que desarrollan actividades en los subsectores de Electricidad e Hidrocarburos. Uno de sus

principales objetivos es el de velar porque los usuarios tengan acceso a los servicios de electricidad y, transporte y distribución de gas natural, en las mejores condiciones de calidad y oportunidad.

OSINERG es la sigla del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía, creado por la Ley N° 26734 del 30 de diciembre de 1996.

La ley define a OSINERG como el “organismo fiscalizador de las empresas que desarrollan actividades en los subsectores de Electricidad e Hidrocarburos, siendo parte integrante del Sistema Supervisor de la Inversión en Energía, compuesto por la Comisión de Tarifas de Energía, el Instituto de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, y el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía”. (Artículo 1° Creación y naturaleza).

Con fecha 29 de julio del 2000, mediante la Ley N° 27332 – Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos - se fusionan la Comisión de Tarifas de Energía – CTE con OSINERG.

En cumplimiento del D.S. N° 055-2001-PCM, se constituyó una Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria con la que se formaliza la integración de la ex Comisión de Tarifas de Energía a Osinerg.

Mediante el Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, de fecha 8 de Mayo del 2001, se aprueba el Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía – OSINERG.

Funciones Básicas

- Conducir la Regulación Tarifaria.
- Fiscalizar en cumplimiento de las normas.
- Identificar situaciones de riesgo.
- Orientar, informar y educar a los agentes del mercado.

- Fiscalizar inversiones y hacer cumplir los compromisos adquiridos.
- Resolver conflictos y supervisar el cumplimiento de las normas
- Certificación preoperativa del cumplimiento de las normas.
- Proponer normas y modificaciones

Motivos para recurrir

Las personas naturales y jurídicas pueden reclamar en los siguientes casos:

- Consideran excesivo el importe de su factura.
- Consideran incorrecta la aplicación de la tarifa.
- Observan una falta de lectura mensual de su medidor o errores en las lecturas.
- Consideran que se le brinda un servicio de mala calidad técnica.
- No haber recibido la devolución de contribución reembolsable o devolución con modalidad distinta a la elegida.
- Consideran injustificado el cobro de recupero de consumos no registrados.
- Cambiar de opción tarifaria.
- Se ha incluido en sus facturas una deuda de otro suministro.
- Consideran incorrecto el cobro de deuda de terceros.
- Otras cuestiones vinculadas a la prestación del servicio público de electricidad.

Forma de Reclamo

Puede hacerlo por escrito (directamente o vía telefax) o verbalmente (en forma personal o por teléfono)

OSINERG cuenta con el servicio de orientación al usuario que opera mediante una central telefónica identificada tonel número 8-801-121-21, que brinda información sobre los deberes y derechos de los usuarios del servicio de

electricidad e hidrocarburos, al mismo tiempo que da a conocer el estado de sus expedientes.

Al presentar un reclamo personalmente, se debe exigir que se anoten todos los temas de su reclamo y se precise claramente sus pedidos; asimismo, que le den una copia del formato donde ha quedado consignado su reclamo.

Si se presenta un reclamo por escrito, se debe describir y anotar claramente los pedidos; además adjuntar una copia o fotocopia del mismo, asegurándose que se sellen como constancia de entrega (cargo)

Si presenta su reclamo por teléfono, se exigirá que el concesionario le dé un número de registro para que pueda efectuar un seguimiento a su reclamo. Asimismo, debe asegurarse que todos los temas que se está reclamando sean debidamente consignados por el concesionario. Anotando y conservando el número de registro de su reclamo, fecha, hora y el nombre completo del funcionario que le atendió.

El primer paso es reclamar directamente al proveedor del bien o servicio adquirido. Si es que el reclamo no es atendido deberá llamar al teléfono del Sistema de Apoyo al Consumidor 224-7777 (desde Lima) y 800-4-4040 (desde provincias), este servicio es gratuito las 24 horas del día. Pudiendo también ingresar en la página web de INDECOPI y completar el formulario de reclamos con toda la información que se solicita.

6.2 Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN)

OSITRAN es el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público creado en enero de 1998.

Es un organismo público, descentralizado, adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera.

Tiene como objetivo general regular, normar, supervisar y fiscalizar, dentro del ámbito de su competencia, el comportamiento de los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras, así como el cumplimiento de los contratos de concesión, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y del usuario.

Funciones

El Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte Público cumple las siguientes funciones:

- Norma: Esta línea de acción permite a OSITRAN dictar de manera exclusiva, dentro de su ámbito de competencia, reglamentos autónomos, de carácter general aplicables a todos los administrados que se encuentren en las mismas condiciones y así hacer más predecible su actuación. La potestad normativa es ejercida exclusivamente por el Consejo Directivo a través de las normas que aprueba.
- Regula: Esta línea de acción permite a OSITRAN fijar tarifas, establecer y determinar estándares de calidad y la promoción de la competencia allí donde sea posible. La potestad regulatoria es de competencia del Consejo Directivo.
- Supervisa: Esta línea de acción permite a OSITRAN establecer el grado de cumplimiento de las obligaciones, imponer sanciones y medidas correctivas, por el incumplimiento de las normas aplicables, regulaciones o de las obligaciones contenidas en los contratos de concesión, a las entidades prestadoras y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia.

Es ejercida en primera instancia por la Gerencia General, con apoyo de la Gerencia Técnica correspondiente, y en segunda instancia, por vía de apelación es ejercida por el Consejo Directivo.

Esta potestad puede ser ejercida de oficio o por denuncia de parte, por infracción de cualquier empresa, persona o entidad sujeta a las competencias de OSITRAN por infracción a las normas aplicables, regulaciones o a los términos del contrato de concesión.

A estas tres líneas de acción se asocian cuatro componentes que son considerados en la actuación de OSITRAN:

- Legal, relacionado con el conocimiento de la regulación de infraestructura y el derecho a la competencia.
- Económico, que permite una eficiente evaluación de las inversiones en infraestructura, monitoreo del mercado, los agentes y el desempeño financiero de las empresas que explotan infraestructura de transporte.
- Administrativo, facilitador de una adecuada gestión de procesos y sistemas de información.
- Técnico, directamente relacionado con el conocimiento de los sistemas operativos que se desarrollan en la infraestructura del transporte.

Organización

Para el adecuado desarrollo de sus funciones OSITRAN cuenta con un equipo profesional con experiencia en las diferentes áreas en las que se desempeñan, cumpliendo su labor de una manera efectiva.

El Marco Legal

Legislación en Infraestructura de Transporte Público / Normas de OSITRAN / Resoluciones de Consejo Directivo 2002 2001 2000 1999 1998 / Resoluciones de Presidencia 2002 2001 / Resoluciones de Gerencia General 2002 2001 2000 1999

DS N° 049-2001-PCM

Aprueban el Texto Único de Procedimientos Administrativos del OSITRAN (TUPA).

Ley N° 27332

Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos

DS N° 048-2000-EF

Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA)

Derogado por DS 049-2001-PCM

DS N° 060-1996-PCM

Texto Único Ordenado de las Normas con rango de Ley que regulan las entregas en concesión al sector privado de las Obras públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos

DS N° 059-1996-PCM

Texto Único Ordenado de las Normas con rango de Ley que regulan las entregas en concesión al sector privado de las Obras públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos

Legislación En Infraestructura De Transporte Publico

DS N° 049-2001-PCM Aprueban el Texto Único de Procedimientos Administrativos del OSITRAN (TUPA).

6.3 Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS)

La SUNASS es un organismo autónomo del estado que tiene como misión regular la prestación de los servicios de saneamiento (agua y desagüe) en el ámbito nacional, para que se brinden en adecuadas condiciones de calidad y precio, haciendo uso de las facultades que la ley le confiere, y contribuyendo a preservar la salud de la población y el medio ambiente. Fue creado mediante Decreto Ley N° 25965 en donde se indica que se cree la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento.

Procedimiento y Causas para el Reclamo

Por consumo elevado

El usuario puede reclamar cuando recibe una factura por consumo elevado. A partir la fecha de vencimiento que se señala en el recibo, el usuario tiene un plazo de 15 días para poder reclamar, haciéndolo necesariamente por escrito. Luego se realizará una inspección a sus instalaciones internas y luego una prueba de aferición al medidor, para esto la empresa prestadora del servicio está obligada a informar al usuario de la existencia de las empresas contrastadoras, debiendo el interesado escoger una de ellas para que realice la prueba.

La empresa tiene un plazo de 40 días como máximo para resolver el reclamo. Si fuera infundado su reclamo podrá interponer una impugnación a dicha Resolución (ya sea una reconsideración o apelación) en la misma Empresa, teniendo en cuenta que deberá dar mayores fundamentos al reclamo, y teniendo un plazo de 15 días contados a partir de la recepción de la Resolución mencionada.

Por falta de agua

El Usuario debe comunicarse con la empresa prestadora del servicio llamando a AQUAFONO, dando su número de suministro, con ello podrán ubicar la dirección y distrito, adicionalmente puede enviar una carta sobre el hecho para dejar constancia del mismo que servirá para acciones posteriores.

Por fugas en conexión domiciliaria

El usuario debe comunicar el hecho a la empresa prestadora del servicio, solicitando la reparación inmediata. La Empresa debe atender el pedido de inmediato, si no, el usuario debe enviar carta a la empresa prestadora del servicio.

6.4 Organismo Supervisor de los Servicios Públicos en Telecomunicaciones (OSIPTEL)

OSIPTEL tiene como misión promover la prestación de servicios de telecomunicaciones en beneficio de la sociedad en un marco de libre y leal competencia.

Objetivos

- Promover la libre y leal competencia en el sector
- Lograr el acceso universal a servicios de telecomunicaciones
- Garantizar la adecuada protección al usuario
- Velar por el cumplimiento del marco normativo
- Crear una cultura de cambio e innovación en la gestión pública

Funciones

Para el cumplimiento de sus objetivos, OSIPTEL cuenta con las funciones:

- Normativa
- Reguladora
- Supervisora
- Fiscalizadora
- Sancionadora y
- Solución de controversias.

FITEL

Es la instancia encargada de administrar los recursos del Fondo de Inversión en Telecomunicaciones (Fitel) para el desarrollo de los servicios en las áreas rurales y lugares considerados de preferente interés social. Diseña e implementa esquemas de funcionamiento del Fondo y su utilización eficiente para el financiamiento de los servicios de telecomunicaciones.

Procedimientos

OSIPTEL, desde el inicio de sus actividades, buscó desarrollar una metodología de trabajo que le permita garantizar la mayor transparencia en la toma de decisiones regulatorias. Por ello incluyó, como parte de su marco normativo, los siguientes mecanismos de trabajo:

- **Obligación de prepublicar toda norma de carácter general –** Ha permitido conocer la opinión de las empresas operadoras, y además conocer los problemas que enfrentan los propios usuarios de los servicios.
- **Audiencia P ública –** Procedimiento utilizado para que las partes interesadas y el público en general interactúen y opinen sobre aquellas normas que afecten el interés público.
- **Mecanismos de c onciliación ent re l as par tes i nteresadas para l a sol ución de cont roversias –** Ha permitido que las

controversias sometidas a OSIPTEL sean solucionadas por convenio entre las partes mediante conciliación.

- **Creación de cuerpos colegiados ad hoc** – Para la solución de controversias entre empresas prestadoras de servicios públicos de telecomunicaciones.
- **Otras actividades** – Como la realización de Seminarios, preparación de Publicaciones y permitir el acceso del público los Servicios de Información y Documentación de OSIPTEL

Tipos de Reclamo

Considera como problemas susceptibles de reclamo, aquellos que se encuentren en algunas de estas materias:

- Facturación
- Cobro del Servicio
- Instalación o Activación
- Traslado del Servicio
- Suspensión o Corte del Servicio
- Calidad e idoneidad en la prestación del servicio, incluyendo veracidad de la información que le brindan
- Falta de entrega del recibo o de la copia del recibo que usted solicitó.

Facturación

Cuando desconoces los montos referidos al servicio público de telecomunicaciones, que figuran en tu recibo de pago, la tarifa aplicada o el título del cual se deriva el derecho de la empresa para cobrarlos.

En el caso de reclamos por facturación de servicios suplementarios o adicionales, el reclamo por facturación incluirá los montos por el concepto reclamado que hubieren sido facturados incluso en recibos anteriores al recibo respecto al cual se presenta el reclamo

Cobro del Servicio

Cuando los montos que te cobran por el servicio público de telecomunicaciones, corresponden a conceptos distintos a los oportunamente facturados respecto a los cuales desconoces el consumo del servicio o del título del cual se deriva el derecho de la empresa operadora para cobrarlos.

Instalación o Activación

Cuando la empresa operadora:

- No cumple con instalarte o activarte el servicio, a pesar de haberse comprometido a ello al momento de la contratación del mismo.
- Estableciera un plazo mayor al permitido por la normativa vigente para instalarte o activarte el servicio.
- No cumple con activarte o desactivarte servicios suplementarios solicitados.

Traslado del Servicio

Cuando la empresa operadora:

- No cumple con trasladarte el servicio en la fecha que se comprometió.
- No da respuesta a tu solicitud de traslado del servicio.
- No te encuentras conforme con la respuesta de la empresa operadora.

Suspensión o Corte del Servicio

Cuando el servicio sufre de suspensión injustificada. Es cortado sin tener en cuenta el procedimiento establecido en la normativa administrativa vigente.

Calidad e idoneidad en la prestación del servicio, incluyendo veracidad de la información que le brindan

Cuando:

- Se presentan problemas derivados como un inadecuado funcionamiento de la red, comunicación imperceptible, ruido, interferencia en la línea, imposibilidad de hacerse escuchar y el servicio intermitente.
- Se presentan problemas que surgen en la prestación misma del servicio.
- Por incumplimiento de la empresa de informarte verazmente sobre el servicio o sobre el estado de los reportes y reclamos que hubieras formulado

Marco legal

- Modifican el Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones
D.S. 029-2002, 30 junio 2002
- Modifica Ley de Organismo Reguladores Ley 27632, 14 enero 2002
- Precisan alcances de diversas disposiciones de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos D.S. 032-2001-PCM, 29 marzo 2001.
- Aprueban el Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones. D.S. 008-2001-PCM, 2 de febrero 2001.
- Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones. Ley 27336, 5 de agosto 2000

- Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos. Ley 27332, 29 de julio 2000.
- Modifican el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones. D.S. 02-99-MTC, 21 de enero 1999
- Modifican Artículos del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones D.S. 03-99-MTC, 21 de enero 1999
- Aprueba los Lineamientos de Apertura del Mercado D.S. 20-98-MTC, 5 de agosto 1998.
- Modifica Artículos del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones. D.S. 022-98-MTC, 13 de agosto 1998.
- Aprueba modificaciones Contratos de Concesión entre el Estado y Telefónica del Perú. D.S. 21-98-MTC, 5 de agosto 1998.
- Modifica el Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones D.S. 05-98-MTC, 26 de marzo 1998.
- Reglamento de OSIPTEL D.S. 62-94-PCM; 9 de agosto 1994 (derogado por D.S. 8-2001-PCM)
- Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones D.S. 06-94-TCC; 18 de febrero 1994
- Ley de Desmonopolización Progresiva de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones. Ley 26285; 14 de enero 1994
- Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones D.S. 13-93-TCC; 6 de mayo 1993

Normas de OSIPTEL

- Resoluciones del Consejo Directivo
- Resoluciones de Gerencia General
- Resoluciones de Presidencia
- Resoluciones del CCO, Resolución N° 041-2002-CCO/OSIPTEL.

- TUPA Texto Único de Procedimientos Administrativos del OSIPTEL - D.S.084-2000-EF. Actualización TUPA: D.S. 036-2001-PCM de julio 2000. Publicado el 30/07/2000.

Todos los órganos reguladores de los servicios públicos cuentan con tribunales administrativos para la solución de sus controversias en segunda instancia.



CAPITULO IX

LA COMUNIDAD DE CONSUMIDORES Y SU ORGANIZACIÓN



CAPÍTULO IX

LA COMUNIDAD DE CONSUMIDORES Y SU ORGANIZACIÓN

1. MARCO CONCEPTUAL

Una Asociación de Consumidores es una agrupación civil que reúne a consumidores y usuarios que buscan defender sus derechos como tales y para lograrlo deciden unir sus esfuerzos. Es decir, si las personas afectadas pertenecieran a una Asociación podrían presentar sus quejas ante ella para ser ayudadas a solucionar sus problemas.

Las labores que realizan las asociaciones son muy diversas. Algunas, como en Estados Unidos, se reúnen en torno a temas específicos entre los que se encuentran calidad de servicios bancarios, telemarketing, calidad de medidas, etc. En cambio, otras Asociaciones de Consumidores son de corte más general y se preocupan de todo lo que afecta al consumidor.

Las Asociaciones trabajan en varias áreas como, por ejemplo, en la defensa legal de sus asociados. Cuando éstos tienen alguna dificultad, como consumidores, salen en su defensa. Es muy distinto que una persona sola se enfrente ante una empresa determinada, a que lo haga a través de una Asociación que cuenta con abogados y especialistas que conocen las normas y las leyes.

“La economía de mercado no funciona sola, hay que facilitarle a la gente una movilización para que exista un control. Los consumidores en el país no

somos nada, no tenemos poder de representación. Por eso las empresas abusan de nuestros derechos. Ellas son las que siempre tienen la razón y todos hemos sido, alguna vez, víctimas de esta situación. La única forma que nosotros podamos enfrentar con éxito es estando organizados”, sostiene Jaime Delgado Zegarra, Presidente del Instituto de Derecho al Consumidor.

Aunque, actualmente, son pocas las asociaciones que existen en el Perú, éstas han tenido algunas iniciativas interesantes trabajando temas del consumidor. La idea que nosotros estamos promoviendo es construir una gran organización formada por diversas personas e instituciones que tengan preocupación por el tema del consumidor y que la integren numerosos socios.

2. CÓMO NACEN LAS ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES

La primera manifestación que se tuvo de defensa del consumidor se realizó en la ciudad de New York, a fines del siglo pasado. Fue en ese entonces cuando se formó la Liga de Consumidores de New York que existió alrededor de 70 años.

El movimiento de Defensa de los Consumidores se va extendiendo por el mundo como parte del desarrollo de la economía. En 1960 Estados Unidos, Inglaterra, Australia, Holanda y Bélgica decidieron unir esfuerzos para organizar un movimiento a escala mundial que se le conoce con el nombre de IOCU.

El 15 de marzo de 1962 el Presidente John F. Kennedy declaró al Congreso de los Estados Unidos que “por definición, los consumidores nos incluye a todos. Somos el mayor grupo económico que afecta y afectando por casi toda decisión económica pública y privada. Somos, sin embargo, el único grupo importante cuyas opiniones a menudo no son oídas”.

Fue a partir de ese entonces que el movimiento de los consumidores tomó más fuerza. En 1985 las Naciones Unidas adoptó las directrices para la Protección de los Consumidores. Es decir, se reconocieron los derechos fundamentales del consumidor: derecho a la satisfacción de las necesidades básicas, a la seguridad, a la información, a escoger, a ser escuchado, a ser educado como consumidor, a obtener reparación, a un ambiente sano. Es a partir de estas directivas que numerosos países adecuan sus legislaciones.

Además, los gobiernos de diversos países comienzan a crear instituciones dedicadas a proteger al consumidor. Las sociedades civiles organizan asociaciones independientes de consumidores. El modo de ejercer los derechos va variando, pero los principios se mantienen.

El desarrollo de Defensa del Consumidor en América Latina no ha logrado el éxito alcanzado en otros lugares como Estados Unidos, Canadá y Europa. Pero, hay que reconocer que en la última década ha habido un mayor desarrollo siendo México, a nivel estatal, un ejemplo de ello. Son más de 3,000 personas las que trabajan en la Procuraduría Federal del Consumidor de México.

Al nivel de incentivos privados, hay que destacar el caso de Brasil y de Argentina. Este último cuenta con dos movimientos muy importantes. “La liga de amas de casa” y “La liga de Acción de Consumidores”.

En el Perú la primera iniciativa de asociarse, en el ámbito privado, nació en Arequipa en 1984. Años más tarde aparecieron otras Asociaciones. Por otro lado, en el Vice Ministerio de Comercio se creó la Dirección de Defensa del Consumidor que fue concebida como un sistema de control de precios. Luego, en 1991, se promulgó el Decreto Legislativo. 716 sobre Protección al Consumidor y se delegó a entidades públicas, como las municipalidades, que velen por él. Actualmente, a raíz de la creación del INDECOPI, la Comisión de

Protección del Consumidor es el ente encargado de resolver todas las reclamaciones derivadas de la violación de los derechos de los consumidores.

En este contexto ante el desarrollo del tema y el creciente mercado surge la Asociación Peruana de Consumidores Usuarios (ASPEC) como una de las asociaciones que ha logrado mayor presencia en el mercado.

3. ROL DE LAS ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES EN LA EDUCACIÓN DEL CONSUMIDOR

Desde que somos niños decidimos qué es lo que queremos o que es lo que deseamos comprar. Permanentemente nos enfrentamos al acto de consumir.

Muchas veces, cuando compramos un producto, no nos preocupamos de saber qué es lo que realmente adquirimos. De allí la necesidad de que el consumidor aprenda qué es lo que más le conviene en relación calidad-precio. Muchos productos parecen iguales, pero no lo son. Nosotros no sabemos diferenciarlos, pues nunca se nos ha educado como consumidores. Es decir, nadie nos ha enseñado a reconocer las cosas de calidad ni cuáles son nuestros derechos y deberes.

Es tan importante la educación del consumidor, que en diversos países ha sido integrada a los programas escolares. En el Perú, ya se ha comenzado a capacitar a profesores para que trabajen con los alumnos este tema.

“La educación del consumidor es la capacitación del individuo para que adquiera las destrezas, los conocimientos y la comprensión que se requiere para tomar decisiones sensatas y beneficiosas, buscando obtener la máxima satisfacción y utilización de los recursos, evaluar las alternativas del mercado, comprender sus derechos y responsabilidades, y desempeñarse de manera

adecuada en un sistema de economía de mercado”, señala Jaime Delgado Zegarra.²⁰⁶

4. ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES PERUANAS MÁS IMPORTANTES

En los últimos tiempos se percibe un incremento de la conciencia sobre los derechos del consumidor. En el país, además del INDECOPI existen grupos de consumidores organizados que han asumido la tarea de defender sus derechos. Aquí algunos de ellos:

Piura, Comité de Defensa del Consumidor Talareño

Iquitos, Asociación del Medio Ambiente y del Consumidor

Arequipa, Asociación de Protección al Consumidor de Arequipa

Lima, Instituto de Derecho del Consumidor

Organización de Consumidores y Usuarios del Perú

Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios

5. ASOCIACIÓN PERUANA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS (ASPEC) Y SU ROL EN EL MERCADO PERUANO

Nosotros como consumidores tenemos una diversidad de derechos como por ejemplo estar bien informados para poder elegir productos y servicios que satisfagan nuestras necesidades cumpliendo las óptimas garantías del mercado para que no tengan efectos secundarios en nuestra salud o simplemente no sean engañados; es dentro de este contexto que surge la

²⁰⁶ Jaime Delgado Zegarra , es el actual presidente de la asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (ASPEC) , es además reconocido profesor universitario.

Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (ASPEC), una asociación civil, que pretende canalizar colectivamente los intereses de los consumidores en un mercado tan difícil como el nuestro, cuya heterogeneidad social implica un doble esfuerzo ciudadano, y cuyos fines son informar, promover y defender los derechos e intereses de los consumidores y usuarios de nuestro país.

5.1 Creación de ASPEC

ASPEC fue fundada el 25 de noviembre de 1994 por iniciativa de un grupo de personas e instituciones que ya tenían un trabajo y trayectoria en el tema de defensa del consumidor, tanto en Lima como en el interior de la República.

La organización está constituida de acuerdo al Código Civil Peruano como asociación civil sin fines de lucro, inscrita en el Registro de Asociaciones de los Registros Públicos de Lima en la ficha 17271; goza de exoneración de pago del Impuesto a la Renta según Resolución N° 02350104891 de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria SUNAT y también está reconocida como “Asociación de Consumidores” por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, según Constancia N° 006-96-RAT-ST de fecha 20 de agosto de 1996. inscrita en el Registro de Organizaciones No Gubernamentales de Desarrollo Receptoras de Cooperación Técnica Internacional–ONGD-PERÚ de la Presidencia del Consejo de Ministros según Resolución de Secretaría Ejecutiva N° 101-2000/PCM-SECTI del 17.03.2000.

El objetivo fundamental de ASPEC es informar, promover y defender los derechos e intereses de los consumidores y usuarios de nuestro país, ya sea mediante acciones de difusión, capacitación, asesoramiento, educación, así como con acciones legales ante las instancias administrativas y judiciales correspondientes.

5.2 Estructura de ASPEC

Su estructura consiste en un órgano supremo denominado Asamblea General, que viene a ser la reunión de todos los asociados, quienes se reúnen por lo menos una vez al año para aprobar el balance económico, la gestión institucional y otros asuntos de interés. Luego viene el Directorio conformado por un Presidente, Vice-Presidente, Secretario, Tesorero y Vocal; este Directorio es elegido por la Asamblea General cada 3 años. Debajo del Directorio está el Director Ejecutivo, quien es nombrado como cargo de confianza por tiempo indeterminado, pudiendo ser removido en cualquier momento por decisión del Directorio o a pedido de la Asamblea.

5.3 Quienes Conforman ASPEC

ASPEC tiene inscritos como asociados tanto a personas naturales como a otras asociaciones de consumidores del interior del país. Para admitirlos como asociados a las organizaciones se exige que sus estatutos sean coincidentes con los objetivos y principios establecidos en ASPEC.

A la fecha ASPEC mantiene vínculo con las siguientes organizaciones:

- Asociación de Protección del consumidor de Arequipa - APROC
- Asociación de Consumidores y Usuarios de Puno-ADECU
- Asociación de Consumidores y Usuarios de Huanuco-ACU
- Asociación de Consumidores y Usuarios “Señor de Luren” ICA
- Asociación Nor peruana de Usuarios y Consumidores – NORPEC
- Asociación de Defensa y Protección del Consumidor y Usuario de Huancayo

- Asociación de Defensa del Consumidor y Usuario de San Martín – ADECUSAM.

Tanto ASPEC como las organizaciones afiliadas tienen como principio fundamental su independencia económica y política, pues están impedidas de recibir subsidios de las empresas, ni comprometerse políticamente con grupos partidarios. Igualmente promueven la participación democrática al interior de la organización y tienen sus puertas abiertas para la incorporación de cualquier consumidor o usuario interesado en asociarse con sujeción al respectivo Estatuto.

5.4 Instituciones de las que ASPEC es integrante

A. A NIVEL NACIONAL

- Comisión de Facilitación de Lima (Facilidades al Turista que llega al Perú)
- Comisión Mixta de Apoyo al Reordenamiento del Transporte de Lima Metropolitana.
- Comité Consultivo de la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento – SUNASS.
- Comité Consultivo del Sistema Nacional de Mantenimiento de Carreteras – SINMAC.
- Comité de Usuarios de la empresa de distribución eléctrica EDELNOR.
- Veeduría Ciudadana de Medios de Comunicación Social.
- Integrante de los siguientes Comité Permanentes de Normas Técnicas del INDECOPI:
 - Comité Vitivinícola
 - Comité de Alimentos Irradiados
 - Comité de Petróleo, derivados y combustibles líquidos
 - Comité de alimentos infantiles

- Comité del cuero y calzado
- Comité de Seguridad Eléctrica
- Comité de la Miel
- Comité de Tecnología para el Cuidado de la Salud

B. A NIVEL INTERNACIONAL

- Miembros de Consumers International.
- Miembros de la Red Internacional de Educación del Consumidor.
- Miembros de la Comisión de Promoción del Arbitraje de Consumo en América Latina.

5.5 Servicios que Brinda ASPEC

a) Asesoramiento:

Brinda asesoramiento a sus asociados y a la colectividad sobre la forma de resolver los diferentes problemas que los afectan como consumidores y usuarios de bienes y servicios.

b) Información y Difusión:

Brinda información útil y práctica a los usuarios a través de folletos, boletines, notas informativas y reportajes en medios de comunicación masivos.

c) Educación y Capacitación:

Organiza frecuentemente seminarios, talleres, mesas redondas, conferencias, etc; con la finalidad de capacitar a la ciudadanía en el conocimiento y ejercicio de sus derechos, así como establecer contacto con las autoridades y proveedores a fin de facilitar mecanismos más ágiles y expeditivos en solución de conflictos de consumo.

d) Defensa de los Intereses Difusos

Se privilegian las acciones que tiendan a resolver el problema cientos de miles de consumidores, pues con ellas se obtienen beneficios más importantes para la colectividad. En tal sentido ha planteado y ganado una serie de causas que han beneficiado la sociedad.

5.6 Principales Rubros en los que trabaja ASPEC

a) Defensa Legal de los Derechos Fundamentales del Consumidor

ASPEC está atenta al respeto de los siguientes derechos del consumidor reconocidos tanto por las Naciones Unidas mediante Resolución 39-248 del 16 de abril de 1985, como por el Decreto Legislativo 716 Ley de Protección al Consumidor:

- Derecho a la Salud y Seguridad.
- Derecho a la Información y Educación.
- Derecho a la Protección de los intereses económicos Derecho a Elegir libremente.
- Derecho a ser indemnizado en caso de daños.
- Derechos de ser escuchados.

b) Servicios públicos domiciliarios

Por el rubro más quejado por los usuarios, ASPEC desarrolla un intenso trabajo de asesoramiento, difusión y defensa de los usuarios de los servicios públicos de agua, luz y teléfono.

c) Cuidado en la alimentación, salud y medio ambiente

Por ser temas que pueden comprender la integridad y vida de las personas, se privilegia todas las acciones que tienda a proteger estos bienes frente a los eventuales riesgos de las prácticas indebidas del comercio o la industria.

d) Defensa del usuario de la administración del estado

Siendo los ciudadanos, usuarios cautivos de la administración, y dada la tendencia a que ésta abuse de su posición monopólica, ASPEC está permanentemente atenta a los excesos que ésta comete, especialmente por los cobros ilegales e injustificados.

e) Defensa del usuario frente a las prácticas ilícitas del mercado

En mercados pequeños como el nuestro es previsible la concentración económica en manos de pocas empresas, lo que muchas veces origina prácticas restrictivas y abuso de su posición de dominio de mercado, de lo que siempre resultan afectados los usuarios, por ello ASPEC está atenta para denunciar estas prácticas.

5.7 Encuestas de Consumo de ASPEC

Un instrumento muy importante con el que cuenta ASPEC son los estudios o encuestas de mercado que realiza a través de varias encuestadoras. Los resultados tienen una gran repercusión en medios de comunicación. Normalmente se seleccionan los temas en función a los acontecimientos especiales y a las necesidades y problemas de los consumidores.

- * “Principales quejas de las amas de casa”
Fecha: 15 de marzo de 1999
Realizada por SAMIMP

- * “Porqué se quejan los usuarios”
Fecha: 24 y 26 de julio de 1999
Realizada por Analistas y Consultores S.R.L.

- * “Opinión de los usuarios de la Banca de Consumo”
Fecha: 24 y 26 de julio
Realizada por Analistas y Consultores S.R.L.

- * “Porqué los ciudadanos no actualizan sus documentos de identidad”
Fecha: 27 y 29 de agosto de 1999
Realizada por Analistas y Consultores S.R.L.
- * “Porqué necesitamos tarifa plana para INTERNET”
Fecha: 24 y 26 de octubre de 1999
Realizada por Analistas y Consultores
- * “Uso de Plaguicidas en el Hogar”
Fecha 27 y 29 de noviembre del 2000
Realizada por Analistas & Consultores
- * “Usos y Costumbres del consumidor de Medicamentos”
Fecha: 18 y 20 de diciembre del 2000
Realizada por Analistas & Consultores
- * “Defensa de los usuarios en servicios educativos”
Fecha: 29 y 31 de enero del 2000
Realizada por Analistas & consultores
- * “El Transporte y su impacto en los consumidores”
Fecha: 01 y 03 de abril del 2000
Realizada por Analistas & Consultores
- * ¿Los consumidores creen en la publicidad?
Fecha: 26 y 28 de febrero del 2000
Realizada por Analistas & Consultores
- * “Producción y arrojo de basura en Lima y Callao”
24 y 26 de junio del 2000
Realizada por Analistas & Consultores

- * “Encuesta sobre Patrones Alimenticios en Lima”
Fecha: 16 de octubre del 2000
Realizada por IMA – Investigación de Marketing

5.8 Procesos Emprendidos por ASPEC

a) INGRESO LIBRE AL AEROPUERTO

Cuando en 1993 se entregó en concesión la playa de estacionamiento del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, se involucró dentro del área concedida a la vía de ingreso y acceso a la zona de embarque. En consecuencia todos los usuarios que llegaban en taxi o auto particular al terminal aéreo se veían obligados a pagar dos horas de estacionamiento (a pesar de que el contrato decía que debía cobrarse por hora y aún cuando el automóvil sólo estuviera de paso a dejar a un pasajero). ASPEC denunció esta práctica como “Abuso de Posición de Dominio de Mercado”; luego de un largo y complicado litigio ante la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI, se obligó a CORPAC y a Los Portales S.A., empresa que había ganado la Licitación, disponer de los primeros 15 minutos libres de pago para el ingreso del público al aeropuerto; además se les sancionó con una multa de alrededor de 100,000 dólares.

Actualmente, al haberse privatizado el aeropuerto, la empresa que tiene a cargo las instalaciones, Lima Airport Partner (LAP) ante la presión ciudadana ha establecido un carril de desplazamiento gratuito para entrar y salir del aeropuerto para dejar y recoger pasajeros de manera inmediata.

b) OBLIGAN A TELEFÓNICA A RECTIFICAR SU PUBLICIDAD ENGAÑOSA

En 1997 Telefónica del Perú promocionaba en diversos medios de comunicación su denominado “Servicio de Transferencia de Llamadas por sólo S/ 1.77 mensual”. Este consistía en que el usuario podía activar su teléfono para que cuando estuviera fuera de casa se pudieran derivar o rebotar las llamadas que le ingresaban hacia otro teléfono donde él se ubicara. Mucha gente comenzó a solicitar el servicio y de hecho lo utilizaban, pensando que sólo pagaban S/ 1.77. Grande fue su sorpresa cuando veían elevarse la facturación y enterarse que no sólo se les cobraba ese cargo fijo anunciado, sino que además se les cobraba el valor de cada una de las llamadas que recibían, situación que jamás se les advirtió.

ASPEC denunció este caso como publicidad engañosa y logró que Telefónica sea sancionada con una multa de alrededor de 20 mil dólares y una orden de rectificación publicitaria, la misma que consistió en publicar un aviso aclaratorio en 3 millones de recibos entregados al domicilio de cada uno de los usuarios en los meses de abril y mayo de 1998.

c) CAMPAÑA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN EN LOCALES PÚBLICOS:

Cuatro conocidas discotecas de Lima fueron denunciadas por ASPEC por practicar actos de discriminación en el consumo al impedir el ingreso a sus establecimientos a jóvenes que no tuvieran ciertas características físicas o racionales.

Esta campaña desató una gran polémica a nivel nacional, hubo pronunciamientos del INDECOPI, el Poder Judicial y finalmente el congreso de la República, que incluso dictó una ley prohibiendo expresamente este tipo de prácticas discriminatorias.

d) SUSPENSIÓN DEL COBRO DE IMPUESTO DEROGADO EN REGISTROS PÚBLICOS

En 1949 el Presidente Manuel Odría dictó un Decreto Ley creando un impuesto a favor de los Registros Públicos, consistente en el 10% adicional sobre las tasas registrales. Este impuesto, según el texto de dicha norma, tenía como destino exclusivo la adquisición de máquinas de escribir y otros equipos. Lo curioso es que transcurrieron 50 años y los Registros Públicos seguían cobrándolo, no obstante que el Presidente Fujimori derogó este impuesto en 1992 mediante D.L. 25988.

ASPEC planteó una denuncia ante la Comisión de Acceso al Mercado del INDECOPI y la Defensoría del Pueblo. Ambas instituciones ampararon la misma y obligaron en 1998 a suspender el cobro, lo cual efectivamente se hizo por orden de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos. El perjuicio a la colectividad supera los 10 millones de dólares.

e) POR LA REDUCCIÓN DEL COSTO DEL PASAPORTE

La Ley de Simplificación Administrativa dispone que ninguna dependencia pública puede cobrar al usuario, por ningún trámite, documento o formulario, más allá del costo de su emisión. Está demostrado que el pasaporte cuesta 3 dólares cada uno, sin embargo al usuario se le cobraban 60 dólares.

ASPEC denunció esta práctica ante el INDECOPI y la Defensoría del Pueblo. Ambas instituciones admitieron la denuncia y exigieron la reducción del precio del pasaporte. Sin embargo, las autoridades respectivas a pesar de reconocer públicamente que el costo era excesivo, dejaron el tema en ese punto por cuanto el Congreso dictó una Ley para convertir ese cobro en un “Impuesto de solidaridad a favor de la niñez desamparada”.

Para todo el país quedó en evidencia, a pesar del resultado de la campaña, que los usuarios teníamos la razón al denunciar este cobro como ilícito, y la seguimos teniendo al cuestionar esa ley como inconstitucional.

f) FRAUDE EN LA VENTA DE OLLAS BARATAS COMO SI FUERAN SOLINGEN-ALEMANAS

Más de mil personas fueron engañadas con la venta de juego de ollas, supuestamente de acero inoxidable de la famosa denominación “solingen” alemanas, por las cuales pagaron alrededor de 1,300 dólares, cuando en realidad las ollas eran de origen coreano y costaban puestas en el puerto del Callao alrededor de 85 dólares.

30 compradores de los aproximadamente mil afectados por el engaño acudieron a ASPEC y ésta denunció el caso ante la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI que accionó contra la empresa Zehpir International, que finalmente se vió obligada a admitir que las ollas eran coreanas. Dicha empresa devolvió parte del dinero y luego se declaró en quiebra. INDECOPI la multó con alrededor de 6,000 dólares.

g) DERIVACIÓN DE LAS LLAMADAS A CASILLA DE VOZ

Telefónica introdujo, muchas veces sin consultar a los titulares de la línea, el sistema de grabación de mensajes, el mismo que se activa automáticamente a la cuarta o quinta timbrada, y en otros casos sin que timbrara el teléfono. Esto resulta un serio perjuicio para el que hace una llamada y no desea dejar mensaje, pues no se le da la oportunidad de colgar antes que se conecte a la grabadora.

Se calcula que son más 600, 000 casillas de voz instaladas en los teléfonos fijos y varios miles en los celulares; gran parte de los usuarios declaran que nunca solicitaron se les instale esta casilla de voz. El gran negocio para la empresa consiste en que con esa casilla y no hay llamada que se pierde, sea porque no contesta nadie o el teléfono se encuentra ocupado, en general todas se facturan.

Denunciada esta práctica ante OSIPTEL se consiguió que se obligara a los operadores a insertar una locución, ante que la casilla de voz de active, advirtiéndole al usuario que su llamada será derivada a una grabadora, lo cual le da oportunidad a colgar antes que ésta se active. Lamentablemente sólo se aplica para celulares, aún está pendiente el mismo pedido para los teléfonos fijos.

h) COBRO DE TARIFAS EXCESIVAS DE AGUA

Pese a que la Resolución 404-97-SUNASS establecía que desde setiembre del año 1997 los usuarios no residenciales (pequeños negocios: librerías, bodegas, farmacias, etc) que no contaban con medidor de agua, debían pagar el equivalente a 18 metros cúbicos mensuales, la empresa SEDAPAL durante más de un año vino cobrando a miles de estos usuarios el equivalente a 50 y 60 metros cúbicos, sin que estos se dieran cuenta del detalle.

ASPEC denunció este cobro ilícito ante la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento y consiguió que se les corrija la facturación y se les devuelva lo indebidamente cobrado. Existe discrepancia en las cifras, pues mientras ASPEC sostiene que son alrededor de 15 millones de soles, SEDAPAL sólo reconoce 4 millones de soles cobrados ilícitamente.

i) REDUCCIÓN EN EL COBRO POR ESTACIONAMIENTO EN EL AEROPUERTO

El contrato de Concesión de la playa de estacionamiento del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez dispone que la tarifa máxima aplicable es la que resulte del promedio de lo que cobran 10 playas categoría "A" de Miraflores (5) y San Isidro (5)

ASPEC comprobó que las playas seleccionadas para la muestra no tenían naturales comercial, sino que son estrictamente privadas o exclusivas para clientes, y que lo que cobraban no era propiamente una tarifa sino una penalidad para los que la ocuparan indebidamente; en realidad las playas seleccionadas eran gratuitas, pero sólo para clientes de los establecimientos aledaños. Sin embargo, para evitar otras personas se aprovechen de esa playa exigían acreditar haber comprado en el establecimiento, de lo contrario los multaban con una suma bastante alta en comparación a lo que pedía cualquier otra playa comercial.

Este tipo de playas “exclusivas para clientes” habían sido seleccionadas para el cálculo del costo por hora de estacionamiento en la playa del aeropuerto, el mismo que además esta en posición de dominio de mercado. Esto hacía que la tarifa fuera sumamente alta. ASPEC denunció el hecho ante el Organismo Supervisor de la Inversión privada en infraestructura del Transporte OSITRAN, logrando que las tarifas bajen de S/ 4.20 a S/ 3.50.

j) SANCION AL BANCO BBV – CONTINENTAL POR HABER ENGAÑADO A LOS AHORRISTAS

Miles de trabajadores confiaron sus ahorros (Compensación por Tiempo de Servicios – CTS) en el Banco BBV Continental por el ofrecimiento que éste les hizo que si depositaban su dinero por al menos 3 años, les otorgaría un seguro de desempleo a partir del cuarto año, en caso quedaran despedidos de sus empleos. Esto motivó que miles de trabajadores se animaran a dejar sus depósitos en dicho banco, pero resulta que al transcurrir algunos años, arbitrariamente, sin conocimiento de los trabajadores y de manera unilateral, el banco dejó sin efecto el ofrecido SEGURO DE DESEMPLEO, lo cual provocó un gran desconcierto.

Al recibir esta denuncia ASPEC salió al frente en representación de algunos ahorristas y presentó el caso ante la Comisión de Protección del Consumidor del INDECOPI, la cual ha

sancionado al infractor. Aún está pendiente la obligación de cumplir con el pago de este seguro de desempleo para miles de trabajadores que fueron despedidos en los últimos años.

k) DISCRIMINACIÓN EN RIPLEY

El Tribunal del INDECOPI ha establecido un importante precedente al sancionar a Tiendas RIPLEY por negarse a otorgar una tarjeta de crédito a una usuaria por el solo hecho de vivir en un distrito que para ellos no califica.

El caso afectó a Cecilia Reynoso, una abogada a la que se le ofreció una tarjeta de crédito de Ripley. Luego de convencerla, se le hizo llenar los formularios correspondientes; pero al cabo de unas semanas le dijeron que no podían darle esta tarjeta en razón de que ella vive en el distrito de La Victoria, y según la empresa la gente allí no es buena pagadora. Ni siquiera visitaron su trabajo, ni averiguaron sus antecedentes crediticios, ni boletas de pago, ni nada para verificar su condición de pagadora, simplemente su pecado era vivir en La Victoria.

Cecilia pudo haber pasado por alto el incidente, pero indignada decidió denunciar este acto de discriminación en el consumo a través de la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI. En primera instancia se declaró infundada su denuncia, pero ella apeló ante el tribunal y éste le dio la razón. Es así que INDECOPI terminó sancionando a RIPLEY con una multa de 3,100 nuevos soles, probablemente pequeña, pero muy simbólica. El proceso duró 2 años, pero finalmente se hizo justicia.

Esta resolución ratifica el derecho de los ciudadanos a denunciar la discriminación en el acceso a lugares y servicios abiertos al público. La resolución reconoce que si el lugar de residencia es lo único que se toma en cuenta para otorgar un crédito se está cometiendo un acto discriminatorio que desmerece a las personas domiciliadas en el distrito por el solo hecho de residir en el mismo y constituye una trasgresión al mandato constitucional

En líneas generales ASPEC como asociación civil sin fines de lucro cumple una función importante en nuestro país en defensa del público consumidor y usuario, busca despertar la conciencia del consumidor en las personas, los consumidores concientes de su derecho tienen el mayor poder dentro del mercado, el cual debe ser usado para eliminar abusos y promover prácticas comerciales sanas, además de apoyar el consumo y la producción sostenible, del mismo modo entre sus fines está el de investigar y desarrollar el derecho que asiste a los consumidores y usuarios; difundir el conocimiento de esos derechos mediante campañas educativas, de prensa y cualquiera otras formas.

Asimismo, representa a los consumidores y usuarios en su controversia ante todo tipo de entidades sean estas públicas o privadas; efectúan todo tipo de publicaciones y promueve la formación de otras instituciones similares.

En cuanto a la difusión a la información de la labor que realiza ASPEC falta difusión publicidad, para que llegue a todos los sectores económicos del país por ejemplo la Revista Consumo respeto que es publicada por ASPEC tiene un costo elevado para el común de la población y su comercialización en mercados Wong y Metro.

Como sugerencia las publicaciones de las revistas deberían tener menor costo para que sea más accesible para la población, y así estar debidamente informada, constituyendo una educación hacia el consumidor para que el consumidor asuma responsabilidades, ya que en ocasiones con el comportamiento del consumidor contribuye a que los problemas se agraven y de esta manera no propiciamos el cambio.

6. LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE CONSUMIDORES Y USUARIOS (IOCU)

Hemos dicho anteriormente que el consumidor perjudicado por un producto defectuoso o un servicio mal prestado, por lo general no acciona, no porque sus perjuicios no lo justifiquen, sino porque se siente débil frente a quienes le ofertaron el producto o el servicio; por ello es necesario promover asociaciones de consumidores para fortalecer la posición de sus asociados, frente a los empresarios y frente al propio poder del Estado. Dentro de esta perspectiva las Naciones Unidas en su Directiva del 9 de Abril de 1985, artículo 1 inc. e) recomienda “Facilitar la creación de grupos independientes de defensa del equilibrio que debe existir entre las fuerzas de los consumidores, usuarios y los empresarios.

Dentro de esta misma óptica ya en el año 1960 fue creada la Organización Internacional de Uniones de Consumidores (IOCU), que es una Asociación Privada Internacional sin fines de lucro. Fue fundada por 5 organizaciones de consumidores de USA, Australia, Reino Unido, Bélgica y Holanda; siendo su principal tarea la de promover, defender y proteger los derechos e intereses de los consumidores en todas sus latitudes, no teniendo intereses empresariales, comerciales, ni político partidistas.

Al principio las empresas rechazaban los movimientos consumeristas, pero actualmente saben que pueden sacar ventaja. En este sentido existen empresas líderes que forman organizaciones para informar y apoyar los derechos del consumidor. El eje de cualquier empresa debe ser el consumidor, con lo cual obtienen una fidelidad inquebrantable, además la actitud de los comerciantes ha cambiado porque se han dado cuenta que defender a sus clientes es una inversión a futuro.

La IOCU representa hoy a 167 países de los cinco continentes, operando desde su sede central en la ciudad de La Haya y también a través de sus entidades filiales (Penag-Malasia, Montevideo-Uruguay)

La IOCU, tiene 3 objetivos centrales:

- a) Proporcionan información y entrenamiento a sus miembros.
- b) Expandir el movimiento de consumidores en el mundo; y
- c) Representar a los consumidores en los foros internacionales, particularmente a nivel de organismos de las Naciones Unidas y otras agencias especializadas.

Otro objetivo es realizar cada 3 años un Congreso Mundial sobre Derechos de Consumidores y el día 15 de Marzo de 1993 instituyó el día Mundial del Derecho del Consumidor.

La IOCU participa por derecho propio en los principales organismos de las Naciones Unidas como ECOSOC, OMS, CODEX, ALIMENTARIOUS, FAO, ISO, UNICEF, UNESCO y otros.

En 1986, al crearse la sucursal para América Latina y el Caribe, significó un gran impulso y apoyo para el naciente movimiento de consumidores y para la creciente preocupación de los gobiernos por la problemática del consumidor en esta parte de la orbe. Esta sucursal cuenta con más de 31 afiliados además de tener trato directo con más de 150 organizaciones no afiliadas pero que sus fines son de protección al consumidor.

La labor de la IOCU se ha concentrado en tres aspectos esenciales, que son:

- a) Información a través del centro informatizado de datos y documentación.
- b) Educación mediante la realización de cursos de entrenamiento y asistencia en la elaboración de programas de educación y formación.
- c) Representación el ejercicio de la representatividad de los consumidores a nivel regional e internacional.

A su vez se han establecido grupos de trabajo con especialistas en distintos temas: jurídico, económico, la mujer y grupos de acción en temas tales como tabaco, alimentación, productos y procesos tecnológicos peligrosos.

Todos nosotros como consumidores, debemos asumir responsabilidades tácitas como contraparte de la relación contractual:

- a) Solidaridad basada en la responsabilidad de organismos como consumidores, de desarrollar la fuerza y la influencia necesaria para promover y proteger nuestros intereses.
- b) Conciencia crítica cimentada en la responsabilidad de estar más alertas cuestionándonos sobre el precio y la calidad de los bienes y servicios que utilizamos.
- c) Preocupación social inspirada en la responsabilidad de ser conscientes del impacto de nuestro consumo sobre otros ciudadanos, especialmente los grupos con menos recursos en la comunidad local, nacional o internacional.
- d) Conciencia sobre el medio ambiente motivada por la responsabilidad de entender las consecuencias de nuestro consumo sobre el medio ambiente. Nosotros debiéramos reconocer nuestra responsabilidad individual y social para conservar los recursos naturales y proteger la tierra para futuras generaciones.

La IOCU en términos generales, lo que pretende es que se concreten del todo sus propuestas presentadas, tales como:

- a) La participación de la sociedad civil, que esta dada por la adopción de disposiciones y mecanismos que garanticen la participación permanente de representantes de la sociedad civil y particularmente de las organizaciones de consumidores y otras que representen las opciones de los consumidores.

Parece ser del todo necesario promover la organización de los consumidores y apoyar las ya operantes, tanto en sus actividades como en sus proyectos.

En este sentido, la sociedad norteamericana tiene a su favor la llamada *Class Action* conocida en castellano como acción de grupo o de categoría por la cual un consumidor perjudicado o varios de ellos se convierten en actores nominales en un juicio en representación de todos los interesados, asumiendo una función que va mas allá de sus particulares intereses personales. Caso paradójico es la Legislación Francesa del 27-12-73 llamada ley de orientación del comercio y de la artesanía y que estipula disposición contraria, aunque se ha propiciado una reforma que propone una acción colectiva ejercida por las organizaciones de consumidores en beneficio de los damnificados.

En el caso Peruano, merece comentario especial que con la promulgación del Código Procesal Civil, se ha otorgado legitimación procesal a las asociaciones de consumidores, en el artículo 82 del CPC, donde se establece el patrocinio de los intereses difusos, el mismo que ofrece 3 campos de aplicación:

- Defensa del medio ambiente
- Defensa de bienes o valores culturales o históricos
- Defensa de los derechos del consumidor

Existe el interés difuso cuando existe interés social análogo de la comunidad y no persigue defensa de intereses particulares o económicos de un determinado grupo de personas.

b) Coordinación Intersectorial que se alcanzará a través de disposiciones normativas que de una u otra manera garanticen responsabilidades comunes, participación e interrelación de las entidades públicas encargadas de la ejecución de las políticas sectoriales de protección al consumidor.

c) Legislación del ámbito nacional que se verá objetivizada a través del establecimiento de una ley de carácter nacional que defina competencia y responsabilidades de los órganos pertinentes dentro de los distintos niveles gubernamentales, estipulando claramente las sanciones que correspondan. En este sentido la Ley de Protección del Consumidor del Perú, Decreto Legislativo 716 cumple este cometido.

d) Descentralizar las actividades de protección teniendo en cuenta que los servicios de protección deberían considerar el contexto nacional, ya que los agentes que intervienen en los productos y servicios comercializados y sus precios, pueden variar de una localidad a otra.

Las sugerencias específicas de la IOCU deben estar enmarcadas dentro de tres esferas muy concretas; seguridad física, protección jurídica, económica y educación e información.

1. Seguridad Física.- La prioridad máxima de los países es salvaguardar la seguridad de los consumidores. En base a esto es que se hace de cumplimiento obligatorio el ejecutar rápida, efectiva y eficazmente las disposiciones contenidas en las directrices de las Naciones Unidas.

Toda consulta realizada pertinentemente debe concluir en acuerdos, iniciativas y cooperación a nivel gubernamental que permitan reglamentar, controlar y registrar la producción, la comercialización, la importación y la distribución en la región de productos y tecnologías que puedan ser perjudiciales para la salud y el medio ambiente. Dentro de este rubro los países miembros procurarán:

a) Registrar los casos en que ha habido exposición de productos y tecnologías perjudiciales para la salud o la integridad de las

personas y dar a publicidad dichos casos para prevención sanitaria respectiva

- b) Elaborar sistemas de control de calidad tanto de productos como de servicios a nivel internacional con la finalidad que los productos que no pasen el control sean considerados como perjudiciales para la salud y el medio ambiente, y en consecuencia no sean aceptados en el mercado y salgan de éste.
- c) Obligar a los productores que no sigan surtiendo el mercado así como también retiren de él los productos que no hayan pasado el control de calidad por ser considerados nocivos para la salud o integridad física de las personas.
- d) Promulgar leyes que estén vinculadas y concordadas con las medidas preventivas adoptadas para los productos de exportación considerados como peligrosos (es el caso de los pesticidas y productos químicos) También es importante promulgar leyes que sirvan para evitar que nuestros países (Latinoamérica) sean considerados como depósito final o basurero de desechos tóxicos.
- e) Convenir internacionalmente en el establecimiento de signos y símbolos comunes que sirvan para alertar a los consumidores en cuanto al uso o disfrute de determinado bien o servicio que sea perjudicial, dañino o su uso tenga restricciones; dichos símbolos deberán figurar en los envases, presentación de dicho producto y toda publicidad que se haga del producto.
- f) Prohibir la producción de bienes que de alguna manera puedan perjudicar al medio ambiente de forma irreversible.

- g) Recomendar la ejecución de un programa de prevención internacional cuya finalidad sea la de evitar que artículos que no hayan pasado el control de calidad y hayan sido considerados perjudiciales o tóxicos para la salud y la integridad de las personas de un determinado país puedan ser aceptados, vendidos o fabricados en cualquier otro país.

2. Protección Jurídica y Económica.- Esta sólo podrá conseguirse cuando los consumidores hayan recibido derechos dentro del ámbito de su mercado, cuando estén conscientes de la existencia de los mismos y se disponga una protección adecuada, es entonces cuando podrán ser denominados con propiedad sujetos agentes del consumo, en vez de ser simplemente sujetos pasivos. Otro aspecto que debe ser considerado es el interés económico de los consumidores por parte del Estado, los fabricantes y almacenistas como un factor decisivo que tienda a fortalecer un sistema económico más equitativo y eficaz.

Frente a esto los países miembros deben:

- a) Controlar las prácticas desleales de comercialización y publicidad que causan o puedan causar perjuicio en los intereses de los consumidores, dándose por consiguiente condiciones de competencia efectiva y justa.
- b) Regular los contratos de aceptación.
- c) Instituir procedimientos de reclamación efectivos, que se caractericen por su celeridad, discusión verbal entre los interesados, para evitar la inoperancia y la demora burocrática y lograr una gestión con carácter expeditivo y a bajos costos por derechos.

3. Educación e Información.- Este es un problema que debería ser enfrentado en forma realista como medio para atender una legítima demanda de grandes masas de consumidores que carecen de información y capacitación para poder alcanzar un mejor nivel de vida y una mejor participación de los consumidores en la adopción de decisiones para evitar así que sus intereses se vean afectados.

Adicionalmente, es preciso la dación de reglamentos que aseguren a los consumidores información confiable y justa acerca de los productos y servicios que se les ofrecen, siendo de vital importancia los productos o servicios que entrañan riesgos para la salud y/o el medio ambiente, frente a esto los países miembros deben incidir en la educación, poner los medios de comunicación al servicio de la educación de los consumidores e instituir un intercambio sistemático de información referente al ámbito del consumidor, su educación e información entre otros.

La IOCU en términos generales ofrece:

- La posibilidad del uso de sus bancos de datos, documentación especializada, información general relacionada con el concepto, actividad y contenidos de la defensa del consumidor.
- Entrenamiento de dirigentes como funcionarios y profesionales cuya actividad se encuentre relacionada con la defensa del consumidor tanto en áreas específicas como generales.
- Asesoramiento a los países y/o instituciones que así lo requieran sobre determinados aspectos de la defensa del consumidor por parte del personal especializado con el que cuenta la IOCU.

- Participación en eventos convocados por la IOCU sobre aspectos relacionados con el consumidor, permitiendo así un intercambio efectivo y constante en distintas materias.

Podemos destacar el aporte legal que han realizado algunos miembros en especial a nivel regional:

- Ley Colombiana 73 de 1981 institucionaliza las ligas de consumidores y le confiere a la confederación colombiana de consumidores el carácter de cuerpo consultivo de gobierno.
- La Procuraduría de Protección al consumidor en México.
- La Comisión de Defensa del Consumidor en Brasil.
- La Superintendencia de Protección al Consumidor de Venezuela.
- El Instituto Ecuatoriano de Normalización.
- También se han aportado singulares beneficios en algunas legislaciones para los consumidores Ej. Art. 103 del Código de Protección al Consumidor de BRASIL dispone que las sentencias tienen efectos de cosa juzgada erga omnes y benefician así a todos los damnificados, y en la IV Jornadas Rioplatenses de Derecho Civil en 1986, en Punta del Este, Uruguay, se recomienda igual disposición.
- Otro reconocido aporte de la legislación brasilera es el hecho de que no se aplican costas a las asociaciones de consumidores que hayan sido vencidos en un litigio instaurado sin mala fe.

7. LOS CONSUMIDORES EN AMÉRICA LATINA

El Movimiento del consumidor en América Latina comenzó en los años setenta, casi a los 10 años de la Constitución de la IOCU, Organización Internacional de unión de Consumidores, fundada en 1960 en Holanda.

El primer país latinoamericano que contó con una Ley de protección al Consumidor fue Venezuela en 1974. Sin embargo, en la actualidad no cuenta con una institución del consumidor importante.

México, por su parte aprobó la Ley de Defensa del Consumidor en 1975, y es el primer país que encaró este tema de manera orgánica. Se creó la organización privada AMDEC, que ha sido la primera en nuestro continente y la primera también en ocupar un lugar en el cuerpo ejecutivo de la IOCU.

En Argentina ADELCO, ha sido la primera institución reconocida como miembro pleno en América del Sur e integra también ese consejo.

Pero el desarrollo del movimiento ha corrido con suerte dispar, no solo con relación a la legislación, sino también en el desarrollo de las organizaciones de consumidores privadas. En cuanto a la legislación, hoy existen varios que la tienen entre ellos se encuentran Argentina, Brasil, Ecuador, Honduras, El Salvador, Perú y México.

En otros países existen proyectos y en muchos casos llevan años de discusión como en Bolivia, Guatemala y Uruguay. En Chile y Costa Rica se trabaja para reformar la Ley existente, mientras que en Paraguay se aprobó la Ley en 1988, siendo posteriormente vetada por el Gobierno.

Se han dado algunos pasos más cuando se incorporó a sus constituciones los derechos de los consumidores, como es el caso de Paraguay, Brasil, Perú y Argentina. Esta es una importante tendencia, incluir los derechos de los consumidores en la Ley de las leyes.

También hay que mencionar las directrices para la protección de los consumidores de las Naciones Unidas aprobada por unanimidad en 1985. Se trata de un compendio orientador para los gobiernos, señalando cuales deben ser los criterios que deben primar para contar con un grado adecuado de protección de los intereses del consumidor.

En segundo lugar la Ley Modelo para América Latina y el Caribe, trabajo que coordinara la IOCU. Esta Ley ha sido fuente de consulta a la hora de redactar los textos legales de varios países latinoamericanos.

Hoy puede decirse que en toda América Latina existe, al menos una organización privada de defensa del consumidor que trabaja con la escasez de recursos que existe, pero que están tratando de impulsar el desarrollo del movimiento del consumidor en sus respectivos países.

La impresión que se tiene en general, del movimiento del consumidor en América Latina es que falta mucho camino. Nos preguntamos si todas las asociaciones que están en el listado de la IOCU realmente existen y si cumplen con las pautas éticas básicas.

8. LA INFORMACIÓN, PARTICIPACIÓN Y AUTORREGULACIÓN DEL CONSUMIDOR

La información a los consumidores, el ensayo de productos y servicios y la autorregulación por la industria y el comercio son factores importantes para proteger a los consumidores y pueden servir de complemento a la protección otorgada por las leyes especiales, tales como muchas leyes de propiedad industrial.

8.1 La Información y Capacitación del Consumidor

En algunos casos, el mejor modo de reglamentar la divulgación de determinada información a los consumidores y la forma en que debe transmitirse tal información consiste en la ley (Ej., las normas sobre etiquetado y las leyes relativas a la publicidad). Sin embargo pueden llevarse a cabo numerosas actividades de información y capacitación de los consumidores sin que lo disponga la ley, es decir promover una cultura de consumo que se aparte inclusive de los programas de educación básica, así se fortalecerá el mercado.

8.2 Función de Gobierno

Aunque puede ser necesario algún apoyo oficial para asegurar que se transmita a los consumidores una información amplia y digna de crédito, el grado de intervención gubernamental depende en gran medida de las circunstancias particulares de cada país. En algunos casos, el gobierno puede tener que administrar directamente los programas de información y capacitación de los consumidores a través de organismos públicos competentes, en especial si las asociaciones privadas de consumidores no poseen los recursos o la experiencia técnica necesarias para emprender tales programas por sí mismas.

Como parte de sus funciones de reglamentación, los organismos gubernamentales de muchos países disponen de abundante información y datos que pueden ser de utilidad para los consumidores, como materiales para los estudios y encuestas que realicen sus asociaciones o para substanciar sus demandas judiciales o como pruebas que pueden presentarse en juicio.

En este contexto la labor del Estado no sólo debe ser la de un arbitro en el mercado como siempre se ha expresado por los jus-economistas, sino que en todo caso su labor es además la de fortalecer la demanda fortaleciendo al consumidor, es decir no sólo establecer mecanismos controladores y de policía, sino la de promover la autodefensa del consumidor y para ello debe

tener un sostenido proceso de información y capacitación ciudadana, así como mecanismos viables para escuchar los reclamos y solucionar los conflictos, sin ello el sistema no funciona adecuadamente.²⁰⁹

Aspecto importante de la capacitación de los consumidores consiste en aconsejarles en cuanto a las informaciones disponibles y a las ventajas y la protección que les otorgan las diversas leyes. Por mucho que una determinada ley, en el papel, tenga en cuenta a los consumidores, el primer paso para su aplicación eficaz es hacer que éstos sean conscientes de los derechos y recursos que esa ley les concede.

En el Perú, el Estado a través de la institución tutelar de la defensa de los consumidores, es decir el INDECOPI ha estructurado un sistema legal por el cual se permite que las asociaciones de consumidores trabajen de forma conjunta con el Estado en la promoción de la protección del consumidor en beneficio del mercado mismo y en este sentido el Decreto Legislativo 716 prevé en su artículo 45 la posibilidad de celebrar convenios institucionales con asociaciones de consumidores, asimismo el artículo 51 permite al INDECOPI delegar facultades a las asociaciones para efectos de iniciar acciones judiciales en la defensa de los intereses de los consumidores.

La ley establece que el directorio del INDECOPI podrá celebrar convenios de cooperación interinstitucional con Asociaciones de Consumidores de reconocida trayectoria y que incluso puede disponer que un porcentaje de las multas administrativas impuestas en los procesos promovidos por estas asociaciones de consumidores sea destinado a financiar publicaciones, labores de investigación o programas de difusión a cargo de las mismas, y en tal virtud es factible establecer mecanismos de control gubernamental respecto al adecuado uso de los fondos otorgados a las asociaciones.

²⁰⁹ El Instituto de Derecho del Consumidor (IDC) de ASPEC ha celebrado un Convenio con el Ministerio de Educación para capacitar a educadores, directores, profesores y alfabetizadores, lo cual tendrá un efecto multiplicador considerable en la educación integral del Estado. También INDECOPI tiene un Programa de INDECOPI – EDUCA a través de un Convenio con el Ministerio de Educación que busca promover la cultura de consumo en los peruanos desde la etapa escolar, promoviendo una cultura de competencia y de respeto por los derechos del consumidor.

Cabe señalar que el INDECOPI ha celebrado ya un convenio de colaboración institucional con la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (ASPEC) y existe un debate respecto del monto del porcentaje de las multas que se debe entregar a ASPEC o a otra asociación con la que se celebre convenio. En este sentido la Sala de Defensa de la Competencia viene otorgando porcentajes variables según la naturaleza del caso puesto en debate, no obstante hay propuestas para que el porcentaje a entregarse sea una tasa fija de hasta el 50% sea cual fuere el caso resuelto.

Particularmente creemos que el porcentaje debe ser variable, atendiendo la naturaleza de las reclamaciones planteadas y a la gravedad de la afectación de los derechos del consumidor, no olvidemos que cada caso tiene su propia dinámica y como tal su propia actividad probatoria que es la que finalmente determina la defensa y la capacidad argumentativa a lo largo del procedimiento administrativo, por ello el INDECOPI al tomar la decisión de cuanto será el porcentaje de la multa que se entregara a la asociación deberá estar atento a la forma y circunstancias en que se la llevado a cabo el procedimiento hasta la resolución final.

En todo caso lo importante es que este tema sea adecuadamente manejado por el INDECOPI para que no se sienta como que se está trasladando parte del presupuesto de la institución a las asociaciones y ese sentido se adopten actitudes restrictivas al respecto, sino que se entienda que es parte de un sistema consistente de promoción y desarrollo de la protección del consumidor en beneficio del propio mercado, que tiene además su correspondiente correlato en la ley.

8.3 Función de los Consumidores

Las asociaciones privadas y las organizaciones semipúblicas de consumidores deberían hacer aportes importantes a los programas de

capacitación e información de los consumidores. En este plano, estas entidades pueden asesorar tanto al gobierno como a la industria en cuanto al tipo de informaciones que conviene recopilar y poner al alcance de los consumidores.

En otro plano, las organizaciones de consumidores pueden reunir por sí mismas informaciones útiles (por ejemplo, mediante estudios, encuestas y cuestionarios) En un tercer plano, las organizaciones de consumidores pueden capacitar individualmente a sus miembros (por ejemplo, mediante seminarios, publicaciones u otros medios) en cuanto a la manera de utilizar las informaciones ya existentes (por ejemplo la transmitida en las etiquetas e indicaciones geográficas), aprovechar las diversas leyes, en especial las de propiedad industrial y comprender las funciones de los objetos de la propiedad industrial como las marcas y los nombres comerciales.

Esto tiene un efecto multiplicador, porque educar es adiestrar e implica dotar de los elementos informativos necesarios para que el consumidor tome decisiones de mercado correctas e informadas, no olvidemos que la publicidad tiene información parcializada que expresa lo bueno del producto y nunca lo malo, por lo que el reto del consumidor es tener información objetiva para una adecuada decisión de compra.

8.4 La Autorregulación de los Consumidores

Muchas asociaciones mercantiles y profesionales han adoptado códigos de conducta y algunas veces hasta aplican sanciones internas contra los adherentes que no los cumplen. La autorregulación puede ejercerse respecto de una actividad concreta (por ejemplo la publicidad) o con relación a una determinada profesión o sector económico (por ejemplo la industria de alimentación). Son ejemplos de los códigos de autorregulación más conocidos los Códigos Internacionales sobre la Práctica Publicitaria.

Al elaborar normas y códigos de conducta voluntarios, la industria debería tomar en consideración los intereses de los consumidores a participar en su formulación.

Dentro de este contexto el día 01 de agosto del 2001 la Unión Peruana de Radiodifusión (UPR), en consonancia con la campaña de recuperación de valores iniciada por el gobierno transición ha suscrito el Código de Ética de la Industria de la Comunicación y fue suscrito por el Sr. Jorge Merino de la UPR y el Sr. Federico Anchorena de la Asociación Nacional de Anunciantes. Para su elaboración se ha tomado como base el Código de Ética del Vaticano, el Código de Ética de la Cámara de Comercio y las propuestas que desde hace buen tiempo han venido formulando la Asociación Peruana de Agencias de Publicidad, y el Consejo Nacional de Autorregulación Publicitaria (CONAR) Este es un tema que se ha estado discutiendo desde hace quince años aproximadamente, para efectos de tener una norma de autocontrol que proponga soluciones más técnicas, más persuasivas que sancionadoras ante un control estatal muchas veces basado solo en el efecto intimidatorio de las multas.

Dentro de este contexto, la primera semana de abril de 2003 fue presentado por la Asociación de Bancos (ASBANC), el Defensor del Cliente Financiero, un mecanismo de solución de conflictos en materia financiera para los clientes bancarios, presidido por el Señor Hugo Eyzaguirre de Sante²¹⁰. Este defensor se constituye en una alternativa interesante para el mercado de servicios bancarios y en la medida que sea capaz de responder a las expectativas del consumidor, con un procedimiento simple, fluido, abierto, viable, asertivo, práctico y sobre todo confiable, será una buena alternativa para los consumidores.

¿Quién no se ha quejado de los bancos? Los reclamos de los clientes por problemas con sus tarjetas de crédito, tarjetas de débito o cuentas de

²¹⁰ El Sr. Hugo Eyzaguirre de Sante fue Vocal de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi hasta el 22 de Octubre de 2002.

ahorros, cuentas corrientes, etc., son temas de casi todos los días y hasta antes de este mecanismo se acudía ante la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) y fundamentalmente ante el INDECOPI a la Comisión de Protección del Consumidor, la que he emitido sendos pronunciamientos sobre muchos casos de abuso y falta de información a los consumidores.

El Defensor del Cliente Financiero se constituirá como una segunda instancia, porque el cliente debe acudir primero a su banco o institución financiera y plantear ante ella su reclamo y si ésta no le ofrece una solución satisfactoria a su problema, puede continuar ante el defensor, el que hará las gestiones necesarias y propuestas oportunas a ambas partes (cliente y banco o financiera) a fin llegar a un arreglo amistoso.²¹¹

Lo importante es que el defensor tenga independencia y autonomía en el ejercicio de sus funciones y la toma de decisiones, porque no olvidemos que es un mecanismo creado por las propias entidades financieras. Las resoluciones y recomendaciones que emita el defensor se estima que serán de cumplimiento obligatorio para las entidades financieras, esto mejorará sus relaciones con los clientes. Obviamente si un cliente no está de acuerdo con la decisión del defensor puede acudir al INDECOPI.

Este mecanismo se enmarca dentro de las nuevas tendencias de autorregulación o autocontrol en materia de derechos del consumidor y eso es positivo para el mercado por que da muestras de madurez y evidencia que los propios involucrados pueden encontrar espacios de solución de conflictos sin acudir a la autoridad oficial.

Los Bancos que participan en este programa del Defensor del Cliente Financiero son:

- Banco de Crédito del Perú- BCP

²¹¹ Se excluyen reclamos sobre otorgamiento de créditos, aprobación de nuevos clientes y negocios, y aquellos reclamos que superen los U\$ 20,000 o su equivalente en soles.

- BBVA Continental
- Banco de Comercio
- Banco del Trabajo
- Banco Interamericano de Finanzas- BIF
- Banco Financiero
- Banco Sudamericano
- Banco Wiese Sudameris
- Financiera CMR
- Financiera Cordillera
- Interbank
- Mibanco
- Solución Financiera de Crédito.

Igualmente la Superintendencia de Banca y Seguros en convenio con el INDECOPI ha establecido la “Plataforma de Atención al Usuario” (PAU) que constituye un área de atención al público de la Superintendencia, que tiene por finalidad atender consultas, orientar y recibir las denuncias de todos los usuarios del sistema financiero, de seguros y privado de pensiones. También reciben los reclamos de los afiliados al sistema privado de pensiones.

La presentación de una denuncia en el PAU dará lugar a una etapa indagatoria, a partir de la cual la Superintendencia de Banca y Seguros podría decidir el inicio de un proceso sancionador, y eventualmente la imposición de una sanción a la entidad denunciada, sin que ello signifique algún tipo de resarcimiento para quien formule la denuncia. Es decir, con las denuncias no se resuelven las controversias particulares de los usuarios, sino únicamente se sanciona las infracciones que hayan cometido las empresas denunciadas.

Las denuncias por controversias con las entidades financieras las pueden plantear los usuarios ante el Sistema de Apoyo al Consumidor (SAC) del INDECOPI, donde será apoyado para una solución rápida y gratuita a la controversia existente con la entidad reclamada, para lo cual podrá utilizar

mecanismos alternativos de solución de conflictos como la mediación y la conciliación, caso contrario si no hay acuerdo conciliatorio, el consumidor podrá presentar su denuncia ante la Comisión de Protección del Consumidor del INDECOPI.

Las ventajas de los sistemas de autorregulación es que su carácter es más preventivo que sancionador y además en ellos participan los propios protagonistas que como proveedores pueden encontrar la solución técnica que satisfaga sus intereses sin afectar al consumidor y al mercado en si mismo





CAPITULO X

**LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN EL
CONTEXTO JURÍDICO INTERNACIONAL**

CAPÍTULO X

LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN EL CONTEXTO JURÍDICO INTERNACIONAL

ANTECEDENTES

Hoy en día la mayoría de países en desarrollo, sobre todo los latinoamericanos han emprendido serios programas de estabilización económica y en casi todos ellos el denominador común es cierta tendencia neoliberal y dentro de ella una reducción del aparato estatal, libre competencia, innovación tecnológica, entre otras características.

Este proceso de globalización de la economía trae consigo indudablemente mayor competitividad comercial y en la mayoría de países se han sancionado modernas disposiciones legales destinadas a preservar la sana competencia y a garantizar los derechos de los consumidores como beneficiarios del sistema.

Hemos creído conveniente desarrollar en esta parte de la tesis un breve resumen de los principales ordenamientos jurídicos de algunos países latinoamericanos y europeos sobre protección del Consumidor y de la competencia, habiéndonos detenido en aquellos puntos que vale la pena destacar para establecer un cuadro comparativo con nuestra legislación y obtener conclusiones válidas que coadyuven a mejorar nuestras disposiciones para adecuarlas al contexto socio económico al cual se aplican "abuso de poder económico en todas y cada una de sus formas" considera forma de abuso de poder económico.

El Derecho del Consumidor ha surgido como una suerte de “estatuto” personal del consumidor, se ha planteado que el objeto y razón de ser de esta nueva disciplina jurídica es la protección aquel sujeto que denominamos consumidor.

La problemática jurídica de la protección del consumidor se centra en la noción de la libertad contractual, que data desde el Código de Napoleón, porque en este ámbito el Estado interviene en el juego de la contratación no con el objeto de resguardar un interés público, sino privado. Esta problemática empieza a evidenciarse hace no más de tres décadas. De hecho el derecho del consumidor empieza a desarrollarse en el mundo jurídico en los años '60, partir del reconocimiento del status de consumidor y de las especiales aristas que empiezan a perfilarse en la relación de consumo y que hacen posible diferenciarla de las tradicionales relaciones jurídicas civiles o comerciales. Sólo pensaba en maximizar sus beneficios a cualquier costo, fueron el cóctel explosivo que dieron origen a abusos nunca antes vistos.

En definitiva, la realidad social y económica empezaba a cambiar. La circulación masiva de bienes y servicios hicieron de la contratación una actividad cotidiana, que exigía rapidez y donde la oferta era lanzada simultáneamente a un numero indeterminado de posibles contratantes. En este contexto se tornó imposible aplicar los principios de la contratación tradicional a los contratos de consumo, sustituyéndose las conversaciones previas y las cláusulas negociadas por cláusulas predispuestas por el contratante más fuerte (empresario o proveedor) Incluso los medios tradicionales de resolución de conflictos se volvieron inoperantes ante esta nueva realidad porque ni la cuantía de los asuntos, ni las urgencias de los adquirentes justificaban los largos y costosos procesos judiciales, todo lo cual derivaba en un estado de indefensión del consumidor ante los abusos de los agentes económicos más poderosos.

Sin duda es una condición previa al reconocimiento de los derechos del consumidor, el poder identificar al consumidor como un grupo social definido, a los efectos de regular jurídicamente su status, lo cual no aconteció en el mundo sino hasta la década del '60.

Sin embargo, algunos autores afirman que el Derecho del Consumidor, como tal, empezó a surgir en 1957 en el Tratado de Roma, que creó la Comunidad Europea. En este Tratado (Arts. 85 y 86) se hace referencia a los consumidores, pero recién en 1972 la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa editó la Carta Europea de Protección al Consumidor para tres años después plasmar esta base programática en medidas concretas a través del Programa Preliminar para una política de protección e información de los consumidores. Independientemente de donde se le haya expedido por primera vez el certificado de nacimiento a esta disciplina jurídica, el Derecho del Consumidor nace en el mundo con contornos eminentemente represivos (penal y administrativo) para gradualmente ir tornándose preventivo, a la vista de ciertas características de los mercados modernos, a saber, mutabilidad, velocidad en los intercambios, alta complejidad, dificultad en la reparación de los daños al consumidor, nuevas modalidades de contratación, etc.

A mediados de la década del setenta (1977) era tal la disparidad en la protección que dispensaban los países desarrollados a sus consumidores y la situación en la que se encontraban los consumidores de los países en desarrollo, que el Consejo Económico y Social de la ONU solicitó al Secretario General que preparará un estudio sobre el tema, especialmente referido a las leyes vigentes en los distintos países, y que realizara consultas con los países asociados, con el objeto de elaborar una serie de orientaciones generales para armonizar dicha protección a nivel global. En 1983 el Secretario General presenta el proyecto de Directrices ante el Consejo y luego de largas negociaciones es aprobado el documento definitivo por la Asamblea General de la ONU el 9 de abril de 1985 (Resolución N° 39/248)

Las Directrices para la Protección del Consumidor son un conjunto internacionalmente reconocido de objetivos básicos, preparados especialmente para que los gobiernos de los países en desarrollo y los países de reciente independencia las utilizaran para la estructuración y fortalecimiento de políticas y leyes de protección del consumidor.

Estas Directrices centran su atención en los intereses y necesidades de los consumidores, reconociendo que estos afrontan a menudo, con relación a los empresarios, desequilibrios en cuanto a capacidad económica, nivel de educación y poder de negociación.

Puede parecer extraño que conceptos como *consumidor* y *consumo*, que siendo connaturales de mercado, recién se empezaran a desarrollar en el derecho en la década del '60, pero esto se debe a que hasta mediados de este siglo imperaron ciertas doctrinas que implicaban fuertes obstáculos para el reconocimiento de derechos a los consumidores, a saber:

En los países anglosajones encontramos la doctrina del *caveat emptor* (el consumidor sea consciente) que en la formación e interpretación de los contratos, postulaba como algo lógico y natural que el empresario trataría de obtener ventajas del consumidor y si este no utilizaban el sentido común para evitarlo entonces no debía quejarse.

En el derecho occidental moderno se arraigaron ciertos principios que datan de la Revolución Francesa. Efectivamente, si a todos los hombres se los consideraba libres e iguales, era lógico que la contratación esté regida por el principio de autonomía de la voluntad y que entonces el contrato fuera ley para las partes. Por otra parte en los tiempos previos a la sociedad de consumo el contrato era un acto casi excepcional, y que por ese motivo resultaba previamente negociado, discutido y acordado casi en detalle. El derecho, entonces, sólo debía intervenir para velar que la voluntad manifestada fuera

realmente libre y en definitiva rodear de garantías a los negocios jurídicos de los particulares.

El Individualismo y el principio de no intervención del Estado aplicados a la relación de consumo dio origen a la "Teoría del libre mercado y el consumidor individual", en la que hipotéticamente empresario y consumidor se encontraban en igualdad de condiciones en el contexto de un mercado libre regido por las reglas de la oferta y la demanda.

La realidad se encargó de demostrar esta falacia, ya que el consumidor era frecuentemente víctima de abusos como consecuencia de detentar una situación de inferioridad en el mercado. Incluso el propio derecho mercantil, donde se desenvuelven la casi totalidad de las relaciones de consumo, se origina y desarrolla con una impronta del todo ajena a la realidad del consumidor. Este derecho tiene su génesis histórica en la edad media estrechamente vinculado al tráfico de mercancías entre comerciantes y por ello toma como punto de referencia a este sujeto y su actividad profesional. Podríamos decir que el Derecho Comercial se elabora de cara al proveedor y de espaldas al consumidor.

A pesar de ello el consumidor no se encontraba totalmente indefenso, ya que teorías y garantías tradicionales, como la de los vicios ocultos, conferían cierta protección al consumidor - comprador. Además a partir de este siglo se empieza a regular al mercado, a través de leyes que reprimían los monopolios, que alentaban la lealtad comercial, y que exigían a los productos ciertas condiciones mínimas para ser comercializados, todo lo cual indirectamente beneficiaba al consumidor.

Pero si bien siempre existió mercado y consecuentemente consumidores, la necesidad de brindar protección especial a estos se tornó necesaria en el ámbito de una sociedad de consumo y de un mercado complejo, altamente diversificado. Combinación que sólo se dio en el mundo

una vez que empezaron a verse los frutos de la etapa de reconstrucción de posguerra (II Guerra Mundial). Previo a este período el consumo no limitado a satisfacer necesidades básicas era considerado algo negativo.

Los mercados experimentaron en esa etapa una fuerte y creciente demanda de bienes y servicios. Los consumidores que se vieron privados de bienes materiales, por efectos de dos guerras mundiales y una depresión económica sin par en los años '30, estaban más que satisfechos de comprar cuanto les ofrecían las empresas. Rara vez exigían alta calidad. Cualquier casa, cualquier automóvil, cualquier heladera eran infinitamente mejor que nada. No se producía pensando en las necesidades o seguridad del consumidor, en realidad no se producía pensando en el consumidor porque de todas forma se vendía todo lo que se producía.

A partir de las normas directrices dadas por las Naciones Unidas cada país ha adoptado un sistema legislativo para proteger al consumidor.

1. LEGISLACIÓN AMERICANA

1.1 Legislación de los Estados Unidos de America

En 1962, a través del discurso pronunciado por el Presidente Jhon F. Kennedy se consagro la TABLA DE DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES, en donde se consagraron los derechos a ser informado, a elegir, a ser escuchada como también el derecho a la seguridad.

Como un aporte privado, a raíz de estos derechos es que surge la UNION DE CONSUMIDORES, con la finalidad de velar por el estricto cumplimiento de los derechos y defender a los consumidores en todo nivel.

Más tarde se uniran a este movimiento otros países conformando lo que hoy se conoce como la Organización Internacional de Consumidores y Usuarios (IOCU)

The Consumer Privacy Protection Act of 2002 , constituye el Acta de Protección al Consumo Privado y regula con precisión la protección de la privacidad individual en el comercio interestatal.

A nivel gubernamental the Consumer's Resource Handbook se apoya la política de defensa del consumidor y es así que se forma una oficina en la Casa Blanca de donde empieza el control de esta política; fruto de esto es que se publica el "*Consumer's Resource Handbook*" como un aporte para el consumidor en donde encontrara la información que, requiere como la forma de sustanciación de una denuncia y las autoridades a quienes recurrir según el área de la denuncia.

Adicionalmente el gobierno americano estableció una política del *Consumer Education Project*, esta política se caracteriza por establecer la educación para los consumidores desde la escuela primaria, en este sentido se han editado diversos libros en donde se enseñan los diferentes derechos de los consumidores y como hacerlos efectivos, así el público tomaría conciencia de cual es su verdadero rol como consumidor inmerso en una economía de mercado abierto.

U.S.A. cuenta con una gran variedad de publicaciones que ayudan a alcanzar este objetivo; dentro de estos, la más importante es la revista *Consumer Report* en donde se analizan los productos y las ventajas de cada uno de ellos así como también los servicios, alcanzando a los consumidores resultados objetivos, los mismos que les servirán de base para hacer la elección de su preferencia seguros que será la mejor de acuerdo a sus necesidades y posibilidades.

Tal como hemos visto en capítulos anteriores USA, cuenta también con la "Class-Action" en virtud de la cual se pueden canalizar las denuncias de los consumidores. Recogiendo la teoría de los Derechos Difusos; es decir que una persona demande por y para un grupo de consumidores afectados por un producto o un servicio.

Desde la creación de la Comisión Federal de Comercio (Federal Trade Commission) se empezó a proteger al consumidor, esta protección era más bien incidental como consecuencia de reglar la actividad comercial e impedir la aplicación de prácticas comerciales desleales. No obstante la idea de identificar al consumidor como un grupo social diferenciado y brindarle protección especial empezó a ganar fuerzas. Esta actividad de control y protección tuvo como corolario la actitud del Presidente Kennedy quien decisivamente reconoció a los consumidores entidad como grupo económico y asumió la defensa de sus derechos propiciando la primera ley de defensa del consumidor en el mundo.

The Consumer Rights & Protection establece formas y pasos a seguir en cada situación de compra además de los modelos y oficina donde dirigirlas

1.2 Legislación Argentina

Ley de Defensa del Consumidor, fue publicada en el Boletín oficial del 15 de Octubre de 1993, consta de 66 artículos, fue aprobada después de 7 años de discusión.

Fue vetada por el Presidente Carlos Saul Menen, observándose el Art. 40 referente a los daños, puesto que el Art. 1113 del Código Civil Argentino trata sobre la responsabilidad por riesgo o vicio de la cosa y el Art. 1109, trata de los hechos en los cuales las cosas tienen participación activa en el daño.

El Art. 40 (vetado por el ex presidente Carlos Saul Menen) protege al consumidor al establecer la responsabilidad objetiva. Se prescinde de la culpa. Ley preve que responde por el daño, el productor, distribuidor, vendedor, etc. o quien le pone la marca al producto.

El profesor Argentino Stiglitz ha sido uno de los autores que ha tratado este tema conjuntamente con Atilio Anibal Alterini, y Roberto López Cabana que dieron impulso a la aprobación de la norma.

En este país la Constitución Nacional, luego de la reforma de 1994, ha incluido en el artículo 42, al igual que la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, la tutela de los derechos de los consumidores. Si vamos a hablar de los derechos del consumidor, no podemos soslayar precisar a quienes nos referimos. Desde el punto de vista doctrinario, atento el carácter económico del concepto, su conceptualización resulta controvertida. La ley 24.240 dice que se consideran consumidores, las personas físicas o jurídicas. Sin embargo, la tutela jurídica se circunscribe a dichas personas cuando se encuentren ubicadas en el final del circuito económico, es decir aquellos que son destinatarios finales, lo que excluye al industrial o revendedor o quien participe en el circuito económico sin que su finalidad sea la destrucción o inutilización inmediata de la cosa.

Es de señalar que la noción comprende no sólo a quien contrata sino también a quienes utilizan o disfrutan de los servicios o bienes, es decir, al consumidor material. En resumen, la ley considera consumidores o usuarios a las personas físicas o jurídicas que adquieran cosas o contraten servicios para su consumo final o beneficio propio o para su grupo familiar o social.

Por otro lado, el acto de consumo puede estar referido a un bien que desaparece tras su empleo, como al duradero o a una prestación material o intelectual, por lo que consumidor es quien realiza el acto de consumo.

La ley también exige que se trate de un contrato oneroso, mientras que la protección se aplica al ámbito de las relaciones con los productores de bienes o servicios con la finalidad de satisfacción de necesidades domésticas o familiares, presuponiendo la situación, porque sin la participación del consumidor en el mercado, deviene ilusorio referirse a los otros derechos. Es al Estado a quien corresponde gestionar que todas las personas puedan estar incluidas en el circuito económico, garantizándoles:

- La libertad de elección: basada en precios justos y variedad de productos y servicios. Para ello deben descalificarse los monopolios que imponen determinados productos a los precios fijados unilateralmente, de manera que el usuario o consumidor no tiene opción. Esto se da comúnmente, con los servicios eléctricos o telefónicos, cuando una sola empresa maneja el mercado. La Ley N° 24.240, de Defensa del Consumidor, no hace referencia a este tema, pero debe tenerse como premisa para la efectiva garantía de libertad de elección.
- La no discriminación o arbitrariedad, permitiendo a la población la misma calidad en los productos, sin distinción de condiciones sociales o económicas. Se evita así la distinción entre alimentos para ricos y alimentos para pobres, estos últimos de menor calidad o con defectos.
- Acceso digno y equitativo: evitando la subordinación e indefensión ante las quejas y reclamos. Comúnmente, ante una queja o un reclamo, el consumidor es tratado como si se le estuviera haciendo un favor, poniendo en el proveedor la decisión acerca de la procedencia del reclamo o reparación, los tiempos en los que se efectuará, etc., cuando en realidad está ejerciendo el derecho que le asiste en la relación contractual en la que ya cumplió su prestación, a diferencia del proveedor que la cumplió con deficiencias o defectos.

Entre los artículos de la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240, resaltan:

Artículo 1°.- Objeto. La presente ley tiene por objeto la defensa de los consumidores o usuarios. Se consideran consumidores o usuarios, las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social: a) La adquisición o locación de cosas muebles; b) La prestación de servicios; c) La adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda, incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a personas indeterminadas.

Artículo 2°.- Proveedores de cosas o servicios. Quedan obligados al cumplimiento de esta ley todas las personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública o privada que, en forma profesional, aun ocasionalmente, produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores o usuarios. Se excluyen del ámbito de esta ley los contratos realizados entre consumidores cuyo objeto sean cosas usadas.

No tendrán el carácter de consumidores o usuarios quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros. No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento.

Artículo 4°.- Información. Quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios, deben suministrar a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos.

Artículo 5°.- Protección al consumidor. Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios.

Artículo 6°.- Cosas y servicios riesgosos. Las cosas y servicios, incluidos los servicios públicos domiciliarios, cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos.

Artículo 7°.- Oferta. La oferta dirigida a consumidores potenciales indeterminados, obliga a quien la emite durante el tiempo en que se realice, debiendo contener la fecha precisa de comienzo y de finalización, como así también sus modalidades, condiciones o limitaciones.

La revocación de la oferta hecha pública es eficaz una vez que haya sido difundida por medios similares a los empleados para hacerla conocer.

Artículo 8°.- Efectos de la publicidad. Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios prospectos, circulares u otros medios de difusión obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor.

Artículo 10.- Contenido del documento de venta. En el documento que se extienda por la venta de cosas muebles, sin perjuicio de la información exigida por otras leyes o normas, deberá constar: a) La descripción y especificación de la cosa; b) El nombre y domicilio del vendedor; c) El nombre y domicilio del fabricante, distribuidor o del importador cuando correspondiere; d) La mención de las características de la garantía conforme a lo establecido en esta ley; e) Los plazos y condiciones de entrega; f) El precio y las condiciones de pago.

La legislación Argentina cuenta también con un sistema de Arbitrajes de consumo a través del cual se resuelven de manera privada controversias y conflictos de intereses relacionados con la protección del consumidor.

1.3 Legislacion Brasileira

El estatuto de Defensa del Consumidor Brasileiro, aprobado por Ley Federal 8078 del 11 de Septiembre de 1990 (Código de Defensa del Consumidor a Legislacao Correlata) también establece la responsabilidad objetiva, por lo cual también fue vetado su artículo 12.

Esta Ley obliga a los productores a dar previsiones a través de manuales, según esta norma, deben concurrir 4 elementos para responder por daños al consumidor, antijuridicidad, daño, factor casual y hecho fáctico.

Brasil cuenta no solamente con una ley de defensa del consumidor sino también con organismos como el Instituto de Defensa del Consumidor que ayudan al mejor control de los Derechos del consumidor.

El Código de Defensa del Consumidor en su art. 51° se refiere a las cláusulas abusivas; diciendo que estas deberían ser nulas de puro derecho, o sea, sin ningún efecto.

Aquí nos referimos a las cláusulas contractuales que impongan onerosidad extrema al consumidor, que sustraigan la responsabilidad del productor a indemnizar perjuicios, o que establezcan obligaciones consideradas difíciles; o que en todo caso sorprendan al consumidor y establezcan la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

En este sentido hay estrecha relación con nuestro Código Civil en la parte referida en los contratos de Adhesión donde suelen establecerse a veces cláusulas unilaterales y abusivas que engañan al consumidor induciéndolo al

error; por ello las normas de protección del consumo, debe prever este fenómeno en beneficio del propio sistema de mercado.

La ley brasilera en opinión de los especialistas como Gabriel Stiglit de Argentina consideran que el Código de Protección y Defensa del Consumidor de Brasil es uno de los sistemas mas completos del mundo .

En el art. 82 del Código se otorga legitimidad para obrar directa a las asociaciones de consumidores constituidas por lo menos con un año de anticipación y que incluyan entre sus fines institucionales la defensa de los intereses o derechos protegidos. Asimismo el código establece de manera clara y categórica en su titulo III sobre la defensa del consumidor en juicio, que éste tiene dos vertientes sobre las cuales puede accionar para efectos procesales; una vía es la de juicio individual y la otra para juicio a titulo colectivo .

Otra particularidad es que tambien se otorga legitimidad para obrar además del Ministerio Público a las municipalidades y a los gobiernos estatales y el Distrito Federal, con lo cual la defensa los intereses difusos en materia de consumo esta plenamente garantizada.

La defensa a titulo colectivo según el art. 81 es para los intereses o derechos difusos, que para la ley son aquellos de carácter transindividual, de naturaleza indivisible de los cuales son titulares personas indeterminadas o ligadas por circunstancias de hecho.

En el art. 105 se establece la creación del Sistema Nacional de Defensa del Consumidor como una gran sistema que integran autoridades estatales, federales, municipales y entidades privadas de defensa del consumidor y a través del Departamento Nacional de Defensa del Consumidor de la Secretaría Nacional de Derecho Económico constituye el órgano de coordinación de políticas de defensa y protección del consumidor y en tal virtud esta facultado

para planear, elaborar, proponer, coordinar y ejecutar la política nacional de protección del consumidor; así como recibir, analizar, avaliar, encaminar consultas, denuncias o sugerencias presentadas por entidades de derecho público o privado.

Otra función del sistema es prestar orientación a los consumidores, informar, concientizar, motivar, etc a través de los diferentes medios de comunicación.

El art. 107 establece las llamadas “Convenciones Colectivas de Consumo “ en las cuales participan las entidades de defensa y protección del consumidor, que se complementa con el art. 4 que estipula la “Política Nacional de Relaciones de Consumo” que tiene por objetivo el atender las necesidades de los consumidores y el respeto a su dignidad, su salud y su seguridad, la protección de sus intereses económicos , el mejoramiento de su calidad de vida y la transparencia y armonía en las relaciones de consumo .

Una disposición muy singular del código brasileiro es aquella en la que se señala expresamente el reconocimiento de la vulnerabilidad del consumidor en el mercado de consumo, art. 4 inciso 1.

Existen también otras leyes que de una u otra manera también regulan el tema de la protección del consumidor:

- Ley 8.884 del 11 de Junio de 1994 sobre la creación del Consejo Administrativo de Defensa Económica,
- Ley 9,021 del 30 de Marzo de 1995 sobre Implementación y Autonomía del Consejo Administrativo de Defensa Económica,
- Decreto 1.306 del 9 de Noviembre de 1994 , Reglamento de la Defensa de los Intereses Difusos,
- Decreto 2.181 del 20 de Marzo de 1997, que dispone la organización del Sistema Nacional de Defensa del Consumidor.

La defensa a título colectivo según el art. 81 es para los intereses o derechos difusos, que para la ley son aquellos de carácter transindividual, de naturaleza indivisible de los cuales son titulares personas indeterminadas o ligadas por circunstancias de hecho.

De otro lado, el Decreto N° 52.025 del 20 de Mayo de 1963, prohíbe "el abuso de poder económico en todas y cada una de sus formas" considera forma de abuso de poder económico.

"Provocar situaciones monopolísticas o dedicarse a especulaciones abusivas, con el fin de fomentar la elevación temporal de los precios mediante:

- a) La destrucción o inutilización de bienes de producción o de consumo;
- b) El acaparamiento de mercancías o materias primas
- c) La retención de bienes de producción o de consumo en condiciones capaces de provocar escasez"

1.4 Legislación Colombiana

En Colombia al igual en el Perú, por mandato constitucional se garantiza la libertad de empresa y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común y se otorga al Estado la dirección de la Economía.

En esta dirección de la economía, el Estado, tiene la potestad de intervenir en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y servicios públicos y privados para racionalizar y planificar la economía para lograr el desarrollo integral; a su vez, ese desarrollo económico tiene como objetivo principal la justicia social y el mejoramiento armónico e integrado de la comunidad.

Asimismo garantiza la propiedad privada, la que tiene a su vez una función social que implica obligaciones.

A nivel estatal existe el Consejo Nacional de Protección al Consumidor, quienes cumplen un papel muy importante al reforzar la labor de vigilancia de precios y control de la Superintendencia de Industria y Comercio, organismo adscrito al Ministerio de Desarrollo.

Con arreglo al Decreto N° 46 del 1 de junio de 1965, el acaparamiento ésta expresamente prohibido y pueden imponerse sanciones a "quienes disminuyan el ritmo normal de la producción de los generos esenciales de consumo popular sin la debida justificación".

En esta legislación encontramos el Decreto 3466 de 1982 denominado el estatuto para la Defensa del Consumidor, este Estatuto regula todas las normas protectoras a favor del consumidor, así también tenemos la ley 256 de 1996 denominada Ley de Competencia Desleal, que regula nuevas conductas y procedimientos pendientes a proteger en forma eficaz a los competidores y a los gremios de consumidores.

1.3 Legislación Chilena

En Chile La ley de Protección de los Derechos de los Consumidores (Ley 19.496) establece que toda persona como consumidor tiene seis derechos fundamentales, irrenunciables anticipadamente y que, también implican deberes:

- Derecho a libre elección

El consumidor debe tener la posibilidad de elegir, entre varios productos o servicios, aquél que más convenga a sus necesidades, intereses o gustos. Para ello es imprescindible que exista y se respete la libre competencia e implica el deber del consumidor de celebrar sus operaciones de consumo con el comercio formal y establecido.

- Derecho a una información veraz y oportuna

El consumidor debe tener la información necesaria para una adecuada elección. Para ello la ley establece: a) la obligación del proveedor de entregar información básica comercial en castellano, b) la obligación de exhibir los precios al público, c) la obligación de rotular determinados productos, d) sanciones a aquél que no proporcione esta información en forma suficiente y verídica, e) sanciones a la publicidad falsa y engañosa.

- Derecho a no ser discriminado arbitrariamente

Nadie no puede ser excluido o tratado inadecuadamente en razón de su edad, religión, sexo, ideología, raza o condición socio-económica.

El consumidor no debe hacer denuncias en contra de proveedores carentes de fundamento, formuladas con propósitos distintos al reconocimiento de estos derechos.

- Derecho a la seguridad en el consumo y a la protección de la salud y del medio ambiente

Todo producto o servicio ofrecido en el mercado debe estar exento de riesgos para la seguridad, salud o vida, tanto en sus efectos inmediatos como de largo plazo. Tampoco debe significar un daño para el medio ambiente. Implica el deber de adoptar las medidas para evitar riesgos derivados del uso o consumo de los bienes o servicios.

- Derecho a reparación e indemnización

Esta debe ser adecuada y oportuna en caso de daños materiales y morales por incumplimiento a lo dispuesto en esta ley. Para ello, se establece un procedimiento judicial especial y rápido, además de la posibilidad de recurrir al Sernac para que éste efectúe gestiones que permitan una solución amistosa antes de llegar a juicio. Implica el deber de exigir la reparación o indemnización por tales actos de acuerdo a los medios establecidos en la ley.

- Derecho a la educación para un consumo responsable

Los derechos de esta ley serían letra muerta si el consumidor no estuviera informado y educado para su ejercicio. Este derecho es de responsabilidad tanto del consumidor individualmente u organizado en organizaciones de consumidores, como del Estado, a través del Sernac. Es deber del consumidor buscar los medios posibles para obtener esta información educativa.

1.6 Legislación Mexicana

México cuenta con una ley especial la Ley Federal de Protección al Consumidor, que ha establecido todo un sistema para la protección del consumidor, mediante la definición de sus derechos y su reglamentación.

La ley mexicana fue expedida en diciembre de 1975 y entró en vigencia desde febrero de 1976, contiene reglas sobre responsabilidades por incumplimiento, sobre los servicios, sobre las ventas a domicilio y otros temas analógicos. Su aporte principal en el capítulo VIII de la Procuraduría Federal de Consumidores, en que cuya finalidad primordial es la representación de los intereses de la población consumidora ante las autoridades, representar colectivamente a los consumidores como tales ante entidades a organismo privados y ante las autoridades jurisdiccionales, proponer medidas para la protección del consumidor, asesorarlos gratuitamente y, conciliar las diferencias entre proveedores y consumidores, fungiendo de amigable componedor y además como ente conciliador entre comerciantes, industriales, etc.

El resultado es óptimo, cuenta con delegados en todas las ciudades, interviniendo en forma efectiva en la función conciliadora, solucionando los problemas en un 80% en beneficio para los consumidores.

Cabe destacar la importancia de la Procuraduría Federal de Consumidores, porque es un organismo muy singular en la legislación comparada, sobre todo por su función conciliadora, esta es vital en toda economía de mercado, porque las diferencias entre consumidores y productores son resueltas en amigables componendas, sin necesidad de recurrir a los órganos jurisdiccionales. Esto es saludable para la economía, tiene un efecto ejemplificador y le brinda al infractor la oportunidad de corregir su falta y enmendar sus erradas estrategias de venta, evitando complicaciones mayores.

En el Derecho Mexicano está presente, la Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO), como un organismo descentralizado del Estado que desde hace más de 25 años presta múltiples servicios a la población consumidora. Su principal misión es procurar equidad y seguridad jurídica en las relaciones que establecen los consumidores con los proveedores.

La Procuraduría protege y promueve el respeto a los derechos de los consumidores; sin embargo la mejor defensa es la que puede ejercer el propio consumidor, si cuenta con información oportuna y suficiente sobre la mejor forma de comprar o contratar servicios.

La Procuraduría Federal del Consumidor orienta, asesora y educa a la población en general a fin de prevenir abusos, mejorar los hábitos de consumo y fomentar una cultura de consumo crítica, consciente y responsable. Dicha institución lleva a cabo sus funciones de conformidad con un importante marco jurídico que deriva de los principios establecidos por el Artículo 28 de la Constitución y que tiene por objeto garantizar la equidad y la seguridad jurídica en las relaciones de consumo, protegiendo los derechos del consumidor.

Entre las leyes que existen en México tenemos: La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 28. Ley Federal de Protección del Consumidor, Reglamento de la Procuraduría Federal del Consumidor, Estatuto

Orgánico de la Procuraduría Federal del Consumidor Reglamento de Sistemas de Comercialización Mediante la Integración de Grupos de Consumidores (Artículo 63 de la Ley Federal de Protección al Consumidor), Reglamento del Artículo 122 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, Ley Federal sobre Metrología y Normalización Reglamento de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización, Acuerdo de Circunscripción Territorial de las Delegaciones.

Entre los derechos del Consumidor Mexicano tenemos:

- Recibir información suficiente y veraz sobre los productos adquiridos. Artículos 32, 33 y 34 de la Ley Federal de Protección al Consumidor.
- Recibir garantías en términos claros y precisos. Artículo 78 de la Ley Federal de Protección al Consumidor.
- Recibir información que advierta sobre los riesgos y peligros de los productos. Artículo 41 de la Ley Federal de Protección al Consumidor.
- Adquirir los productos que se encuentren en existencia o la prestación de un servicio, sin negativa o condicionamiento. Artículo 43 de la Ley Federal de Protección al Consumidor.
- Participar de los beneficios que se estipulen en las promociones y ofertas. Artículos 46, 47, 48, 49 y 50 de la Ley Federal de Protección al Consumidor.
- Recibir información detallada sobre condiciones y plazos de operaciones a Crédito, artículo 66 de la Ley Federal de Protección del Consumidor.
- Condiciones justas en el cobro de intereses por compras a crédito. Artículo 69 de la Ley Federal de Protección al Consumidor.

2. LEGISLACION EUROPEA

La Unión Europea cuenta en la actualidad con aproximadamente 370 millones de consumidores. La protección de los consumidores comunitarios se ha desarrollado gracias a que se le ha prestado al tema la importancia que merece en todos los foros académicos y en las instancias legislativas de la Unión.

En un primer momento los tratados fundacionales de la comunidad no tuvieron un planteamiento sistemático de la protección de los consumidores. El Tratado de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (CECA) al referirse a los usuarios del mercado común, en su artículo 3b declaraba como incompatibles con éste las medidas y prácticas que establezcan una discriminación. Luego el Tratado de Roma al fijar los objetivos de la política agrícola, expresó en su artículo 39.1 “asegurar al consumidor suministros a precios razonables”, luego en artículo 86.b en la parte referida a políticas de competencia señaló. “limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores. En este contexto las normas comunitarias al tratar el tema de la libre circulación de bienes y servicios como pieza fundamental del sistema, tenía de todas formas que tratar el tema de los derechos de los consumidores.

En la década de los años setenta fue cuando ya se manifestó la voluntad de establecer una política en materia de consumo. En efecto, entre los días 14 y 20 de Octubre de 1972 se llevó a cabo la Cumbre de los Jefes de Estado y de Gobierno en París y en esta conferencia se pide a las instituciones comunitarias que preparen para Enero de 1974 un programa encaminado a fortalecer y coordinar las medidas de protección del consumidor. Las consecuencias de esa Cumbre fueron:

- Creación de un servicio que luego se convirtió en la Dirección General del Medio Ambiente, Protección de los Consumidores y Seguridad Nuclear.
- Creación del Comité Consultivo de los Consumidores (CCC), 1973 formado por cuatro organizaciones europeas, la BEUC (Oficina Europea de Uniones de Consumidores), la COFACE (Comité de Organizaciones familiares ante las Comunidades Europeas), la EUROCOOP (Comunidad Europea de Cooperativas de Consumo) y CES (Confederación Europea de Sindicatos) y por expertos independientes. En 1989 para mejorar su eficacia la CCC cambió su nombre por el de Consejo Consultivo de Consumidores.

El 14 de Abril de 1975, el Consejo de Ministros aprobó un programa preliminar que contenía los principios, objetivos y la descripción general de las acciones que deben emprenderse a escala comunitaria en la promoción y desarrollo de la protección del consumidor. En este texto aparecen los llamados cinco derechos fundamentales de los consumidores:

Derecho a la seguridad y la salud

Derecho al resarcimiento de daños

Derecho a la protección de los intereses económicos

Derecho a la representación

Derecho a la información y educación

Sin embargo la comunidad había legislado ya en materia de seguridad de los cosméticos, etiquetado de productos alimenticios, publicidad engañosa o captación de clientes a domicilio, por lo que había que esperar el Acta Unica y la perspectiva del gran mercado ampliado para constatar en verdadero avance de la política de defensa de los consumidores.

El Acta Única Europea del 1 de Julio de 1987 presenta nuevas perspectivas importantes para la consecución del mercado único proponiendo la supresión de los obstáculos que impidieran el intercambio de bienes y servicios en los Estados miembros, así como la adopción de medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado común interior. Estas disposiciones sirvieron de base a la elaboración de dos libros verdes, en 1993, uno sobre el acceso a la justicia de los consumidores y el otro relativo al tema de las garantías y los servicios posteriores a la venta de productos.

El 7 de Febrero de 1992 se firmó en la ciudad holandesa de Maastrich, el famoso Tratado Constitutivo de la Unión Europea, en cuyo artículo 129. A se establece que no solo se debía tomar en cuenta la protección de los consumidores en la realización del mercado interior de la comunidad, sino que además debía de considerarse a la protección de la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como una información adecuada, como un objetivo autónomo de la comunidad. La protección de los consumidores será reforzada y extendida en el futuro.

Las Directivas Europeas

Constituyen documentos que sirven para adoptar políticas comunes de la Europa comunitaria, las que deben ser asumidas tras un corto periodo de tiempo y son de especial importancia en el Derecho Económico en general y en especial en el Derecho del Consumidor.

Entre las principales directivas referidas a la protección del consumidor tenemos:

- Directiva 76/769, regula restricciones y prohibiciones de preparados y sustancias peligrosas

- Directiva 85/374, sobre responsabilidad derivada de productos defectuosos
- Directiva 84/450, que define la publicidad engañosa y afirma el derecho del consumidor y de las organizaciones de consumidores a presentar recursos ante autoridades administrativas y judiciales
- Directiva 86/577, trata de las ventas a domicilio y el reconocimiento al consumidor de un periodo de reflexión de 7 días desde la firma del contrato, para que pueda ejercer su derecho de revocación .
- Directiva 87/102, que exige que los contratos de crédito se celebren por escrito detallándose claramente el costo del crédito o el porcentaje anual del interés que se estipula.
- Directiva 97/7CE sobre la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia .
- Directiva 93/13CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores

2.1 Legislación Española

España cuenta con la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios; Ley No 26/1984, promulgada el 19 de Julio de 1984.

Se caracteriza por tener un sustento constitucional, en su art. 51 la Constitución Española establece que los poderes públicos garantizaran la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. Este artículo debe ser entendido como un compromiso y una obligación del Estado de defender los derechos de los consumidores en tanto son éstos los que dan vida al mercado.

Esta norma esta a su vez respaldada por directivas de la Unión Europea sobre la materia.

Los objetivos de la misma son:

- Establecer los procedimientos eficaces para la defensa de los consumidores y usuarios.
- Disponer del marco legal pertinente.
- Declarar los principios, criterios, derechos y obligaciones que configuran la defensa del consumidor.

La Constitución Española es un caso excepcional en Europa conjuntamente con Portugal porque desarrolla expresamente una tutela constitucional a los derechos del consumidor, lo cual es poco frecuente y a veces entendido como un ejercicio de retórica constitucional, no obstante la presencia de normas de este tipo en el marco económico global de una constitución como la española es muy saludable para el sistema jurídico, más aun cuando el propio texto constitucional establece que los poderes públicos garantizaran la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

Uno de los controles existentes en materia de consumo es administrativo, consistente en exigir la autorización previa de las condiciones generales por parte del organismo administrativo competente, en este sentido las clausulas generales, condiciones o estipulaciones que con caracater general utilizan las empresas o concesionarias de servicios públicos en regimen de monopolio, estarán sometidas a la aprobación y a a vigilancia y control de las administraciones publicas competentes.

La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios entiende como consumidor o usuario a las personas físicas o naturales que adquieran, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes o servicios

cualquiera que sea la naturaleza de quienes la producen, facilitan, suministran o expiden.

Esta ley reconoce como derecho de los consumidores:

- a) Protección contra riesgos que afectan su salud y seguridad.
- b) Protección de sus legítimos intereses económicos y sociales.
- c) Indemnización o reparación de los daños y perjuicios
- d) Información integral y correcta sobre los bienes y servicios.
- e) Derecho a asociarse para defender sus intereses (estar inscritos en el registro respectivo y en el Ministerio correspondiente).
- f) Educación
- g) La audiencia en consulta, es decir la participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que afectan a los consumidores directamente
- h) Representación de sus intereses a través de asociaciones, agrupaciones o confederaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas.
- i) Protección jurídica, administrativa y técnica en las situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión de los consumidores.

Dentro de otros temas abarca el control de calidad, el etiquetado el mismo que debe especificar componentes, características, uso, etc. España cuenta también con el Instituto Nacional del Consumo que es un organismo autónomo dependiente del Ministerio de Sanidad y Consumo, que en aplicación y desarrollo del artículo 51 de la Constitución Española y de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Ley 26/1984), ejerce las funciones de promoción y fomento de los derechos de los consumidores en el territorio nacional, con especial énfasis en temas como guía de consumidores,

fomento asociativo, laboratorios, arbitrajes y publicaciones de estudios e informes referidos a la temática del consumidor.

El Instituto Nacional del Consumo orienta al público sobre lo que debe hacer el consumidor que desea presentar un reclamo, estableciéndose al respecto tres vías:

- Reclamar ante los organismos de protección del consumidor u organizaciones de consumidores
- Acudir al sistema arbitral, a las llamadas Juntas Arbitrales de Consumo que tienen presencia en todo el territorio español
- Acudir a la jurisdicción civil ordinaria.

No existe la figura del Ombudsman de los consumidores que es propia del ordenamiento sueco, pero es preciso señalar que en la Comunidades Autónomas, las autoridades y corporaciones locales, por mandato expreso de la ley también deben promover y desarrollar la protección y defensa de los consumidores y usuarios. Existen incluso oficinas municipales de información al consumidor.

Existe también en la legislación española el Sistema de Arbitrajes de Consumo a través del cual se resuelven en forma privada conflictos de intereses relacionados con la protección del consumidor.

Este sistema arbitral es el resultado de un desarrollo paulatino del tema. En 1986 comenzó a desarrollarse un programa piloto de arbitraje de consumo, antes de su implantación general y su regulación legal para conocer las necesidades reales de su funcionamiento y la aceptación entre los empresarios, consumidores y comerciantes. En el año 1988 se aprobó la Ley de Arbitraje y años después el 3 de mayo de 1993 es aprobado el Real Decreto que regula el Sistema Arbitral de Consumo, estableciendo la creación de las

llamadas Juntas Arbitrales de Consumo y el procedimiento a seguir para la decisión del conflicto.

El sistema funciona sobre la base los principios de rapidez, eficacia, voluntariedad, ejecutividad y economía. Interviene dos tipos de organos, las Juntas Arbitrales y los Colegios Arbitrales que son quienes conocen la controversia concreta y emiten el laudo. Estos son designados para cada caso concreto.

Las Juntas Arbitrales de Consumo pueden ser de ámbito municipal, de mancomunidad de municipios, provinciales y autonómicos. Además existe una Junta Arbitral nacional que conoce las solicitudes de arbitraje cuyo ámbito territorial excede del de una comunidad autónoma y siempre y cuando los consumidores y usuarios esten afectados por controversias que superen dicho ámbito.

Los consumidores pueden acudir a las juntas correspondientes a su domicilio y si en la población donde esté su domicilio existe más de una junta, se atorgará preferencia a la de inferior ámbito territorial, pero en todo caso se salvaguardará la libertad de elección de las partes. Estas juntas estan compuestas por un presidente y una secretario cargos que recaen en personal al servicio de las administraciones públicas.

Lo importante de este sistema arbitral es que el procedimiento solo puede ser puesto en marcha a instancias del consumidor y nunca del empresario, aunque a lo largo del procedimiento el empresario puede plantear cuestiones o pretensiones que esten directamente vinculadas con la reclamación.

Existen más de 50,000 empresas españolas adheridas al Sistema de Arbitraje de Consumo y poseen un distintivo que constituye una especie de marca colectiva que los identifica . Este distintivo oficial supone una garantía

para el consumidor y usuario y la oferta de un servicio adicional rápido y eficaz de resolución de conflictos.

Los empresarios o comerciantes pueden realizar ofertas públicas de sometimiento al Sistema Arbitral de Consumo, respecto de futuros conflictos con consumidores y usuarios. Esta oferta se dirige a la Junta Arbitral de Consumo a través de la que se adhiera al sistema, pudiendo limitar ya sea por materia o por cuantía las controversias que se resolverán mediante el arbitraje de consumo.

2.2 Legislación Alemana

Como sabemos, Alemania es un país con una economía social de mercado de primer orden, en consecuencia cuenta con una adecuada y normatividad tanto en materia de Defensa del Consumidor, como en materia de Libre Competencia.

Protección del Consumidor

La Protección del Consumidor está regulada a nivel estatal y privado inclusive; así tenemos:

El Deutsches Patentamt, cuya sede es Munich, es un organismo que regula patentes y modelos de utilidad, en este sentido la Orden Concerning Patent Applications, del 29-5-1981, modificada por orden del 12 de Noviembre de 1986, establece como garantía del Consumidor el derecho a la información en todas las solicitudes de patentes. Otros documentos que igualmente salvaguardan el interés de los consumidores es la Utility Model Law del 288-86 sobre pautas de diseño y publicidad, The Regulations. For Trade Mark and Services Mark Applications, del 9 de Abril de 1979 sobre control de bienes y servicios que una marca registrada en protección del público de aquellos de procedencia y fabricación dudosa.

Dentro del ámbito privado, Alemania cuenta con el Stiftung Warentest, como una organización de consumidores de gran importancia dentro del mercado alemán. Esta institución es muy singular, puesto que no solo posee las características típicas de una organización de consumidores, sino que tienen un papel protagónico muy activo en la economía social, efectuando análisis de calidad de los productos, brindando recomendaciones a los usuarios para orientar sus compras, lo que le ha significado ganarse el respeto de consumidores y sobre todo de productores que ven en dicha institución a su principal fiscalizador que no solo protege sino que inclusive forma corrientes de opinión respecto al consumo de tal o cual producto.

Pero revisemos en detalle el rol de la institución, el Stiftung Warentest, es una organización privada creada el 4 de diciembre de 1964, y se encarga de hacer evaluaciones, investigaciones sobre aspectos relacionados con el consumidor. Su ayuda se materializa con su publicación "The strong partner of the critical consumer".

El objetivo principal de esta entidad es el de evaluar las marcas de los diferentes bienes y las informaciones que aparecen en su publicidad o las indicaciones. Una vez escogido el bien o servicio, se procede a comprar todos los modelos o modalidades que existan de él en el mercado.

Acto seguido se someten a una primera evaluación física, una comparación entre este resultado y lo que dice la garantía o manual dependiendo del caso. Luego son sometidos los bienes a exámenes de laboratorio para comprobar su estado integral viendo así el grado de funcionalidad. Se le somete posteriormente a diversos exámenes para comprobar su idoneidad, durabilidad y seguridad que ofrece a los compradores después de un determinado tiempo de uso.

Finalmente con los resultados obtenidos se hace una publicación que es responsabilidad exclusiva del Stiftung Warentest en donde se recomienda a los consumidores tales o cuales modelos o modalidades de bienes o servicios; esta recomendación se hace a través de un listado de las modalidades otorgando las cualidades y ventajas de cada una de ellas y en muchos casos se incluye también el precio (no tiene calificación alguna), pero lo más importante es el calificativo alcanzado por cada una de ellas; es decir, si son muy buenas, regulares o no recomendables.

En resumen, el hecho de aparecer en esa revista es una garantía y prestigio al producto, tal es así que los pobladores alemanes antes de adquirir cualquier bien o servicio adquieren esta publicación y ven ahí cuál es la marca que le conviene de acuerdo a su presupuesto y sobre todo, tiene la seguridad de la calidad del mismo.

Algo importante es que si algún productor está en desacuerdo con los resultados puede hablar con el Stiftung Warentest, quien le da la oportunidad de mejorar las condiciones de su primer bien o servicio.

Es importante destacar que la Corte Suprema Federal de Justicia ayudó a que el Stiftung Warentest sea considerado como una tercera fuerza en el mercado.



CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

1. La protección del consumidor constituye un instrumento de superación de las desigualdades existentes entre proveedores y consumidores, y en este sentido es lógico que la ley esté destinada a proteger a aquellas personas afectadas por la desigualdad en la relación de consumo y que son destinatarios finales de bienes y servicios.

2. El derecho del consumidor debe ser entendido como un derecho subjetivo y personal, que una vez transgredido debe procederse a su reparación, puesto que esa trasgresión equivale a una violación de uno de los derechos de persona, aunque su tratamiento jurídico se ha desarrollado sobre la base de los intereses difusos.

3. La esencia del mercado es definitivamente su dinámica, porque las fuerzas vivas de los agentes económicos confluyen de una u otra manera en el mundo del consumo, motivando que las reacciones del consumidor vayan en aumento, con actitudes y comportamientos cada vez más exigentes en la búsqueda de la mejor calidad, el precio más competitivo, o cualquier otra variable mercadotécnica que le ayude a decidir su opción de compra, sin influencias nocivas.

4. Las agresiones a los intereses de los consumidores tienen un carácter impersonal, no son aislables, y entonces no ocasionan lesiones individuales en el sentido tradicional (exclusivas o diferenciadas con relación al sujeto), por ello se habla de un interés difuso en su protección. Se despliegan sobre la comunidad, expuesta del mismo modo, coincidente o indiferentemente a ciertos riesgos, sin perjuicio de que un daño efectivo pueda recaer sobre algunos más que otros.

5. Legislaciones de avanzada reconocen el respeto a la dignidad del consumidor como un principio de Derecho Natural que complementa el principio pro consumidor para armonizar una legislación adecuada en la protección del principal protagonista del mercado.

6. El Derecho del Consumidor, no es un “estatuto”, por que no existe una clase, o un gremio, o una profesión de consumidores, dado que todos los seres humanos somos consumidores

7. El Derecho del Consumidor es autónomo, por su contenido, su manifestación, sus principios, sus reglas de interpretación, de prueba y de información. Así mismo, la naturaleza específica de la relación jurídica de consumo, la peculiaridad de sus sujetos y la originalidad de sus instrumentos creemos que son factores importantes que van definiendo su autonomía.

8. En el Perú, el Derecho del Consumidor tiene hoy un status jurídico nuevo con sus propias características y debe desarrollarse como tal, aunque es obvio que al igual que las demás disciplinas jurídicas participa del apoyo de varias disciplinas del Derecho. En nuestro ordenamiento positivo existen múltiples normas destinadas a tutelar el interés de los consumidores y usuarios en general, aunque algunas de ellas no tienen como destinatarios exclusivos a los consumidores y usuarios en el sentido específico que les atribuye el Decreto Legislativo 716.

9. El Derecho del Consumidor es para todos. Solo cuando se comprenda que lo que está en juego en este Derecho no es una categoría, sino la centralidad de la persona en el ordenamiento jurídico, su prioridad sobre cualquier otro tipo de interés; cuando se comprenda que ella prevalece sobre el mercado y que la producción de bienes tiene por fin su realización, se entenderá que el Derecho del Consumidor no es un Derecho Estatutario especial.

10. La perspectiva del Derecho del Consumidor para el futuro es constituirse en una disciplina jurídica autónoma y ser parte de todo un “Sistema de Protección y Defensa del Consumidor” el cual deberá estar constituido no solo por disposiciones legales de carácter preventivo, sino también por normas administrativas que regulen aspectos del consumo en materia de producción, comercialización, publicidad, mercadeo, reclamaciones, reparación de daños, sistemas de solución de conflictos, formas efectivas, simples y dinámicas de reclamar, cultura, educación y promoción de los derechos del consumidor, asociaciones de consumidores, *class action*, legitimidad para obrar en virtud del interés difuso, vía judicial especial; es decir que en el futuro el Derecho del Consumidor esté fortalecido por todo un “Sistema Nacional de Protección del Consumidor”

11. La contratación civil, estructurada legalmente sobre supuestos jurídicos clásicos de igualdad de las partes, libre manifestación de voluntad y libertad contractual; ha cedido hoy frente a la contratación de consumo que tiene otras reglas que presionan el mercado y que imponen a la contratación otro tipo de consideraciones y supuestos jurídicos innegables como la asimetría de las partes, las cláusulas predispuestas o estandarizadas, el déficit de negociación y de información frente a su contraparte, etc.

12. La Ley de Protección al consumidor ha creado un nuevo tipo de oferta, la llamada oferta al consumidor, que se aparta de los alcances de la oferta regulada por el Código Civil;

Las características propias de la oferta al consumidor son las siguientes:

- Puede o no ser receptiva, es decir, puede estar dirigida a una persona determinada o ser dirigida al mercado.
- Siempre es vinculante, a diferencia de la oferta al público regulada en el Código Civil.

- Sus alcances rebasan el mero documento contractual.
- En caso de ofertas promocionales, el deber de información del proveedor es agravado al punto de exigirle precisiones sobre la duración de la promoción y unidades disponibles (Art. 22)

13. El consumidor tiene frecuentemente en el mercado un déficit de negociación, déficit de reflexión y sobre todo déficit de información. No obstante, cabe precisar también que cualquier contratante que tenga un desconocimiento de aquello que contrata, es decir que tenga un déficit de información en su relación contractual es también un contratante débil en la medida que queda expuesto a lo que la contraparte exprese por ser quien tiene la información.

14. Los principios que sirvieron para edificar la teoría clásica de la contratación civil se revelan insuficientes cuando se advierte que las figuras jurídicas a las que dieron origen, son ineficientes cuando pretenden regular el contrato de consumo.

Se han relativizado los siguientes dogmas en el Derecho, especialmente en la parte de contratos :

- El de la irrelevancia de la fase precontractual.
- El de la irrelevancia de la desinformación y de toda coacción que no integre ninguno de los supuestos de los vicios del consentimiento
- El del pacta sunt servanda.
- El de neutralidad del Derecho frente al contrato; ya no puede afirmarse que el Derecho se preocupa de las reglas de juego, pero no del juego.
- Se supera el principio de la relatividad del contrato, desde que no sólo el consumidor contratante le puede exigir al proveedor el cumplimiento de sus obligaciones, sino también quien, aunque no contratando con él, consume el bien o utilice el servicio.

- La parte débil de un contrato es aquella que no tiene el poder suficiente para establecer el esquema contractual o que tiene un déficit considerable de información respecto del objeto del contrato y que lo pone en una situación de desventaja frente a la otra parte
- La noción de parte débil no solamente está presente en los contratos de consumo masivo o en la contratación estandarizada o por adhesión, sino también puede estar presente en una relación contractual Interindividual e inclusive una empresa puede en una determinada relación contractual tener el carácter de parte débil si es que desconociera ciertos aspectos que posee el otro contratante.
- La contratación civil aunque esté regulada en el Código Civil recibe la influencia de la normativa sobre protección del consumidor.

Surgen figuras legales que se apartan de la contratación clásica:

- Oferta al consumidor.
- Revocación de ciertos contratos de consumo (esta figura aún no ha sido recogida en el Perú y se regula en Europa)
- Facultad del consumidor de resolver unilateral e inmotivadamente el contrato de crédito al consumidor.
- Interpretación a favor del consumidor en los contratos de consumo.
- Principio Pro Consumidor

15. Los diferentes temas que INDECOPI ha puesto en debate en la comunidad jurídica como “consumidor razonable”, “consumidor final”, “uso mixto”, “asimetría informativa”, “mercado relevante”, “publicidad ilícita”, “cultura de consumo”, “autoregulación”, “contratación estandarizada”, etc. constituyen un árbol de conceptos que INDECOPI ha observado en la realidad socio económica, los cuales han sido procesados jurídicamente y devueltos a la realidad a través de lineamientos o reglas llamadas “precedentes de

observancia obligatoria” cuya interpretación ayuda a crear tendencias uniformes en el tratamiento jurídico de la problemática del consumidor

16. El tema del consumidor debe ser concebido dentro del marco de la economía social de mercado, que es un esquema en el cual los objetivos socioeconómicos de los empresarios y del Estado deben tener un punto de equilibrio para su adecuado funcionamiento.

17. La categoría jurídica de consumidor en los actuales momentos de economía social de mercado recae ya no solamente en la persona natural, sino también en las pequeñas empresas en tanto son consumidores finales y están expuestas del mismo modo al desequilibrio provocado por la asimetría informativa existente en el mercado

18. Lo más importante para la construcción de la noción del consumidor en el ámbito legal es el propósito con el que se consume, es decir el destino que definitiva le damos al bien o servicio adquirido. Por lo tanto las personas jurídicas que adquieren un bien o servicio y no lo hacen con el propósito de integrarlo al circuito económico o sea que no lo utiliza como insumo, puede ser considerado válidamente como consumidor para efectos legales, en especial los pequeños empresarios.

19. La figura del consumidor razonable si se interpreta de forma restrictiva podría conducir inevitablemente a desproteger a un grueso sector de consumidores.

20. No podemos llegar al extremo de crear en vía de interpretación un consumidor que solo tiene una existencia ideal o cuando menos muy limitada protegiendo solo un sector muy reducido de consumidores supuestamente racionales, lo que constituiría una forma muy sutil de discriminar, de crear aunque sin proponérselo quizás un cisma, una brecha entre peruanos analíticos, leídos, cultos y razonables y otros que son todo lo contrario, o en

todo caso son adecuadamente informados, a quienes la ley difícilmente ampararía por no tener una conducta acorde a las exigencias del mercado, sin reparar que el mercado es en esencia la interacción de personas buscando satisfacer sus necesidades y como tal es imperfecto, por que imperfecto es el hombre.

21. No proponemos un prototipo de consumidor desprevenido y poco conciente, porque con ello no se aseguraría la existencia de un mercado transparente, ni se protegería en mayor medida a los consumidores en general

22. La naturaleza del consumidor la encontramos en la teoría de los intereses difusos, en virtud de la cual el interés en la protección no es solo de importancia individual sino social porque nos encontramos frente a una masa indeterminada de sujetos, imposible de establecerla a priori y carente en principio de una organización encaminada a la tutela de los mismos.

23. Existe un tratamiento irregular de la tutela jurídica del consumidor desde el punto de vista de los intereses difusos, sólo existe una escueta mención en el artículo 82 del Código Procesal Civil, pero no hay un desarrollo legislativo del tema, lo que dificulta el ejercicio ciudadano para entablar demandas de este tipo, e incluso acciones de amparo que podrían ser iniciadas.

24. Se han promovido una serie de disposiciones administrativas que tienden a facilitar las reclamaciones y hacer cumplir los acuerdos sobre protección de los derechos del consumidor sin embargo en el ámbito del Derecho procesal la situación ha permanecido indiferente ante tal evolución; y mientras en el derecho objetivo se incrementan los medios de tutela del consumidor, en sede procesal aún permanecen normas clásicas estructuradas para otro tipo de situaciones, y no se han instituido instrumentos procesales para mejorar el tratamiento jurídico de la tutela jurisdiccional del consumidor.

Este inmovilismo procesal se aprecia por la inexistencia de institutos procesales acordes con las necesidades tutelares en materia de protección del consumidor.

25. Los derechos del consumidor tienen la categoría jurídica de derecho constitucional; por lo tanto, es posible la interposición de la acción de amparo ante la violación o amenaza de violación de esos derechos.

❖ 26. Los precedentes de observancia obligatoria y las modificaciones y adiciones al Decreto Legislativo 716, son para cerrar la posibilidad interpretaciones equivocadas u antojadizas y maliciosas que puedan provenir de terceros que no quieran reconocer al Derecho del consumidor y sus principios

❖ 27. Un sistema equilibrado de la propiedad industrial además de velar por los intereses de los proveedores titulares de los derechos de propiedad industrial, se preocupa también en forma indirecta por la salvaguarda de los derechos del consumidor, en tanto evita los fenómenos de confusión marcaria en el mercado, para que no existan marcas confundibles pertenecientes a varios titulares porque ello perjudica tanto al titular de la marca que puede ver afectado su prestigio y mermada su clientela, como al público consumidor que puede ser inducido a error al ejercer su libre opción de compra.

28. La defensa de los consumidores actualmente está muy expandida a través de las asociaciones de consumidores que son en esencia una muestra de cómo la comunidad organizada hace frente a los empresarios para defender sus derechos, en un mercado cada vez más lleno de presiones crecientes y extendidas.

29. En el ámbito internacional el tema ocupa hoy un tratamiento privilegiado en las agendas de los gobiernos que cada día prestan mayor

atención al tema, construyendo una base normativa sólida transparente y en armonía con el mercado para promover el desarrollo tanto de consumidores como de proveedores.

30. Los gobiernos a través de entes supranacionales como el Parlamento Latinoamericano (Parlatino), la Unión Europea, Las Naciones Unidas, MERCOSUR, etc. están haciendo esfuerzos para promover una legislación sobre protección del consumidor de alcance continental, para lo cual el primer paso es fortalecer la legislación interna para luego armonizarla con la de otros países en la búsqueda de soluciones comunes para problemas comunes en materia de consumo.

31. La nueva visión de un Estado moderno debe resumirse en la generación de confianza y transparencia en el mercado, donde una labor conjunta de empresarios y consumidores puede desarrollar y sostener una relación de consumo sostenida, fluida y dinámica, donde ambos solucionen sus diferencias y donde el empresario entienda que escuchar a los consumidores es una oportunidad de negocio en tanto le permite conocer las necesidades de sus clientes para mejorar sus productos y servicios e incrementar la satisfacción de su público.

32. La función del Indecopi dentro del sistema de protección del consumidor, debe estar dirigida fundamentalmente a:

- 1) Brindar mayor información en el mercado, porque la libertad de elección solo puede ser ejercida con información suficiente, oportuna y adecuadamente suministrada.
- 2) Promover mecanismos para que las empresas brinden mayor información al mercado y compitan leal y honestamente por la preferencia de los consumidores, ofreciendo la calidad y las condiciones de los productos y servicios que los consumidores exigen.

- 3) Generar incentivos para que los proveedores atiendan y solucionen directamente los reclamos de los consumidores.
- 4) Lograr que el consumidor tenga un rol participativo en las políticas de defensa del consumo, informándose, comparando y premiando con su preferencia al empresario leal y honesto. En general promover una mayor cultura de consumo entre los peruanos para que el consumidor haga valer sus derechos ante los empresarios en su condición de protagonista del mercado
- 5) Realizar una labor de monitoreo del mercado, ofreciendo no solamente una solución legal a los consumidores que presentan sus casos ante las distintas instancias de la institución, sino sobre todo una solución real a la problemática del consumidor que en una relación de consumo se enfrenta a una insatisfacción de sus necesidades e intereses ante una avasalladora política de mercadeo de los proveedores que muchas veces violan masivamente sus derechos y mediatizan sus decisiones de compra bajo sutiles formas de hacer negocio aparentemente ventajosas en el mercado.



PROPUESTAS

1. VISIÓN AUTONÓMICA DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR

El Derecho del Consumidor se encuentra en una posición privilegiada y como tal necesita aclarar sus perfiles como una nueva disciplina jurídica, por lo tanto es tarea de los operadores del Derecho y en especial de las instituciones tutelares especializadas en consumo, el tratar de estudiar, conocer y aplicar adecuadamente los conceptos e instrumentos de esta nueva disciplina.

Sin una visión autonómica del Derecho del Consumidor, la interpretación y aplicación de la ley quedarían mediatizadas y con ello perderían no solo los consumidores, sino también los proveedores, porque el mercado transparente, ideal, de competición y modernidad quedaría aplazado.

2. ESTABLECIMIENTO DE UNA POLÍTICA NACIONAL DE CONSUMO PARA LA EFICACIA DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR

Creemos que hay eficacia en nuestra legislación sobre la protección al consumidor, no obstante lo que al Estado le falta es difundir una adecuada cultura de mercado, sus baterías deben dirigirse a ese sector, difundir el contexto de la legislación, así como las sanciones a las infracciones que se cometan.

El INDECOPi tiene un esquema legal adecuado pero tiene la sombra del Poder Judicial y las Municipalidades, que le atan de manos, cuando interfieren

en las decisiones relacionadas con la protección de los consumidores, por lo que ya es hora ya que se determine con precisión la debida competencia para que pueda accionar como corresponde.

La sociedad en conjunto es el responsable de evitar las consecuencias de actos violatorios del derecho de los consumidores y de la transparencia en el mercado y debemos ser capaces de formar una barrera para evitar esta situación. En tal sentido una propuesta de esta investigación es precisamente establecer una política de protección del consumidor que sea capaz de articular a todas las instituciones vinculadas y cree un “Sistema Nacional de Protección del Consumidor”, con objetivos estratégicos claros, con normas transparentes, no contradictorias, y que formen a su vez parte de una visión de país para promover una cultura de consumo responsable tanto de los consumidores como de los proveedores.

El mercado peruano está lleno de presiones crecientes y extendidas y requiere de esfuerzos conjuntos de las instituciones tutelares y no del esfuerzo aislado que cada uno pueda realizar, además debemos recrear el Derecho y los razonamientos administrativos y judiciales hacia decisiones no tan esquematizadas en fórmulas rigoristas de la ley ensilladas a veces en supuestos normativos meramente teóricos. Debemos apuntar hacia soluciones prácticas, más vinculadas a la realidad y sobre todo a la heterogeneidad social, económica y cultural de la gran masa de consumidores peruanos.

Este esfuerzo por promover un Sistema Nacional de Protección del Consumidor, sin duda proporcionará mayor eficacia al sistema y además dotará de mayor contenido y propiedad al Derecho del Consumidor como disciplina jurídica autónoma e implica también nuclear diversas instituciones que de una u otra manera están vinculadas a la protección del consumidor para que todas tengan un objetivo común y apunten sus políticas de trabajo hacia un mismo tema. Por ejemplo se podría promover un trabajo conjunto de INDECOPI; Municipios; Ministerios de Educación, de Agricultura, de

Transportes, de Salud; Colegios Profesionales; Superintendencia de Banca y Seguros; Empresas de Servicios Públicos; Órganos Reguladores e inclusive el Poder Judicial que podría incluso establecer un sistema especial de reclamaciones de consumo, al igual que el sistema brasileiro. Esto constituiría la Política Nacional de Consumo que sería una especie de trabajo conjunto con miras a desarrollar estrategias de comunicación, desarrollo y promoción de una cultura de consumo y defensa de los derechos del consumidor.

3. EL DERECHO DEL CONSUMIDOR COMO ASIGNATURA INDEPENDIENTE EN EL PLAN DE ESTUDIOS DE LAS FACULTADES DE DERECHO

La universidad como institución educativa de investigación y desarrollo, debe asumir un rol protagónico en la difusión y promoción del Derecho del Consumidor como disciplina jurídica autónoma, en tal sentido proponemos que se estructure dentro del plan de estudios de las Facultades de Derecho el curso de Derecho del Consumidor como una asignatura independiente, a fin de facilitar su estudio y mejorar sus perfiles de especialización, dada la gran cobertura e importancia social de la materia.

Las principales Facultades de Derecho del país no dictan el curso el Derecho del Consumidor como materia independiente, por ello los debates académicos, seminarios, talleres y demás eventos universitarios de esta naturaleza, sin duda ayudarán a esta tarea en beneficio de los consumidores y del mercado en general.

En esta tarea también podría participar el INDECOPI como institución especializada fin de establecer programas de difusión y capacitación conjuntamente con la universidad, para que el Derecho del Consumidor llegue a formar parte del sistema educativo y que se aliente y organice planes de formación para profesores que les permitan mejorar sus

competencias en esta materia, porque el Derecho del Consumidor está presente en la escena política, económica y social del país y tiene importancia en el desarrollo eficiente del mercado²¹².

4. TUTELA PROCESAL DE LOS CONSUMIDORES

Es preciso el establecimiento de un sistema de tutela jurisdiccional efectiva en materia de consumo, es decir una estructuración de un servicio de justicia ágil que superando los obstáculos de su onerosidad, lentitud y complejidad sea fácilmente accesible para canalizar las pretensiones preventivas, resarcitorias y represivas de los consumidores, para que la solución de las controversias sea justa, rápida y exenta de costos altos y formalidades

Esta propuesta supone superar varias dificultades. La primera es la gran amplitud de la materia, determinada por la existencia de varias disposiciones que vinculan a su vez diversas disciplinas jurídicas, vinculación que hace necesario establecer las posibles relaciones entre dichas disciplinas en orden a elaborar un sistema coherente y sistemático de tutela jurídico – procesal de los intereses de los consumidores. Estamos ante una tutela jurídica diversificada.

Ante esta situación debemos tomar en cuenta las siguientes esferas jurídico - económicas:

- La esfera económica proporcionara el marco en el cual se configurará una relación que delimitará el desarrollo de la actividad económica general.
- La esfera de la Derecho Privado comprenderá las relaciones de tráfico relativas a la contratación.

²¹² En las principales Facultades de Derecho de Lima (PUCP, USMP; UNMSM, UPC) el curso no se dicta como materia independiente, salvo la U.de Liima y la UIGV que lo dictan como Tutela del Consumidor.

- La esfera del Derecho Administrativo, proporcionará las normas relativas a los usuarios de bienes y servicios.
- La esfera del Derecho Constitucional al proclamar los derechos del consumidor en el texto constitucional.
- La esfera del Derecho Procesal encaminada a establecer los medios procesales adecuados para la defensa y tutela jurisdiccional de los intereses de los consumidores.

Es preciso armonizar eficientemente estas esferas es posible estructurar mecanismos de carácter procesal que hagan más efectiva la tutela procesal de los consumidores y con ello complementar el sistema de protección del consumidor que hoy esta fundamentalmente vinculado al orden administrativo.

La tutela de los consumidores debe estar articulada con los medios procesales coherentes para tal fin, en tal sentido creemos que para complementar la tutela procesal de los consumidores, es preciso determinar una vía procesal sumaria o sumarísima para las reclamaciones judiciales derivadas de la violación de los derechos del consumidor.

Así mismo es necesario estructurar otras disposiciones especiales que tiendan a hacer más eficaz el sistema procesal, porque lo establecido en el artículo 82 del C.P.C solo está referido a la tutela jurisdiccional de los intereses difusos, entre los cuales están los derechos del consumidor, sin embargo no hay un desarrollo orgánico desde el punto de vista procesal de la tutela de los consumidores. La idea es evitar que un consumidor que ha salido victorioso en un procedimiento administrativo ante el INDECOPI, acuda al Poder Judicial para reclamar una eventual indemnización por los daños sufridos por la violación de sus derechos y termine sometido a un proceso largo, tedioso, e improductivo, por haberse llevado a cabo sobre la base de normas procesales inadecuadas para este tipo de reclamaciones.

Para establecer innovaciones en materia procesal podemos partir de lo establecido en el artículo 82 del C.P.C y en tal sentido planteamos que en lo que se refiere la legitimidad para obrar, ésta debería ser ampliada a las asociaciones de consumidores directamente, porque quienes actualmente tienen legitimidad directa como es el caso del INDECOPI y el Ministerio Público no han promovido judicialmente una línea de defensa de los derechos del consumidor.

Debemos mantener para casos de interés difuso, la disposición que establece la obligación de publicar una síntesis de la demanda en el diario oficial El Peruano y en otro de mayor circulación, lo que es importante para publicitar el tema y generar conciencia ciudadana sobre el respeto a los derechos del consumidor. También debe mantenerse el mandato para que si la sentencia declara fundada la denuncia, sea obligatoria aún para quienes no han participado en el proceso.

Consideramos que podría establecerse un proceso sumarísimo y la inversión de la carga de la prueba para demandas de responsabilidad civil derivadas de la violación de los derechos del consumidor y previamente resueltos por la vía administrativa del INDECOPI, lo cual sería un paso muy importante para una tutela jurisdiccional efectiva en esta materia.

También sería oportuno que dentro del proceso de modernización del Estado y en especial dentro de la reforma emprendida en el Poder Judicial, en la que se ha planteado incluso la posibilidad de crear juzgados comerciales, pueda establecerse un proceso tipo especial para reclamaciones derivadas directamente de la violación de los derechos del consumidor, en las que las resoluciones emitidas por el ente administrativo (INDECOPI) constituyan una cuestión previa.

Otra propuesta innovadora es permitir una legitimación amplia, que atribuya a una persona la representación para actuar en nombre e interés de

todos los afectados aunque éstos no litiguen, lo que implica renovar el viejo concepto procesal de la legitimidad para obrar en un litigio, entendiéndola como la capacidad que debe tener un recurrente para accionar ante los órganos judiciales de nuestro sistema jurisdiccional, para defender intereses difusos. Es decir dotar de legitimación a una persona para poder interponer a nombre de la colectividad una demanda que busque la reparación de un daño o la cesación de un acto perturbatorio para el disfrute de intereses colectivos, de carácter social amplio. Esto podría cubrir la inacción quienes están llamados a proteger los intereses difusos de los consumidores.

5. ACUERDOS CONCILIATORIOS EN EL SERVICIO DE ATENCIÓN AL CONSUMIDOR DEL INDECOPI

Cuando en el Servicio de Atención al Consumidor del INDECOPI las partes llegan a un acuerdo conciliatorio y éste no es cumplido por el proveedor, ya no sería necesario presentar una denuncia e iniciar un procedimiento inocuo porque el proveedor ya aceptó su responsabilidad ante el Servicio de Atención al Consumidor y no tiene caso someter a los consumidores afectados a vivir la secuela de un procedimiento cuyo resultado ya se conoce, toda vez que el proveedor ya ha aceptado su responsabilidad frente la violación de la ley, caso contrario se atenta paradójicamente contra los intereses y la economía de propio consumidor al que la institución del INDECOPI protege.

En este caso proponemos que dicho acuerdo se ejecute directamente con los apercibimientos que establece la ley y que este procedimiento sea una practica uniforme a nivel de la Comisión de Protección del Consumidor del INDECOPI, para no tener que elevar estos casos al Tribunal innecesariamente. Este sería un gran avance para el sistema de Protección del Consumidor desde el punto de vista de la celeridad, eficacia, eficiencia, economía, que son los principios informantes del procedimiento administrativo peruano.

6. LEGITIMACIÓN DE LAS ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES

Es necesario instituir mecanismos de legitimación procesal colectiva de los consumidores para actuar en juicio a través de entes representativos, de modo que las soluciones sustanciales que se reconozcan las sentencias, beneficien a todo el grupo afectado por una misma práctica lesiva de sus intereses, inclusive en aquellos consumidores que no participaron directamente en el juicio.

En este sentido proponemos que las asociaciones de consumidores tengan plena legitimidad para actuar directamente en la defensa judicial de los intereses de los consumidores, tal como sucede en otras legislaciones, dado que actualmente las asociaciones para poder actuar libre y directamente en la defensa de los consumidores en cualquier ámbito y en especial en el campo judicial necesitan siempre de una delegación expresa de facultades por parte del INDECOPI y de lo que su directorio decida.

En este sentido es necesario modificar la norma para poder abrir el campo de defensa de los intereses difusos y dar más fluidez a la protección de los consumidores, para alcanzar plena legitimidad para obrar, equiparando así el sistema de defensa de los intereses difusos establecidos en el Código Procesal Civil, en el cual por ejemplo los derechos del medio ambiente están bien protegidos dado que las personas aun en ausencia de daños personales pueden acudir a la justicia directamente en una especie de class action local.

Sin embargo en materia de derechos del consumidor no obstante estar estatuidos como intereses difusos según el artículo 82 del C.P.C las asociaciones no están legitimadas para actuar directamente en la defensa judicial de tales derechos, por lo que es necesario modificar esta disposición en concordancia con lo establecido en el artículo 45, 36 y 52 de la Ley de Protección del Consumidor.

La falta de la Legitimidad para Obrar, obliga al órgano Jurisdiccional a negar el derecho a la persona que acciona, sin tener que analizar la pretensión misma, así es como las asociaciones civiles se ven mutiladas en su función de representar a la colectividad asociada en sus derechos vulnerados, porque así lo establece el tenor del Art. 82 del Código de Procedimientos Civiles (C.P.C).

La Ley en nuestro país no ha autorizado como parte de una Relación Jurídica Procesal a ninguna asociación para intervenir en procesos, es decir, no las ha legitimado para obrar. Este es el problema de ASPEC, que culmina sus actividades a nombre de la colectividad asociada, ante el órgano administrativo; y en referencia a la legitimación para obrar por parte del Juez, ésta no se ha dado lo que si procede es facultarlos a intervenir como testigos, como opinantes en el caso sometido a proceso, y nos referimos a una opinión técnica.

Este es el nudo de muchas legislaciones y que pasaremos a describir para entender que los sistemas tan legalistas como el nuestro afrontan los mismos problemas y en el fondo en vez de proteger al consumidor muy por el contrario lo desprotegen. Particularmente creemos que este es un vacío en el actual sistema legal de protección al consumidor que debe ser resuelto para que las normas tengan vigencia social y no se encuentren desarraigadas de la realidad a la que paradójicamente pretenden regular.

Es hora que el Derecho avance hacia nuevos planteamientos que proporcionen a la sociedad de consumidores imágenes y motivaciones nuevas para que sintamos que estamos frente a una estructura legal de base real y no simplemente teórica y positivista que no nos abre causas viables para poder defender nuestros derechos y con ello nuestra dignidad como ciudadanos consumidores y protagonistas del mercado a quien le damos vida a través de nuestros actos jurídicos de compra.

Para que la legislación sea verdaderamente protectora se tendrá que legitimar a las asociaciones, pero para ello se tendrían que modificar y ampliar conceptos que en Derecho son tan rígidos y tan importantes que originarían controversias de tal magnitud que producirían un cisma procesal y judicial.

7. INTERPRETACIÓN LEGAL

La interpretación de la legislación sobre protección del consumidor debe ser creativa sobre la base de lo que establece la Constitución y la doctrina del Derecho del Consumidor, sin esquemas restrictivos hechos en función de postulados rígidos de análisis puramente económico.

Proponemos que sobre la base del nuevo precedente de observancia obligatoria establecido a través de la Resolución No 422-2003 TDC se desarrolle una línea de pensamiento que tienda a desarrollar el nuevo alcance normativo del consumidor a fin de evitar serios problemas de interpretación que se originaban anteriormente debido a la falta de claridad del precedente anterior (Resolución 101-96 TDC del 18-12-96) que establecía exclusiones contrarias a la teleología del ordenamiento jurídico nacional en materia de Protección al Consumidor.

No podemos reducir el Derecho del Consumidor a ideales jurídicos, porque la realidad económica y social desborda el ordenamiento jurídico clásico estructurado sobre situaciones rezagadas y alejadas del fenómeno social y humano que implica la problemática del consumidor.

Debajo de las reglas están los fenómenos y hasta ellos es preciso calar; por ello consideramos que es preciso escudriñar la realidad social y económica en materia de consumo para asumir otra actitud metodológica en la dación de las leyes, o en la construcción de conceptos, o en la toma de decisiones; las cuales deben tener como componente principal la observación de la realidad y en este sentido es preciso replantear seriamente incluso nuestra democracia

con los ojos puestos en el consumidor y rediseñar un adecuado sistema que lo proteja y le otorgue seguridad jurídica en sus actos de consumo y que para tal efecto recoja los modernos enfoques doctrinarios, lo mejor de nuestra jurisprudencia, sin dejar de lado las características de nuestra sociedad subdesarrollada, nuestra economía informal e incipiente, nuestros desniveles culturales, nuestro analfabetismo, nuestros pocos recursos y en general nuestras estructuras sociales atrasadas.

Es obvio que esta propuesta implica un reto para los operadores del sistema jurídico y en especial del INDECOPI como órgano tutelar de la protección del consumidor que debe replantear su línea de acción con nuevas estructuras de pensamiento sobre la materia, para dar paso a una jurisprudencia creativa e innovadora, porque el fenómeno del consumo tiene variables jurídicas, sociales y económicas que requieren no solo de un esfuerzo de integración jurídica sino de relectura del rol del juzgador para buscar el bienestar del consumidor y la transparencia en el mercado.

8. CONSUMIDOR RAZONABLE

Es necesario manejar adecuadamente el razonamiento del INDECOPI sobre el llamado consumidor razonable dado que hay una gran masa de consumidores que podría ser desplazada de la protección del consumidor dada su ignorancia estructural, por ser analfabetos y por no tener acceso a la información que es el principal derecho del consumidor.

Proponemos que cada caso en especial se analice sobre la base de un criterio de razonabilidad que le permita al INDECOPI establecer cuando estamos frente a un consumidor irresponsable y cuando estamos frente a un consumidor que no tiene acceso a aquello que le brinda el mercado como es la educación, la información, la seguridad, etc. Es decir que el INDECOPI tome en

cuenta la pluriculturalidad de los consumidores cuando tenga que decidir un caso concreto sobre violación de derechos del consumidor.

El parámetro del consumidor razonable en tanto no deviene de norma expresa sino de una creación del INDECOPI debe ser adecuadamente manejado porque no olvidemos que el Perú tiene un 12% de analfabetos, asimismo tiene una población heterogénea desde diversos puntos de vista, con profundos desniveles culturales y además con una economía informal que es preciso tomar en consideración para decidir situaciones conflictivas derivadas de violación de derechos del consumidor, caso contrario la propia institución tutelar (INDECOPI) estaría provocando aunque sin proponérselo un cisma entre los consumidores, dejando a un gran número de ellos en indefensión.

9. CONSUMIDOR FINAL

Proponemos que este concepto se maneje adecuadamente en función del precedente de observancia obligatoria establecido por el Tribunal del INDECOPI para cubrir y no dejar en indefensión a las pequeñas empresas que adquieren productos como destinatarios finales o aquellos casos de uso mixto de bienes, en concordancia con las normas constitucionales que establecen principios básicos para una política pro consumidor, toda vez que existe una situación de desigualdad en la que se encuentran los consumidores frente a los proveedores y que constituyen una realidad que debe ser enfrentada sistemática y equilibradamente en el marco de un sistema de economía social de mercado, como es el recogido por nuestra constitución.

En efecto, existen pequeños comerciantes y empresarios que también son inducidos a realizar adquisiciones o a suscribir contratos de empresa por las necesidades de su actividad profesional y en estos casos su situación es parecida a la del consumidor que contrata con fines privados, porque sufre los

efectos de la desigualdad en la relación de consumo y además constituye el último eslabón del ciclo de vida económica de bienes y servicios y dada su falta de especialización y de poder real de negociación derivado de su reducida dimensión empresarial, también se encuentra en las mismas condiciones de desequilibrio y sumisión a los modos de producción de los proveedores.

10. SUPERVISIÓN DE LOS SISTEMAS DE AUTORREGULACIÓN

La autorregulación como una forma de expresión del mercado que busca soluciones de auto-composición de conflictos es una muestra positiva en el sistema, por lo que consideramos necesario que dichos sistemas estén supervisados a fin de no enmascarar posibles abusos de quienes han establecido estos sistemas de autorregulación.

Un hecho que nos demuestra la ineficiencia o en todo caso la crisis de confiabilidad en aquellos sistemas de autorregulación creados por algunas instituciones es el gran número de denuncias que siguen presentándose ante la Comisión de Protección del Consumidor del INDECOPI. Por ejemplo, en materia de servicios bancarios y financieros, lo que evidenciaría que eventualmente el sistema de autorregulación creado por la Asociación de Bancos (ASBANC) a través del llamado Defensor del Cliente Financiero, aún no es visto por usuarios del sistema bancario como la vía más idónea para dilucidar sus controversias sobre la prestación de los servicios de la banca en el país.

11. INVESTIGACIONES Y DENUNCIAS DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR PROMOVIDAS DE OFICIO POR EL INDECOPI

Proponemos que cuando el INDECOPI observe que un determinado sector del mercado, está siendo frecuentemente vapuleado por denuncias de los consumidores y se ha fallado dándoles la razón es preciso promover acciones de oficio no solo para sancionar sino para sentarse con los gremios y

establecer puntos de partida para mejorar la prestación de los servicios o la comercialización de bienes, para evitar sanciones que no solo afectan a los empresarios implicados sino también a los consumidores y al propio mercado donde paradójicamente actúan.

Es decir proponemos una actuación de lógica inversa, no tanto sancionatoria, sino de apertura y de promoción de la cultura de consumo para los empresarios. Esto implica una forma de razonar diferente, porque la institución tutelar en la defensa de los derechos del consumidor debe dar imágenes y motivaciones nuevas a la sociedad, promoviendo estrategias y modelos diferentes de desarrollo y promoción de la cultura de consumo, porque no solo por la vía de la sanción se pueden incentivar conductas responsables de los agentes económicos en el mercado, sino también por la vía de la persuasión, del acercamiento a los gremios para inducirlos a respetar la ley en beneficio del propio mercado.

Esta propuesta constituiría para el INDECOPI una nueva forma de monitorear la política de protección del consumidor en el país, adelantándose a los hechos, acercando a los gremios de proveedores, abriendo debate sobre temas controvertidos en materia de consumo, estableciendo grandes líneas de acción en determinados sectores del mercado, trabajando conjuntamente con otros órganos que de alguna u otra manera también están relacionados con la protección de los derechos del consumidor, como la Superintendencia de Banca y Seguros, la Dirección General de Salud Ambiental, entre otros; y sobre todo trabajando en la educación del consumidor a todo nivel.

12. MEDIDAS CORRECTIVAS Y MEDIDAS CAUTELARES

INDECOPI está facultado para ordenar medidas correctivas en todos aquellos casos de violación de derechos del consumidor donde sea necesario equilibrar y reponer las cosas al estado anterior, lo cual nos parece un gran avance en el sistema. Lo importante es no rebasar la línea para que no se

interprete que el INDECOPI tiene facultades para dictar reparaciones civiles, de manera que no debe haber en este sentido una lógica indemnizatoria en las decisiones de la institución.

Respecto de las medidas cautelares, proponemos que sean de aplicación de forma supletoria las disposiciones de carácter procesal al respecto, para no dictar medidas cautelares que lejos de proteger al consumidor terminen afectando la actividad empresarial y causando perjuicios al mercado, frenando iniciativas de carácter comercial o productivo que afecten la inversión.

En este sentido, creemos que se debe respetar el principio de verosimilitud y el principio de mínima injerencia al dictar una medida cautelar. Asimismo creemos que la medida cautelar se puede dictar incluso si no ha sido solicitada en por el denunciante siempre y cuando la autoridad considere que es necesaria para garantizar los efectos de su resolución final y para salvaguardar los derechos de los consumidores que podrían verse expuestos a los riesgos de una violación de sus derechos.

Por otro lado es importante que el establecimiento de medidas correctivas se cuide de no modificar o en todo caso penetrar en estructuras contractuales establecidas por las partes y que solo pueden ser debatidas en sede judicial. Es decir debemos cuidar de no modificar actos jurídicos cuya validez o nulidad solo compete ser decidida por la autoridad judicial. Esto es importante porque lo que se verifica en los procedimientos ante el INDECOPI es la violación de los derechos de los consumidores y como tal la infracción de la ley, en este sentido se discute entre otras cosas la idoneidad del bien o servicio y la información sobre el mismo, mas no se discute la estructura, validez o eficacia del acto jurídico que está de por medio.

13. COSTO DE LAS APELACIONES DE LAS RESOLUCIONES DE LA COMISIÓN DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

Proponemos la modificación o regulación del costo de las apelaciones derivadas de las reclamaciones interpuestas ante la Comisión de Protección del Consumidor, toda vez que consideramos que existe una seria inconsistencia en el sistema de protección del consumidor que está provocando sin proponérselo una indefensión de un grueso número de consumidores precisamente los más pobres.

En efecto, esta situación se presenta cuando un consumidor acude al Servicio de Atención del Consumidor (SAC) o a la Oficina de Servicios de Consulta y Atención de Reclamos (OSCAR), donde el servicio es gratuito, plantea su caso y luego si no llega a un arreglo conciliatorio con su contraparte, procede a interponer una denuncia por violación de derechos del consumidor ante la Comisión de Protección del Consumidor, cuyo costo es de S/ 30.00 (treinta nuevos soles), costo que creemos asequible. Pero si al terminar el proceso el consumidor obtiene una resolución que no le es favorable y desea seguir en la lucha por sus derechos presentando su recurso de apelación, dicha apelación cuesta S/ 300.00 (trescientos nuevos soles), monto que es muy alto si consideramos es casi el 90% del sueldo mínimo en el Perú y aproximadamente U\$ 100 (cien dólares americanos)

Esta es una seria inconsistencia del sistema, porque el consumidor que no tiene dinero para apelar simplemente no apelará con lo cual se afecta no sólo él sino también la institución del INDECOPI que no muestra imágenes y motivaciones nuevas que lo acerquen a la comunidad, sino que por el contrario lo alejan.

Pero además esta situación contribuye a tener una lectura equivocada de la eficiencia del sistema porque cuando en el boletín mensual de las estadísticas del INDECOPI se indica el índice de impugnaciones de las

resoluciones de la Comisión de Protección del Consumidor, éste aparece como un buen indicador de gestión, cuando en realidad está enmascarando un problema mayor de inconsistencia legal, que ha provocado indefensión y sobre todo una desazón e impotencia de no poder hacer valer un derecho legítimo sólo por no tener el dinero para apelar, esto es un contrasentido y atenta contra el derecho constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva o al propio espíritu que subyace en el artículo 65 de la Constitución Política del Perú, que expresa que el Estado promueve la defensa del interés del consumidor.

14. MULTAS POR INCUMPLIMIENTO DE RESOLUCIONES DEL INDECOPI

Es importante que este tema esté contenido en una disposición legal que aclare y desarrolle este concepto toda vez que el actual texto de la ley es insuficiente y no permite establecer con precisión cual es su alcance normativo y a la larga podría generar incertidumbre en su aplicación, con las correspondientes reclamaciones de los usuarios. En efecto el Artículo 38 de la Ley de Protección del Consumidor alude con precisión a los laudos y acuerdos conciliatorios, no obstante el INDECOPI ha interpretado que alcanza también a las resoluciones. Esta interpretación consideramos que es válida, en tanto que, una resolución final determina la conclusión del procedimiento administrativo donde las partes han distendido su discusión sobre la eventual violación de un derecho del consumidor y como tal lo dispuesto en dicha resolución debe ser cumplido, independientemente de la posibilidad de la vía contenciosa administrativa en el ámbito judicial, caso contrario el sistema de protección sería inconsistente y no tendría el efecto que de él se espera

En principio, consideramos que el objetivo de esta norma es justificable y tiene efecto porque busca dotar al sistema de protección del consumidor de una herramienta que promueva en los proveedores el cumplimiento oportuno de las de las resoluciones, lo que está relacionado con la conducta proactiva

que deben asumir los agentes económicos para el desarrollo de un mercado transparente y dinámico.

En este sentido, consideramos que el artículo 38 de la Ley de Protección del Consumidor constituye una pauta hermenéutica que permite aplicar la ley de manera consistente con el sistema de protección del consumidor, toda vez que una resolución administrativa consentida o ejecutoriada desde ya es exigible y como tal debe cumplirse, no necesita mandato expreso, porque de conformidad con el principio de la autotutela administrativa, la Administración Pública está plenamente facultada para hacer efectivas sus resoluciones, sin necesidad de ratificación o confirmación del Poder Judicial para poder ser exigido su cumplimiento a todos aquellos que estén obligados a acatar un mandato administrativo; caso contrario, la autoridad de los tribunales administrativos se vería mediatizada, sus decisiones serían inocuas y las normas administrativas que las sustentan serían de aplicación relativa, sin vigencia social y sin fuerza jurídica, lo cual obviamente no se condice con el sistema jurídico sobre el cual reposa el Derecho del Consumidor.

La autotutela administrativa que establece la doctrina del Derecho Administrativo, tanto declarativa como ejecutiva, descansa sobre la base de la ejecutividad del acto administrativo, su obligatoriedad, su exigibilidad y el deber de cumplimiento por parte de los administrados, y como tal facultan a los órganos administrativos a la ejecución de sus decisiones que tienen la condición de cosa decidida, y es dentro de este contexto que debemos entender la aplicación de multas coercitivas que se imponen frente al desconocimiento de las medidas correctivas ordenadas por el Tribunal del INDECOPI, sin requerir inclusive procedimiento administrativo adicional de carácter ejecutivo.

Por otro lado, creemos que la precisión hecha por el Artículo 38 de la Ley de Protección del Consumidor respecto de los laudos y los acuerdos

conciliatorios tiene su explicación. En efecto, los aludos no obstante el reconocimiento constitucional de la jurisdicción arbitral requieren de la autoridad judicial para ser ejecutados y obtener su cumplimiento efectivo; de igual modo las conciliaciones al ser producto de una negociación inter-partes necesitan de un mandato legal que le dé fuerza ejecutiva. Por estas razones consideramos que la ley ha efectuado esta precisión y si hacemos un ejercicio de interpretación sistemática y teleológica de la ley concluiríamos en que la interpretación de la Sala de Defensa de la Competencia es válida.

Finalmente, cabe señalar que lo expuesto tiene a su vez su correspondiente correlato legal, en tanto que se encuentra debidamente establecido no solamente en el Artículo 38 y 44 de la Ley de Protección del Consumidor, sino también en el Artículo 199 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, además se encuentra dentro de los planteamientos de la doctrina moderna del Derecho Administrativo, por lo que el enfoque sistémico hecho por la Sala consideramos que es correcto.

No obstante, creemos también que una precisión legal fortalecería la institución a fin de evitar interpretaciones contrarias al sentido de la protección del consumidor.

En suma, consideramos que las propuestas establecidas permitirán fortalecer el Derecho del Consumidor como disciplina jurídica autónoma, para beneficio tanto de los consumidores como para el propio mercado, aunque es innegable que otras investigaciones que se hagan en el futuro contribuirán también al mismo objetivo.





BIBLIOGRAFÍA

1. ACOSTA ESTÉVEZ, José. *Tutela Procesal de los Consumidores*. Barcelona: J.M Bosch Editores, 1995.
2. ALBADALEJO, M. *Manual de Derecho Civil*. Tomo II, 7ª Ed. Madrid: Edición Bosch, 1983
3. ALTERINI ATILIO, Anibal. *Derecho Privado*, 2ª Ed. Buenos Aires: ABELEDO PERROT, 1981
4. ALTERINI ATILIO, Aníbal y Otros. *Defensa de los Consumidores de Productos y Servicios. Daños y Contratos*. Buenos Aires: Ediciones la Rocca, 1996
5. ALTERINI ATILIO, Aníbal. *Formas Modernas de Contratación*. Buenos Aires: LA LEY, 1980.
6. ALTERINI ATILIO, Aníbal. "Las Condiciones Generales de Contratación y las Cláusulas Abusivas". En AA.VV *Fundación BVV*.
7. ÁLVAREZ VITA, Juan. *El Derecho al Desarrollo*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Lima: Editorial Cultural Cuzco, 1988.
8. ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Introducción a la Ciencia del Derecho*. 7ª Ed. Lima: Editorial Sesator, 1981.
9. AMOR FERNÁNDEZ, Antonio. *La Propiedad Industrial en el Derecho Internacional*. Barcelona: Editorial Nauta, 1985.
10. AREAN LALIN, Manuel. *Protección Jurídica de las Denominaciones*. Santiago de Compostela: Instituto de Derecho Industrial / Universidad Santiago de Compostela, 1991.
11. ARIAS SHEREIBER PEZET, Max. *Exégesis. Contratos Parte General*. Lima: Editorial Studium, 1987.
12. ASCARELLI, Tulio. *Teoría de la Concurrencia y de los Bienes Inmateriales*: Buenos Aires, 1983.
13. BADENES Y GASSET. *El Contrato de Compraventa*. Tomo I y II. Madrid: 1969.
14. BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993-Análisis Comparado*. Lima: 1996.

15. BAUDRILLARD, Jean. *A Sociedade de Consumo*. (Traducción de Arturo Morao). Lisboa: 1981
16. BAYLOS CORROZA, Hermenegildo. *Tratado de Derecho Industrial*. Madrid: Editorial Civitas, 1978.
17. BARBOSE MOREIRA, José Carlos. "La Legitimación para la Defensa de los Intereses Difusos en el Derecho Brasileño". (Traducción del Portugués, Del Doctor Augusto Mario Morello) *Jus-Revista Jurídica de la Provincia de Buenos Aires*. N° 34.
18. BENAVIDES TORRES, Eduardo "La Oferta y la Defensa del Consumidor". *Ius Veritas - Revista de Derecho PUCP* 6. Año IV.
19. BERGEL-PAOLANTONIO. *Anotaciones Sobre la Ley de Defensa del Consumidor*. Buenos Aires: 1993.
20. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Alberto. *Estudios Jurídicos sobre la Protección de los Consumidores*. Madrid: Editorial Tecnos, 1987.
21. BERGEL, Salvador Darío. "En Torno del Abuso de la Propiedad Intelectual y la Competencia". *Revista de Derecho de la Competencia*. N° 43, Año 15 Enero-Abril 1993.
22. BOQUERA OLIVER, José María. *Derecho Administrativo*. Volúmen I Madrid: Ideal, 1972.
23. BOTANA GARCIA, Gemma Alejandra. *Los Contratos Realizados Fuera de los Establecimientos Mercantiles y la Protección de los Consumidores*. Barcelona: J.M Bosch Editores, 1994.
24. BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Parte General II*. 9ª Ed. Actualizada. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1988.
25. BOURGOIGNIE, Thierry y Domomt NAERT. *Clauses Abusives Et Protection Du Consommateur, Elements De Reflexion*, "ANNALES DU DROIT LUVAIN" 198.
26. BOZA DIBOS, Beatriz. *El rol del Estado en el contexto de la Libre Competencia. El caso del indecopi*. LIMA: 1999.
27. BREUER MORENO. *Tratados de Marcas de Fábricas y Comercio*. Buenos Aires: Editorial Robis, 1946.

28. BULLARD GONZALES, Alfredo. *Estudios de Análisis Económico del Derecho*. Lima: Ara Editores, 1996.
29. BULLARD GONZALES, Alfredo y Otros. *El Derecho Civil Peruano, Perspectivas y Problemas Actuales*, Lima: Fondo Editorial PUCP, 1993.
30. BULLARD GONZALES, Alfredo. "Firme Primero, Lea Después", En: *El Derecho Civil Peruano. La Contratación Masiva y la Defensa del Consumidor*. 2ª Ed, Lima: Fondo Editorial PUCP, 1994.
31. CALAIS-AULOY, Jean. *Droit de la Consommation*. Paris: Dalloz, 1986.
32. CARNELUTTI. *Metodología del Derecho* (Traducido por Osorio). México D.F.: Unión Tipográfica Editorial Hispanoamericana, UTEHA, 1940.
33. CAS Y FERRIER. *Traité de Droit de la Consommation*. Paris: 1986.
34. *Código de Protección y Defensa del Consumidor Brasileiro*. Brasilia: Secretaria Especial de Ediciones y Publicaciones del Senado Federal, 1999.
35. COING, H. "Signification de la Notion de Droit Subjectif", En *Archives de Philosophie Du Droit*, Paris: 1964.
36. ASPEC. "Consumo y Respeto". *Revista de los Consumidores*. Lima: enero- marzo, 2002.
37. COOTER Robert y ULEN Thomas, *Derecho y Economía*. México D.F.: Fondo de Cultura Economica, 1995.
38. DE CASTRO y Federico BRAVO. "El Orden Público y la Protección del Consumidor". EN *ADC*. Madrid: 1982.
39. DE TRAZEIGNIES GRANDA, Fernando. *La Responsabilidad Extracontractual. Biblioteca para leer el Código Civil*, Lima: Fondo Editorial PUCP, Vol. IV, 1988.
40. DE TRAZEIGNIES GRANDA, Fernando. *Postmodernidad y Derecho*. Lima: Ara Editores, 1996.
41. DE TRAZEGNIES GRANDA. Fernando. *Prólogo del Libro Introducción a la Juseconomía. De Anibal Sierralta Ríos*. LIMA: Fondo Editorial, PUCP. 1996.

42. DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel. "Las Cláusulas Generales de Contratación y la Protección del Consumidor". *Revista de Derecho Themis PUCP*, N° 31.
43. DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General, Comentarios a la Sección Primera del Libro VII Del Código Civil. Para Leer el Código Civil*, Lima: Fondo Editorial PUCP, Primera Parte, Tomo III Volumen XI, 1995.
44. DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel. *Estudios del Contrato Privado*, Lima: C. Cuzco, SA, 1983.
45. DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel, y Otros. *Contrato y Mercado*, Lima: Gaceta Jurídica, 2000.
46. DELGADO ZEGARRA, Jaime y CÁCERES VALLE. *Publicidad, Régimen Jurídico y Práctica Comercial*. Lima, Instituto de Derecho del Consumidor, 1993.
47. DELGADO ZEGARRA, Jaime. "Regulando la Guerra del Mercado". *Diario el Peruano*, 5 enero, 1991.
48. DIEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen I. Madrid: Editorial Civitas, 1995.
49. DIEZ PICAZO, Luis. "Las Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas". AAVV, Fundación BVV.
50. DIEZ CANSECO NÚÑEZ, Luis. "Armonización de la Legislación del Tráfico Económico". *Revista 1*. Publicación Un/Sem. Lte Dt2.
51. DROMI, José Roberto. *Derecho Administrativo Económico*. Tomo II. Buenos Aires: Astrea, 1985.
52. EKMAN. E. "Un Análisis en Torno a las Reflexiones Logros en el Marco de los Países Nórdicos". *De Imagen a Protagonistas, Consumidores y Consumidoras, por una Publicidad no Discriminatoria, Ponencias y Conclusiones del Seminario Taller Internacional de Consumidores y Publicidad*. Santiago de Chile, IOCU, 1989
53. ESPERANZA, Alberto. "Directiva Comunitaria sobre Cláusulas Abusivas en los Contratos Celebrados con Consumidores y sus Repercusiones en el Derecho Español". *Revista de Derecho Mercantil*. N° 210.

54. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "Las Cláusulas Vejatorias en los Contratos Estipulados Unilateralmente". *Revista de Derecho PUCP Themis*.
55. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Ley de Protección al Consumidor*. Lima: Editorial Rohdas, 2004.
56. FARINA, Juan. *Defensa del Consumidor y del Usuario*, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995.
57. FARINA, Juan. "Derecho del Consumidor y del Usuario". *Revista de Derecho Scribas*, Año II. N° 3.
58. PALAU RAMÍREZ, Felipe. "El Consumidor Medio y los Sondeos de Opinión en las Prohibiciones de Engaño en Derecho Español y Europeo, a Raíz de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) del 16 de julio de 1998 AS. C-210/96". En *Actas de Derecho Industrial*. Tomo XIX, 1998.
59. FERNÁNDEZ LERGA GARRALDA, Carlos. *Derecho de la Competencia, Comunidad Europea y España*. Pamplona: Editorial Aranzandi, 1994.
60. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "El Régimen Socioeconómico Hacendístico en el Ordenamiento Constitucional Español". En *Derecho y Sociedad* 10. Lima: Asociación Civil Derecho y Sociedad, 1995.
61. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las Personas, Exposición de Motivos y Comentarios al Libro I del Código Civil*, Lima: Studium, 1986.
62. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *El Derecho como Libertad, Preliminares para una Filosofía del Derecho*, Lima: Studium, 1987.
63. FERRATER MORA, *Diccionario de Filosofía*. 5ª Ed. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1965.
64. GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid: Editorial Civitas, 1999.
65. GARRIDO LECCA, Hernan y Ernani SAN ROMAN. "Defensa del Consumidor". En *Renglones de Gestión Municipal*. N° 7.
66. GARRIGUES, Joaquin. *Temas de Derecho Vivo*, Madrid: Editorial Tecnos, 1976.

67. GARRIGUES, Joaquin. *Dictámenes de Derecho Mercantil*, Madrid: Aguirre Editores, 1992.
68. GHERSI, Carlos A. "Contratos de Adhesión en los Proyectos de Reforma del Código Civil y la Ley de Protección al Consumidor". En *Revista Jurídica del Perú*. Año XLV.
69. GOMEZ CALERO, Juan. *Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos*. Madrid: Editorial Dykinson, 1996.
70. GHIDINI. G. "L' Intéret Des Consommateurs Comme Intéret Diffus Et Sa Defense". En *R.D.C.O.D*, 1978.
71. CHIOVENDA, Giuseppe. *Ensayos de Derecho Procesal Civil*. Tomo I Buenos Aires: Producción de Santiago Sentís Melendo, 1980
72. GONZÁLES BULLARD, Alfredo. *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra Editores S.R.L., 2003.
73. GUTIERREZ CAMACHO, Walter. "El Contrato de Consumo y la Crisis de la Contratación Clásica". EN: DE LA PUENTE y LAVALLE, MANUEL y otros (Directores). *Contrato y Mercado*. GACETA JURÍDICA, LIMA 2000
74. JIMÉNEZ VARGAS MACHUCA, Roxana. "La Oferta al Público en el Código Civil y en la Ley de Protección del Consumidor". En: ANIBAL ALTERINI, Atilio y Otros (Directores). *En Contratación Contemporánea*. Lima-Bogotá: Palestra-Themis, Tomo I, 2000.
75. HERNÁNDEZ GIL. *Metodología del Derecho, Ordenación Crítica de las Principales Direcciones Metodológicas*. México D.F.: Editorial Revista de Derecho Privado, 1945.
76. HERRERA, Mónica. *Publicidad, Técnicas y Métodos. En directrices de Protección del Consumidor*. Santiago de Chile: 1992.
77. HERRERA ROMERO, Luis. *La Internacionalización del Contrato de Adhesión, el Derecho del Consumidor y su Evolución en el Siglo XXI*. Lima: T. USMP, 1993.
78. INDECOPI. *Precedentes de Observancia Obligatoria en Materia de Defensa de la Competencia*. Lima: 1999.

79. INDECOPI. *El Libre Mercado en el Perú, Comisión de Protección del Consumidor*. Lima: 1993.
80. ISMODES ACIRO, *Sociología*, 3ª Ed. Lima, Editorial Minerva, 1967.
81. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel. "Tres Postulados para el Nuevo Servicio Público" En: GASPARD ARIÑO y Otros. *El Nuevo Servicio Público*. Madrid: Editorial Marcial Pons, 1997.
82. LAMBOIS E. Susana. *El Consumidor y sus Derechos*. Bogotá: 2001.
83. LEYVA, Milagros. "En la Defensa del Consumidor No bastan las Leyes, en Sección Mercadotecnia", *Revista Medio De Cambio*. Año XII.
84. LEON BARANDIARAN, José. *Tratado de Derecho Civil, Tomo I, II, Concordado con el Código Civil de 1984*, Lima: W.G Editores, 1991.
85. LORETO CORREDOIRA Y ALFONSO. *Comentarios a la Ley de Publicidad*, Barcelona: Bosch Casa Editorial SA, 1993.
86. LORETO, Luis. *Estudios de Derecho Procesal Civil, Contribución al Estudio de la Excepción de Inadmisibilidad, por Falta de Calidad*, Caracas: Editorial Sucre, 1956.
87. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Análisis de la Autonomía Privada Contractual, en Código Civil Peruano, Balance y Perspectivas*. Tomo II Lima: Universidad de Lima, 1995.
88. LONWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Editorial Ariel Demos. Ciencia Política, 1993.
89. KREMALMAJER DE CARLUCCI, Aida. "Publicidad y Consumidores". *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. N° 5.
90. MAC LEAN UGARTECHE, Roberto. "La Eficiencia Social de las Leyes como Elemento de Desarrollo Político y Económico". *Ius Veritas*. Año IX, N° 17.
91. MAC LEAN UGARTECHE, Roberto. "Réquiem para el Espíritu del Legislador, Cultura de Servicio en la Administración de Justicia". *Revista de Derecho PUCP Themis. Segunda Época*. N° 33.
92. MARTINEZ COCO, Elvira. "Contratación de Mercado o Contratación Social". *Revista de Derecho Acquitas*. Año 2, N° 2.

93. MERCADEO LATINO. *Revista de Marketing Estratégico*. Año II, N° 18 Agosto, Lima, 1991.
94. MESSINEO FRANCESCO. *Doctrina General del Contrato*. Tomo I Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1986.
95. MIR PUIG, Santiago y Diego LUZÓN. *Responsabilidad Penal de las Empresas y sus Órganos y Responsabilidad por el Producto*. Barcelona, Jm Bosch Editores, 1996.
96. MONTEAGUDO, Montiano. *El Riesgo de Confusión en el Derecho de Marcas y en el Derecho Contra la Competencia Desleal. Actas de Derecho Industrial. Tomo XV 1993*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A, 1994.
97. MONTOYA ALBERTI, Hernando. "El Estatuto del Consumidor". *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, N° 46.
98. MORALES ACOSTA, Alonso. *Tutela del Consumidor*. Lima: Universidad de Lima, 1994.
99. MORON URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Nueva Ley de Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica, 2001.
100. MOROTE NÚÑEZ, Hugo. *La Protección del Consumidor en el Código Civil. En derecho civil peruano, perspectivas y problemas actuales*, Lima, Fondo Editorial, PUCP, 1994.
101. MOSSET ITURRASAPE, Jorge. *Como Contratar en una Economía de Mercado*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores, 1996.
102. MOSSET ITURRASPE, Jorge y Luís LORENZETTI. *Defensa del Consumidor, Ley 24240*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores, 1993.
103. NASIO, Ricardo. *El Consumidor, Conflictos y Soluciones*. Buenos Aires: Ediciones del País, 2000.
104. NORTH, Douglass. *Importancia de las Instituciones en el Desarrollo de una Economía de Mercado*. Lima: Instituto Apoyo - Indecopi, 1996.
105. NORABUENA CASANOVA, Jorge. *La Protección de la Propiedad Industrial en el Perú*. Lima: Editorial Industrial Gráfica S.A., 1994.
106. NÚÑEZ DEL PRADO, Oscar. *Tratado de Derecho de Propiedad Industrial*. Tomo II. Lima: 1997.

107. OTAMENDI, Jorge. *Derecho de Marcas*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 1989.
108. OBERTO, G. "Aspetti Processuali Della Tutela Del Consumatore, En Quadimestre". *Revista Española de Justicia*, 1989.
109. OTAMENDI, Jorge. *Derecho de Marcas*, Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 1991.
110. PAREDES CASTAÑÓN, Jose y Teresa RODRÍGUEZ. *El Caso de la Colza, Responsabilidad Penal por Productos Adulterados o Defectuosos*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 1995.
111. PARRA LUCÁN, María Ángeles. *Daños por Productos y Protección del Consumidor*. Barcelona: José María Bosch, 1990.
112. PEDREROS, Jaime. "Piratería y Falsificaciones. Qué hacer, Sección Mercados". *Revista Medio de Cambio*. Año XII, N° 285.
113. PEREZ GARCIA, Pedro Antonio. *La Información en la Contratación Privada en Torno al Deber de Informar en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de España*. Madrid: Instituto Nacional del Consumo de España, 1990.
114. POLO, Eduardo. *Protección del Consumidor en el Derecho Privado*. Madrid: Editorial Civitas, 1980.
115. POLO, Eduardo. *Protección del Contratante Débil y Condiciones Generales de los Contratos*. Madrid: Editorial Civitas, 1990.
116. POUILLET. *Traite Des Marques D' Fabrique Et De La Concurrence*, Paris: 1986.
117. RANGEL MEDINA, David. *Tratado de Derecho Marcario*. México D.F: Editorial Libros de México, 1960.
118. RAVENTOS MARTOS, Fernando. *Legislación de la Publicidad*. Lima: Editorial Gráfica Labor, 1992
119. RESOLUCIONES DE LAS NACIONES UNIDAS, 39248. *El papel de la propiedad industrial en la defensa de los consumidores. Documento 648 IBSBN 92805-0107-0*, Ginebra: 1987.
120. REZZONICO, Juan Carlos. *Contratos con Cláusulas Predispuestas*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1987.

121. REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. *Exposición de Motivos y Cometarios del Código Civil*. Lima, Ocurra Edites SA., 1985.
122. RIPERT, Georges. *El Régimen Democrático y el Derecho Civil Moderno*. Puebla: 1951.
123. RIVAS BELLOTI, *El Derecho del Consumidor*. Lima T. USMP, 1993.
124. RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política del Perú de 1993*. Lima, Fondo Editorial PUCP, 1999.
125. RUBIO CORREA, Marcial. *Título Preliminar, Biblioteca para Leer el Código Civil II*, Lima: Fondo Editorial PUCP, 1986.
126. SÁNCHEZ GUZMÁN, José. *Introducción a la Teoría de la Publicidad*. Madrid: Editorial Tecnos, 1979.
127. SANTOS BRITZ. *Derecho Civil, Teoría y Práctica*. Madrid, Editorial, Revista de Derecho Privado, 1978.
128. SAVIGNY. *De la Vocación de Nuestro Siglo para la Legislación y la Ciencia del Derecho*. Valparaíso: Edevakl, 1978.
129. SAVIGNY. *Los Fundamentos de la Ciencia Jurídica en la Ciencia del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Losada, 1949.
130. SAVIGNY. *Metodología Jurídica, (Traducido por Santa Pinter)*. Buenos Aires: Depalma, 1979.
131. SAVIGNY. *Sistema de Derecho Romano Actual, (Traducido por Mesis y Poley*. 2ª Ed. Madrid, 1987.
132. SHERWOOD, ROBERT M. *Propiedad Intelectual y Desarrollo Económico, Una Nueva Estrategia para la Competitividad Científica y Tecnológica*, Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1995.
133. SORIANO GARCÍA, Jorge Eugenio, "Desregulación, Privatización y Derecho Administrativo". *Publicaciones del Real Colegio de España*. 1993.
134. SOTO, Alonso, "Competencia y Desregulación Económica: Los Informes del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre la Liberalización de los Servicios" En: *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*. Madrid, Editorial Civitas, 1996.

135. SOTO COAHUILA, Carlos. *La Contratación Masiva y la Crisis de la Teoría Clásica del Contrato*. Tomo 70B. Lima: Gaceta Jurídica, 1999.
136. STIGLITZ, Rubén y Gabriel STIGLITZ. *Contratos por Adhesión, Cláusulas Abusivas y Protección del Consumidor*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1995.
137. STIGLITZ, Gabriel A. *Protección Jurídica del Consumidor*. 2ª. Ed. Buenos Aires: Depalma, 1990.
138. TABOADA CORDOVA, Lizardo. *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Lima, Editorial Grijley, 2001.
139. TABOADA CORDOVA, Lizardo, "El Contrato y los Mecanismos Jurídicos en los Sistemas Modernos de Contratación". *Revista de la Academia de la Magistratura*. 1996.
140. TOFLER, Alvin. *La Tercera Ola*. Barcelona: Plaza y Janés Editores, 1993.
141. TORRES Y TORRES LARA, Carlos. "Protección del Consumidor". *En Cuadernos de Derecho, Revista del Centro de Investigación Jurídica de La Universidad de Lima*, Año 1, N° 1.
142. TORRES Y TORRES LARA, Carlos. "El Consumidor Nuevo Centro del Derecho". *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*. N° 46.
143. TUDELA, Francisco. *Libertad, Globalización y Políticas Nacionales*. Lima: Fondo Editorial del Congreso de la República, 2000.
144. VEGA MERE, Yuri. *Consumidor, Contrato y Sociedad Postindustrial*. Lima, Universidad de Lima, 1998.
145. VEGA MERE, Yuri. *La Asimetría Informativa y la Tutela del Consumidor, en Derecho Privado*, Lima, Editorial Grijley, 1996.
146. VEGA MERE, Yuri. "Daños por Falta de Información". *Scribas-Revista de Derecho*. Año II, N° 3
147. VILLEY, Michel. *Preface Historique a la Etude des Notions de Contrat*, París: Archives de Philosophie Du Droit, 1968.
148. VILLEY, Michel. *Decadence du Voluntarisme Juridique*. Paris, Archives de Philosophie du Droit, 1967.

149. VON IHERING, Rudolf. *El Fin del Derecho*. Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1960.
150. VON IHERING, Rudolf. *La Dogmática Jurídica*, Buenos Aires: Editorial Losada, 1946.
151. VON IHERING, Rudolf. *La Lucha por el Derecho*, Madrid: Civitas, 1985.
152. ZOLEZZI IBARCENA, Lorenzo. *Disposiciones de Contenido Procesal, En Para Leer el Código Civil*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1988.

DOCUMENTOS DE TRABAJO COLECTIVO

- Texto Único Ordenado de la Ley de Protección del Consumidor, Decreto Legislativo 716, (DS 039-2000-ITINCI, del 11-12-2000)
- Ley Española de Defensa de los Consumidores y Usuarios 26/1984
- Ley Española sobre Condiciones Generales de Contratación, 7/1998
- Ley Argentina de Defensa del Consumidor 24.240
- Resolución de Directorio 074-2003 INDECOPI-DIR del 18 de julio de 2003 que aprobó la directiva 001-2003 INDECOPI-DIR, relativa a la intervención de las asociaciones de consumidores en los procedimientos administrativos ante la comisión de protección del consumidor y demás órganos funcionales del INDECOPI, ratificando su legitimidad para obrar en la vía administrativa ante la institución, previa inscripción en el registro de asociaciones de consumidores del INDECOPI.
- Directiva N° 074-2003-INDECOPI-DIR, fue publicada en el Diario Oficial El Peruano el 22 de Julio de 2003
- Documentos de Trabajo del INDECOPI sobre Protección del Consumidor, publicados en Marzo de 1999 y 2001

Reglamentación Comunitaria Europea

- Directiva 87/577 sobre protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, del 20 de Diciembre de 1985.
- Directiva 93/13 CEE del Consejo de las Comunidades Europeas sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, del 5 de Abril de 1993
- Directiva 97/7CE del Parlamento Europeo y del Consejo de las Comunidades Europeas, sobre Protección de los Consumidores en materia de contratos a distancia, del 20 de Mayo de 1997.

Parlamento Latinoamericano

- Programa de la IV Conferencia Regional de Consumers International (América Latina y el Caribe), “Desafíos y Estrategias del Movimiento de Consumidores de América Latina y el Caribe, Perspectivas para el Siglo XXI”, Panamá 11-15 de Octubre de 1999.
- VII Reunión de la Comisión de Defensa del Consumidor y del Usuario del Parlamento Latinoamericano- Parlatino, México D.F del 13 al 15 de Setiembre de 1999, revisión de temas de Seguridad Alimentaria y Regulaciones Técnicas.
- Proyecto de Ley Marco sobre Defensa del Consumidor y del Usuario, aprobado por la Comisión de Defensa del Consumidor y del Usuario del Parlamento Latinoamericano-Parlatino, como un Código de Referencia para los países latinos, en Guayaquil, Ecuador, el 6 de Junio de 1997
- Análisis Comparativo de las principales legislaciones sobre Protección del Consumidor en América Latina, elaborado por el Parlamento Latinoamericano –Parlatino, Caracas, Agosto de 1999.

Congreso de la República del Perú

- Diario de Debates de la Constitución Política del Perú de 1993, publicado por la Oficialía Mayor del Congreso de la República, 1998

JURISPRUDENCIA

Precedentes de Observancia Obligatoria del INDECOPI

Resoluciones :

Protección del Consumidor

085-96 TDC

095-96 TDC

101-96 TDC

102-96 TDC

277-97 TDC

422-2003 TDC, Nuevo Criterio sobre el concepto de Consumidor Final

Publicidad Comercial en Defensa del Consumidor

052-96 TDC

096-96 TDC

014-97 TDC

168-97 TDC

221-97 TDC

289-97 TDC

123-98 TDC

084-99 TDC

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional,

Resoluciones:

1626-2002 AA/TC

1006-2002 AA/TC

1036-2002 AA/TC

795-2002 AA/TC

0008-2003 AI/TC


Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Republica

Resolución :

1926-2001 SCSP/CS



ANEXOS



JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

PRECEDENTES DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA

ESTABLECIDOS POR LA SALA DE DEFENSA DE LA

COMPETENCIA DEL INDECOPI

JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

PRECEDENTES DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA ESTABLECIDOS POR LA SALA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DEL INDECOPI

PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

RESOLUCION N°085-96-TDC

EXPEDIENTE N°005-96-CPC

(Publicada el 30 de noviembre de 1996)

Denunciante:	Humberto Tori Fernández
Denunciado :	Kouros E.I.R.L.
Materia :	Protección al consumidor Producto defectuoso Carga de la prueba sobre el defecto Garantía implícita Valor probatorio de los ofrecimientos de conciliación Graduación de la sanción

Lima, 13 de noviembre de 1996.

PRECEDENTE:

a) De acuerdo a lo establecido en la primera parte del artículo 8 del Decreto Legislativo 716, se presume que todo proveedor ofrece como una garantía implícita, que el bien o servicio materia de la transacción comercial con el consumidor es idóneo para los fines y usos previsibles para los que normalmente se adquieren éstos en el mercado, según lo que esperaría un consumidor razonable, considerando las condiciones en las cuales los productos fueron adquiridos o los servicios contratados, lo que comprende el plazo de duración razonablemente previsible de los bienes vendidos. Sin embargo, si las condiciones y términos puestos en conocimiento del consumidor o que hubieran sido conocibles usando la diligencia ordinaria por parte de este, contenidos en los documentos, envases, boletas, recibos, garantías o demás instrumentos a través de los cuales se informa al consumidor excluyen o limitan de manera expresa los alcances de la garantía implícita, estas exclusiones o limitaciones serán oponibles a los consumidores.

b) La carga de la prueba sobre la idoneidad del producto corresponde al proveedor del mismo. Dicha prueba no implica necesariamente determinar con precisión el origen o causa real de un defecto, sino simplemente que éste no es atribuible a causas imputables a la fabricación, comercialización o manipuleo.

c) La voluntad conciliadora de las partes, manifestada a través de los ofrecimientos que se hacen en las audiencias de conciliación o fuera de ellas, no puede ser utilizada como medio probatorio de su responsabilidad, a no ser que los mencionados ofrecimientos contengan un reconocimiento expreso e indubitable de responsabilidad por parte de quien los formula.

RESOLUCION N° 095-96-TDC
EXPEDIENTE N° 202-96-C.P.C.

(Publicada el 18 de diciembre de 1996)

Denunciante:	Procedimiento seguido de Oficio
Denunciado :	Smithkline Beecham I.A.C. y Laboratorios Industriales Hersil S.A.
Materia :	Protección al consumidor Producto defectuoso Advertencias Retiro del mercado de productos riesgosos Clausura de establecimientos Graduación de la sanción

Lima, 11 de diciembre de 1996

PRECEDENTE:

"La razonabilidad de una advertencia, sea que esté referida a los riesgos y peligros que normalmente tienen ciertos productos (es decir las advertencias a las que alude el segundo párrafo del artículo 9 del Decreto Legislativo N° 716) o que esté referida a los riesgos y peligros no previstos que se detecten con posterioridad a la colocación de los productos en el mercado (es decir la obligación de advertir al consumidor contenida en la última parte del artículo 10 del Decreto Legislativo N° 716) debe ser analizada en relación a los siguientes elementos básicos:

a) **La advertencia debe ser difundida con la debida celeridad.** Se deben difundir las advertencias en un plazo prudencial de acuerdo con la gravedad del riesgo o peligro involucrado. Esto implica que, tratándose de un grave daño a la salud de los consumidores, las advertencias deben ser difundidas de inmediato, apenas existan indicios razonables para suponer la existencia del peligro.

b) **El uso de un encabezamiento o señal de advertencia adecuados al riesgo o peligro que se advierte.** El "título" con el que pretende llamar la atención del consumidor debe ser adecuado para que, sin alarmar innecesariamente, llame la atención lo suficientemente en relación a la magnitud del riesgo al segmento de la población afectada que busca advertirse y permita a los interesados identificar la importancia de la advertencia para ello.

c) **El tamaño y frecuencia de la advertencia deben ser adecuados.** Las dimensiones de la advertencia y la frecuencia con la que se hace (en el caso que la advertencia se haga por medios de comunicación) deben permitir razonablemente que se llegue a la mayoría de los consumidores afectados.

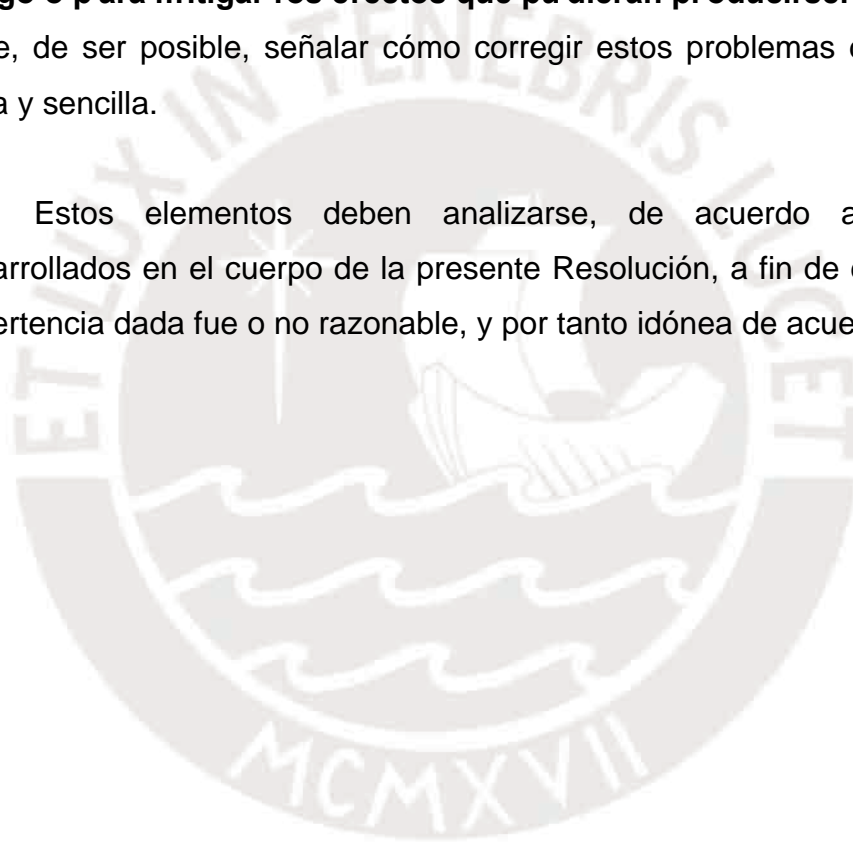
d) **Se debe especificar la naturaleza del riesgo o peligro que se advierte.** Esto implica señalar si estamos, por ejemplo, frente a un riesgo a la salud, o a la propiedad del consumidor, o simplemente pueden implicar la pérdida del producto adquirido. Por ejemplo, si un producto es tóxico si se bebe o dañino si se aplica sobre los ojos, debe indicarse tales efectos.

e) **Debe utilizarse un lenguaje accesible y entendible por un consumidor razonable.** Debe por tanto descartarse el uso de lenguaje excesivamente técnico o científico, utilizándose por el contrario términos que permitan al consumidor entender cuales son los riesgos o peligros que se le advierten.

f) **Se debe describir el nivel de certidumbre que rodea al riesgo o peligro previsible.** Si el riesgo es sólo potencial o no se tiene certeza absoluta del mismo, puede indicarse ello en el aviso, pudiendo en esos casos usarse expresiones condicionales. Por el contrario si se trata de un riesgo cierto y preciso, debe utilizarse un lenguaje que de a entender ello al consumidor.

g) **Deben explicarse las medidas que se deben adoptar para evitar el riesgo o para mitigar los efectos que pu dieran producirse.** La advertencia debe, de ser posible, señalar cómo corregir estos problemas de una manera clara y sencilla.

Estos elementos deben analizarse, de acuerdo a los criterios desarrollados en el cuerpo de la presente Resolución, a fin de determinar si la advertencia dada fue o no razonable, y por tanto idónea de acuerdo a la Ley."



RESOLUCION N° 101-96-TDC
EXPEDIENTE N° 102-95-C.P.C.

(Publicada el 01 de enero de 1997)

Denunciante:	Cheenyi E.I.R.L.
Denunciado :	Kónica S.A.
Materia :	Protección al consumidor Definición de consumidor o usuario

Lima, 18 de diciembre de 1996

PRECEDENTE:

"Se considera como consumidor o usuario, de acuerdo a lo establecido en el inciso a) del artículo 3º del Decreto Legislativo N° 716, a la persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta un producto o un servicio para fines personales, familiares o de su entorno social inmediato. No se consideran por tanto consumidores y usuarios para efectos de la Ley a los proveedores cuando adquieren, utilizan o disfrutan de un bien o servicio para fines propios de su actividad como tales, según las definiciones contenidas en los artículos 1º y 3º inciso b) del mencionado cuerpo legal. En tal sentido, las denuncias que tengan por pretensión la protección de intereses de quienes no puedan ser consideradas consumidores o usuarios, deberán ser declaradas improcedentes."

RESOLUCION N° 102-97-TDC
EXPEDIENTE N° 327-96-C.P.C.

(Publicada el 25 de abril de 1997)

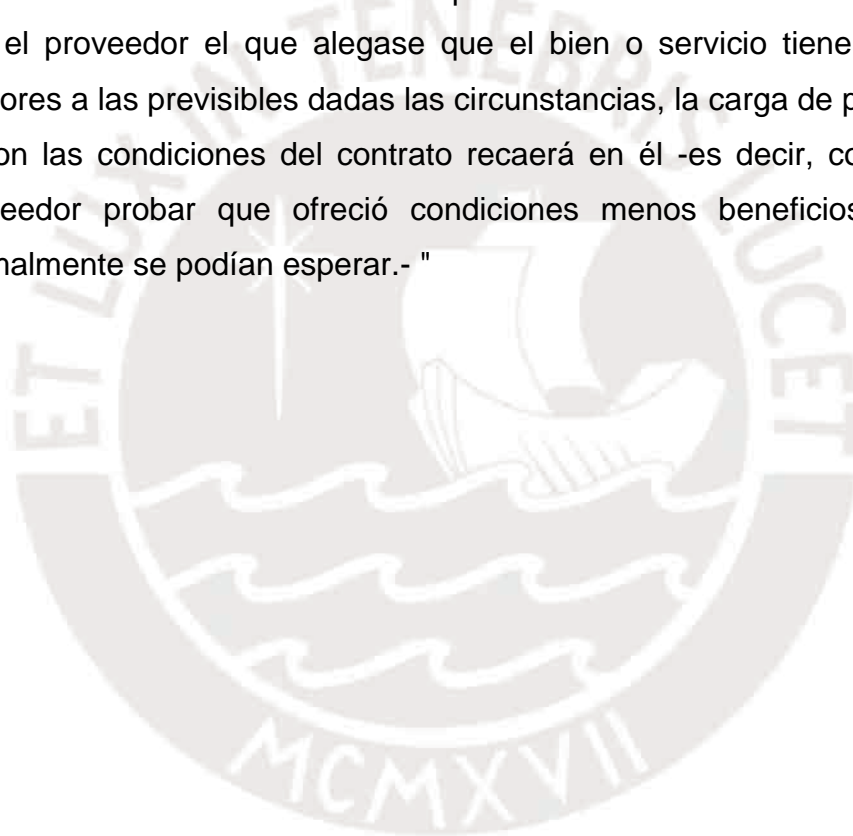
Denunciante:	Liliana Carbonel Cavero
Denunciado :	Finantour S.R.L.
Materia :	Derecho a la información Carga de la prueba Idoneidad del bien o servicio

Lima, 16 de abril de 1997

PRECEDENTE:

1. Los proveedores tienen la obligación de poner a disposición de los consumidores toda la información relevante respecto a los términos y condiciones de los productos o servicios ofrecidos, de manera tal que aquélla pueda ser conocida o conocible por un consumidor razonable usando su diligencia ordinaria. Para determinar qué prestaciones y características se incorporan a los términos y condiciones de una operación en caso de silencio de las partes o en caso de que no existan otros elementos de prueba que demuestren qué es lo que las partes acordaron realmente, se acudirá a las costumbres y usos comerciales, a las circunstancias que rodean la adquisición y a otros elementos que se consideren relevantes. En lo no previsto, se considerará que las partes acordaron que el bien o servicio resulta idóneo para los fines ordinarios por los cuales éstos suelen adquirirse o contratarse según el nivel de expectativa que tendría un consumidor razonable.

2. La prueba de la existencia de una condición distinta a la normalmente previsible por un consumidor razonable dadas las circunstancias, corresponderá al beneficiado por dicha condición en la relación contractual. De esta manera, en caso que el consumidor alegue que el bien o servicio debe tener características superiores a las normalmente previsible dadas las circunstancias, la carga de la prueba de dicha característica recaerá sobre aquél -es decir, corresponderá al consumidor probar que se le ofreció una promoción adicional o que se le ofrecieron características adicionales o extraordinarias a las normalmente previsible-. Por el contrario, en caso que sea el proveedor el que alegase que el bien o servicio tiene características menores a las previsible dadas las circunstancias, la carga de probar que tales fueron las condiciones del contrato recaerá en él -es decir, corresponderá al proveedor probar que ofreció condiciones menos beneficiosas a las que normalmente se podían esperar.- "



RESOLUCION N° 0277-1999/TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 217-1997-C.P.C.

(Publicada el 02 de setiembre de 1999)

Denunciante:	Shirley Sánchez Cama
Denunciado :	Juan Edgardo Cantuarias Pacheco y Corporación José R. Lindley S.A.
Materia :	Competencia de la comisión Idoneidad del producto Producto riesgoso Graduación de la sanción
Actividad:	Comercio al por menor Elaboración de bebidas no alcohólicas

SUMILLA: Se confirma en parte la Resolución N° 092-99-CPC del 24 de marzo de 1999 emitida por la Comisión de Protección al Consumidor que declaró fundada la denuncia interpuesta por la señora Shirley Sánchez Cama contra el señor Juan Edgardo Cantuarias Pacheco y la Corporación José R. Lindley S.A. y sancionó al primero de los nombrados con una advertencia y a la segunda con una multa de 0,1 UIT, reformándola en el monto de la multa impuesta a Corporación José R. Lindley S.A., la misma que se gradúa quedando fijada en una (1) UIT. Ello, porque la empresa puso en el mercado un producto que no cumplía con las condiciones de idoneidad para el consumo humano.

Asimismo, se confirma el precedente de observancia obligatoria establecido por la Comisión de Protección al Consumidor, referido a la competencia de ésta para conocer de los procesos sobre presuntas infracciones al Decreto Legislativo N° 716 que pudieran presentarse en todos los sectores de consumo, salvo que exista excepción expresa contenida en una ley o norma de igual jerarquía.

Sanción: una (1) UIT

Lima, 18 de agosto de 1999

PRECEDENTE:

"Todos los proveedores en territorio nacional se encuentran sujetos al ámbito de aplicación subjetivo del Decreto Legislativo N° 716 - Ley de Protección al Consumidor -, conforme a lo señalado en el artículo 1 de dicha ley. Por otra parte, la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI es el órgano administrativo competente, a nivel nacional, para conocer los procesos referidos a las presuntas infracciones al Decreto Legislativo N° 716 que puedan presentarse en todos los sectores de consumo, salvo la excepción establecida en norma expresa de rango legal, conforme a lo dispuesto en el artículo 46 de dicho cuerpo legal.

Por excepción establecida en norma expresa de rango legal, únicamente pueden entenderse aquellas disposiciones contenidas en leyes, u otras normas de igual jerarquía, que señalen que una entidad administrativa, distinta a la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI, será competente para sancionar las presuntas infracciones al Decreto Legislativo N° 716 que puedan cometerse en las relaciones de consumo que se presenten en un sector específico."

PUBLICIDAD COMERCIAL

RESOLUCIÓN N° 052-96-TRI-SDC

EXPEDIENTE N°187-95.CCD

(Publicada el 03 de octubre de 1996)

Denunciante :	Procedimiento seguido De Oficio
Denunciados:	Liofilizadora del Pacífico S.R.Ltda., Omniagro S.A. y Cuarzo Publicidad
Materia :	Publicidad en defensa del consumidor Infracción al principio de veracidad Aviso rectificatorio Publicidad alimentos Publicidad medicinas Análisis superficial del anuncio

Lima, 18 de setiembre de 1996.

PRECEDENTE:

a) En el extremo que, interpretando el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 691, establece que el término "análisis superficial" no debe entenderse como un análisis descuidado o irresponsable, sino, por el contrario, como el reflejo del hecho de que el consumidor no hace un análisis exhaustivo y profundo del anuncio, no siendo exigible un análisis experto y detallado del mismo. Así, los anuncios deberán ser juzgados atendiendo a

su contenido y al significado que el consumidor les atribuiría, al sentido común y usual de las palabras, frases y oraciones, y lo que éstas sugieren o afirman sin tener que recurrir a interpretaciones alambicadas, complejas o forzadas prefiriéndose de varias interpretaciones posibles, aquella que surge más naturalmente a los ojos del consumidor. Esto debe hacerse sin dejar de considerar que el consumidor asume, frente al anuncio publicitario, una posición prudente antes que ingenua al considerar las expresiones en él contenidas como testimonio de parte de quien pretende inducirlo a consumir un bien o servicio, siendo válida la exageración publicitaria siempre que no vulnere el principio de buena fe comercial.

b) Al momento de ordenar la publicación de un anuncio rectificatorio debe evaluarse, además del potencial efecto residual que la campaña haya podido dejar en la mente de los consumidores, los eventuales efectos nocivos que el propio aviso rectificatorio generará en el mercado, de acuerdo con el mismo criterio de apreciación superficial establecido en el segundo párrafo del artículo 2 del Decreto Legislativo N°691, aplicado según la interpretación establecida en el inciso a) de este precedente, y teniendo en cuenta, adicionalmente, que el consumidor recibirá el mensaje del aviso rectificatorio no como una opinión interesada de parte sino como la de una autoridad independiente y competente como es INDECOPI.

RESOLUCION N° 096-96-TDC

EXPEDIENTE N° 089-96-C.C.D.

(Publicada el 23 de diciembre de 1996)

Denunciante:	Productos Rema S.A.
Denunciado :	Luz del Sur S.A.
Materia :	Publicidad en defensa del consumidor Publicidad comercial Denigración Graduación de la sanción

Lima, 11 de diciembre de 1996

PRECEDENTE:

“Para efectos de lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 691 y sus normas reglamentarias, constituye publicidad comercial cualquier forma de comunicación pública que tenga por finalidad o como efecto fomentar, directa o indirectamente, la adquisición de bienes o la contratación de servicios, captando o desviando, las preferencias de los consumidores. No constituye publicidad comercial la propaganda política y la publicidad institucional, entendida esta última como aquella que tiene por finalidad promover conductas de relevancia social, tales como el ahorro de energía eléctrica, la preservación del medio ambiente, el pago de impuestos, entre otras.”

RESOLUCION N° 014-97-TDC

EXPEDIENTE N° 039-96-C.P.D.

(Publicada el 31 de enero de 1997)

Denunciantes:	Consortio de Alimentos Fabril Pacífico S.A. y Nicolini Hermanos S.A.
Denunciados :	Compañía Transcontinental del Perú S.A. y Publicistas / Imaa Inc. de Publicidad S.A.
Materia :	Publicidad comparativa engañosa Responsabilidad solidaria de la agencia de publicidad Aplicación de sanciones en el tiempo Publicidad rectificatoria Graduación de la sanción

Lima, 17 de enero de 1997

PRECEDENTE:

"a) Para la aplicación del principio de veracidad contenido en el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 691, debe distinguirse en qué casos una afirmación queda sujeta a la obligación del anunciante de probar su veracidad conforme a lo dispuesto en el artículo 15 del mencionado Decreto Legislativo y en qué casos no existe tal obligación. Ello depende de cómo es percibida una afirmación por un consumidor razonable. Las afirmaciones que, por la forma como han sido formuladas, contienen información que puede ser considerada como objetivamente verificable por un consumidor en los términos expuestos, están sujetas al principio de veracidad. Por el contrario, las afirmaciones que son percibidas por el consumidor como opiniones subjetivas y, por tanto, no verificables, no están sujetas a comprobación.

b) Cuando se comete una infracción continuada en el tiempo, es decir cuando varias violaciones a las leyes cuya aplicación corresponde a un órgano funcional del INDECOPI hubieran sido cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos con actos ejecutivos de una misma resolución para cometer la infracción, ésta será considerada como una sola infracción y se impondrá la sanción correspondiente a la más grave."



RESOLUCIÓN N°168-97-TDC

EXPEDIENTE N°163-96-CCD

(Publicada el 29 de julio de 1997)

Denunciante:	Procter & Gamble del Perú S.A. (Procter & Gamble)
Denunciado :	Productos Sanitarios Sancela del Perú S.A. (Productos Sancela)
Materia :	Publicidad comparativa Publicidad denigratoria Principio de veracidad

Sumilla: Se confirma la Resolución N° 012-97-CCD del 18 de marzo de 1997, que declara infundada la denuncia interpuesta por Procter & Gamble del Perú S.A., contra Productos Sanitarios Sancela S.A., ampliándola en el extremo referido a los artículos 4 y 7 del Decreto Legislativo N°691- Normas de Publicidad en Defensa del Consumidor- por considerar que el anuncio "camerino" no infringe las normas generales de publicidad, toda vez que las afirmaciones difundidas en dicho anuncio constituyen apreciaciones subjetivas del anunciante y, en tal sentido, no inducen a error al consumidor.

Asimismo, se aprueba el precedente de observancia obligatoria que precisa los alcances del concepto de publicidad comparativa y las reglas que se aplican a la misma.

Lima, 2 de julio de 1997

PRECEDENTE:

1. "De acuerdo a lo establecido en el primer párrafo del artículo 8 del Decreto Legislativo N° 691, es lícito hacer comparaciones expresas de

productos en la publicidad. Esta modalidad denominada publicidad comparativa se caracteriza particularmente por ser específica, objetiva y brindar una apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados. Asimismo, las comparaciones expresas de productos deben cumplir con los requisitos exigidos a toda publicidad comercial, es decir: no deben infringir el principio de veracidad, contenido en el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 691, engañando por implicancia u omisión-; ni deben infringir el principio de lealtad, contenido en el artículo 7 del Decreto Legislativo N° 691, induciendo a los consumidores a confusión o denigrando a los competidores.

2. No constituyen publicidad comparativa aquellos anuncios en donde la confrontación entre productos o servicios no se realiza de manera específica, objetiva y no brinda una apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados. Estos tipos de anuncios constituyen publicidad comercial común y, en tal sentido, se rigen por las normas generales contenidas en el Decreto Legislativo N° 691."

RESOLUCION N° 221-97-TDC

EXPEDIENTE N°015-97-CCD

(Publicada el 20 de noviembre de 1997)

Denunciante:	Procedimiento seguido De Oficio
Denunciado :	Compañía Real Holandesa de Aviación - KLM (KLM)
Materia :	Publicidad de precios
Actividad :	Transporte por vía aérea

Sumilla: Se confirma en parte la Resolución N° 027-97-C.C.D. de fecha 17 de junio de 1997 emitida por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal que declaró fundada la denuncia de oficio contra Compañía Real Holandesa de Aviación -KLM- por infringir el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 691 y el artículo 12 del Decreto Supremo N° 20-94-ITINCI al no incluir dentro del monto mostrado como precio de sus pasajes aéreos el Impuesto General a las Ventas, reformándola en el extremo de la multa impuesta de 12 Unidades Impositivas Tributarias (UIT) cambiándola por amonestación.

Adicionalmente, se dispone que la presente resolución constituye precedente de observancia obligatoria respecto a los criterios a utilizarse para establecer el cumplimiento de la obligación de incluir dentro del monto anunciado como precio del bien ofertado, todo desembolso que efectuaría un consumidor en caso de adquirir dicho bien.

Lima, 3 de setiembre de 1997.

PRECEDENTE:

"La expresión "monto anunciado como precio" se refiere a aquella cantidad que es mostrada en un anuncio de tal manera que lleva al consumidor a determinar, a simple vista, clara e indubitadamente, cuál es el desembolso total que tendría que hacer para adquirir el producto o contratar el servicio ofertado.

En ese sentido, dependiendo como esté estructurado un anuncio, cuando se muestre un monto determinado de forma destacada o de manera tal que diera a entender que constituye el precio del producto o servicio ofertado, dicho monto tiene que incluir necesariamente todo desembolso que se le vaya a exigir al consumidor en caso deseara adquirir el bien anunciado.

Ello no lleva a interpretar que el anunciante no pueda mostrar además otras cantidades o montos distintos al precio del bien ofertado. Dichas cantidades constituyen, información adicional a la exigida legalmente que está permitida y que incluso podría ser de utilidad a cierto tipo de consumidores. Sin embargo, el precio del bien debe ser expresado en forma más destacada que las cantidades o montos mostrados en un anuncio de manera adicional.

Cuando se dice "en forma más destacada" la Sala se refiere ya sea al tamaño de la letra, ubicación en el anuncio, color o tipo de letra, el volumen de voz con el que se anuncia, o la conjunción de dos o más de los elementos señalados o cualquier otro análogo.

En caso un anuncio incumpla con lo señalado anteriormente, será ilícito, independientemente del análisis sobre la posibilidad de que pueda inducir o no a error al consumidor o generar daños a los demás competidores."

RESOLUCION N° 289-97-TDC

EXPEDIENTE N° 043-97-CCD

(Publicada el 27 de diciembre de 1997)

Denunciante:	Procedimiento seguido De Oficio
Denunciado :	Editorial Letras e Imágenes S.A. (Letras e Imágenes)
Materia :	Publicidad comercial Publicidad encubierta Graduación de la sanción
Actividad :	Edición de periódicos y revistas

SUMILLA: Se confirma en parte la Resolución N° 029-97-CCD de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, en el extremo que declaró fundada la denuncia seguida de oficio contra Editorial Letras e Imágenes S.A. por la infracción del artículo 6 del Decreto Legislativo N°691 y ordenó el cese definitivo de la difusión de publicidad encubierta en la revista Cosas, en tanto no se distinga adecuadamente este tipo de publicidad respecto de las notas periodísticas, mediante la inclusión de las frases "publireportaje" o "anuncio contratado" en el texto de tales anuncios. Asimismo, se modifica dicha resolución en cuanto a la sanción impuesta por la Comisión, la misma que se reduce de 10 (diez) UIT a 1 (una) UIT.

Finalmente, se establece como precedente de observancia obligatoria los criterios que deberán tenerse en cuenta para identificar aquellos supuestos que constituyen publicidad encubierta, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 691.

Lima, 5 de diciembre de 1997.

PRECEDENTE:

"Para identificar aquellos casos en que la apariencia de la información publicitaria difundida por el medio de comunicación puede inducir a los consumidores a creer que se trata de una nota periodística, programa radial o televisivo, entrevista o reportaje de carácter imparcial, capaz de influir en su percepción y alterar así el efecto persuasivo del anuncio, debe tenerse en cuenta los siguientes elementos de juicio:

a) La publicidad encubierta se presenta de modo tal que un consumidor razonable no podría identificar fácilmente su verdadero carácter:

Es decir que la presunta publicidad encubierta debe encontrarse ubicada en las páginas, columnas o espacios informativos característicos del medio de comunicación. Asimismo, debe contar con similar formato, diseño, caracteres tipográficos, estructura y/o extensión que las notas periodísticas, programas radiales o televisivos, reportajes o entrevistas características del medio de comunicación.

b) El efecto persuasivo de la publicidad encubierta difiere de aquél que se produciría si la misma información fuese presentada abiertamente como un anuncio publicitario:

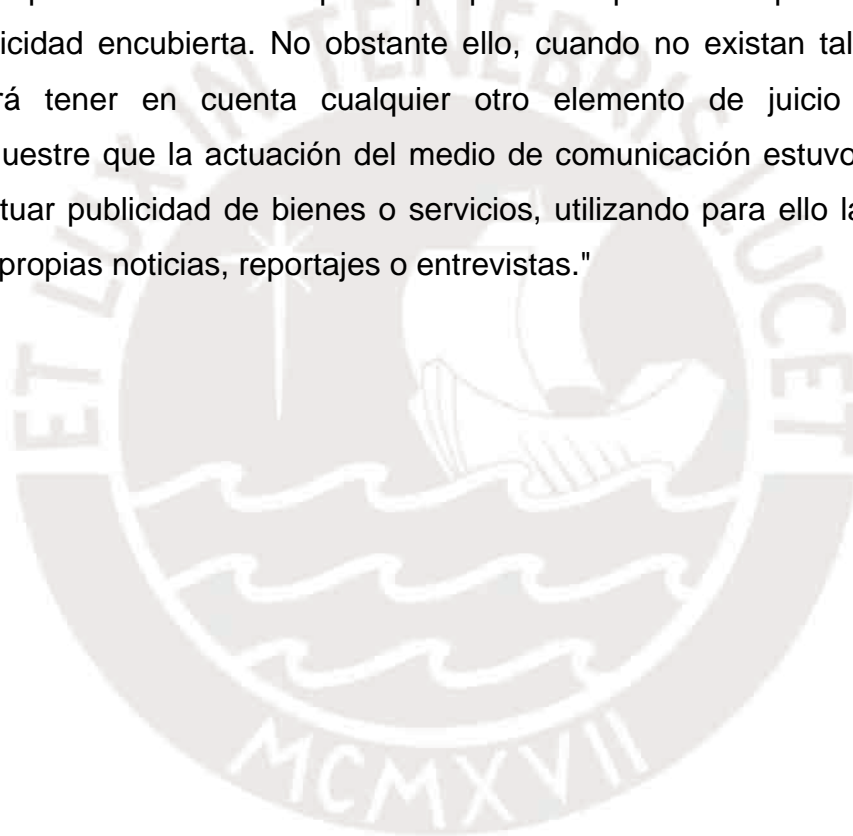
En este punto, el análisis que efectúe la autoridad, en cada caso, deberá partir de una comparación abstracta entre el efecto persuasivo que tendría la misma información, ya sea que fuese difundida como un anuncio publicitario o como una nota periodística. De este modo, no serán aplicables las disposiciones sobre publicidad encubierta si, una vez efectuado dicho análisis, se llegara a la conclusión de que la información difundida no tendrá un efecto persuasivo substancialmente distinto, en uno u otro caso.

Debe cuidarse, sin embargo, algunos aspectos que podrían generar el abuso de este tipo de publicaciones. Si la noticia publicada como tal llevara

opiniones o calificativos que pudiesen modificar su efecto persuasivo, dependiendo de quién provienen, la autoridad deberá ser más cautelosa.

c) Necesidad de que exista un pago o cualquier otra prueba que acredite la intención del medio de efectuar publicidad encubierta.

El elemento de juicio de mayor importancia para determinar la intencionalidad del medio de comunicación será la existencia de un pago o contraprestación de cualquier tipo por el espacio en que fue difundida la publicidad encubierta. No obstante ello, cuando no existan tales pruebas, se podrá tener en cuenta cualquier otro elemento de juicio relevante que demuestre que la actuación del medio de comunicación estuvo encaminada a efectuar publicidad de bienes o servicios, utilizando para ello la apariencia de sus propias noticias, reportajes o entrevistas."



RESOLUCION N° 0123-1998/TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 98-97-CCD

(Publicada el 12 de junio de 1998)

Denunciante:	Procedimiento seguido De Oficio
Denunciado :	Banco Sudamericano (El Banco)
Materia :	Publicidad Principio de veracidad
Actividad :	Intermediación financiera

SUMILLA: Se confirma en parte la Resolución N° 064-97-CCD emitida por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal el 25 de noviembre de 1997, en el extremo en que declaró infundada la denuncia seguida de oficio contra el Banco Sudamericano S.A. por considerar que la afirmación "...12.9%, EFECTIVAMENTE la tasa HIPOTECARIA en dólares más baja del mercado..." no infringía el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 691. Asimismo, se confirma el precedente de observancia obligatoria aprobado por la Comisión en primera instancia, con las modificaciones introducidas en la presente resolución, el cual contiene los criterios que deberán tener en cuenta las entidades del sistema financiero al anunciar las tasas de interés de los créditos hipotecarios y de consumo que ofrecen al público.

Finalmente, se modifica la resolución apelada en el extremo en que declaró fundada la denuncia y dispuso amonestar al Banco por omitir consignar en sus anuncios todos los costos que deberían asumir los consumidores para la contratación de los préstamos anunciados. Sobre el particular, la Sala estableció que en este caso el Banco no había infringido el segundo párrafo del artículo 4 del Decreto Legislativo N° 691, toda vez que los conceptos que omitió incluir en sus anuncios, en uno de los casos, no era obligatorio para la contratación del préstamo y, en el otro, si bien era obligatorio, podía ser contratado en la entidad que el consumidor eligiera, por lo que su costo

dependería de la elección que efectuara el consumidor, no siendo posible incluir su valor en el anuncio.

Lima, 8 de mayo de 1998

PRECEDENTE:

"Conforme a lo establecido por el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 691, en los anuncios difundidos por las empresas del sistema financiero nacional, en los que se hiciera referencia a la tasa de interés activa o cualquier otro costo correspondiente al servicio de crédito de consumo e hipotecario que ofrecen, deben consignarse todos los costos que deba asumir el consumidor por la contratación del referido servicio.

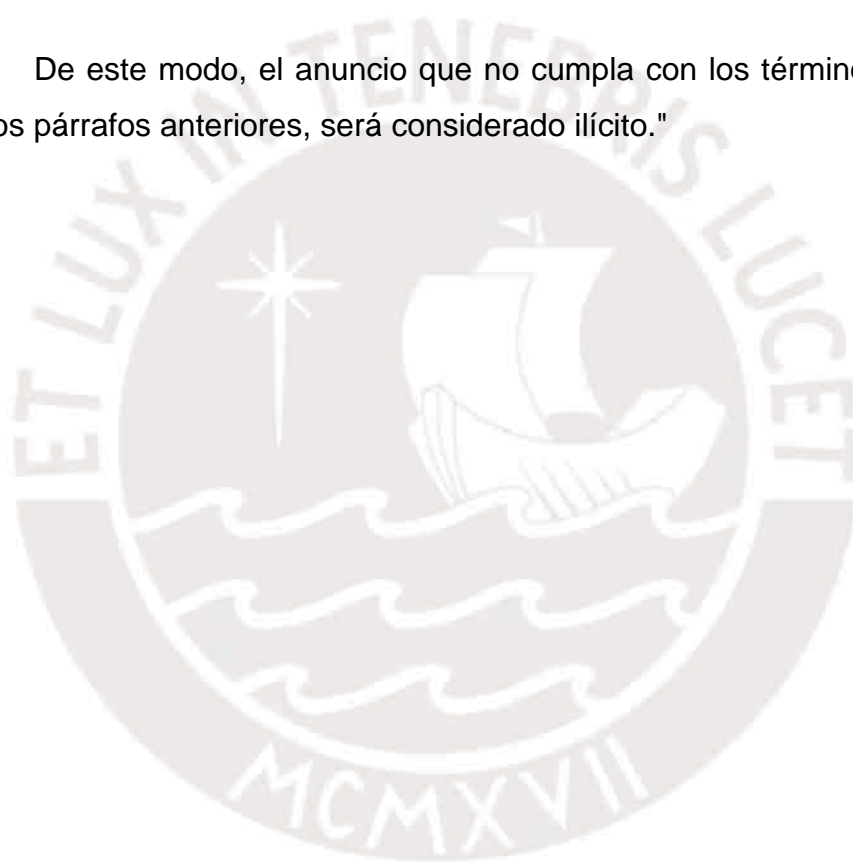
Los costos que son parte del precio total correspondiente al servicio de crédito de consumo o hipotecario deberán ser consignados en el anuncio de tal manera que un consumidor razonable pueda determinar, mediante un análisis superficial del anuncio, clara e indubitablemente, cuál es el desembolso total que tendría que hacer para contratar el servicio.

En este sentido, además de señalarse el monto correspondiente a la tasa de interés activa, deberá consignarse en el anuncio expresamente todo costo adicional que deba pagar el consumidor por el servicio de crédito mediante un pago único o periódico.

Los montos correspondientes a los referidos costos, deberán ser expresados, atendiendo a su naturaleza, como una cantidad fija, un valor porcentual, una cantidad mínima, un rango de cantidades o cualquier otra forma que pueda ser comprendida por un consumidor razonable mediante un análisis superficial del anuncio, según las circunstancias.

En los casos de costos correspondientes a prestaciones opcionales o que no pueden ser determinados cuantitativamente por el anunciante, ya que dependen de la elección que realice el consumidor, bastará con que se indique que la tasa de interés anunciada no incluye dichos costos. Es necesario que en estos casos, los costos no determinados cuantitativamente no afecten la esencia y características de la oferta anunciada, según lo que se desprende de la lectura del anuncio y conforme a los usos y costumbres del mercado, de tal forma que los beneficios ofrecidos a los consumidores sigan siendo tales.

De este modo, el anuncio que no cumpla con los términos establecidos en los párrafos anteriores, será considerado ilícito."



RESOLUCIÓN N° 0084-1999/TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 026-1998-CCD

(Publicada el 15 de marzo de 1999)

Denunciantes:	Asociación Nacional de Laboratorios Farmacéuticos ALAFARPE y Otros
Denunciado :	Colfarma Perú S.A.
Materia :	Publicidad Publicidad de medicamentos Publicidad comparativa Principio de legalidad
Actividad :	Fabricación de productos farmacéuticos

SUMILLA: Se confirma la Resolución N° 072-1998/CCD-INDECOPI de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal que declaró infundada la denuncia interpuesta por la Asociación Nacional de Laboratorios Farmacéuticos y otros contra Colfarma S.A. por presuntas infracciones a la normativa publicitaria vigente, las cuales habrían sido cometidas mediante la difusión de un folleto denominado "Microvademecum" que promocionaba diversos medicamentos haciendo alusión a productos similares identificados con marcas de titularidad de las denunciantes. En este caso la comparación de dichos productos era lícita, toda vez que éstos eran química y farmacológicamente equivalentes. De otro lado, no se acreditó que la denunciada hubiera efectuado publicidad al alcance del público en general de productos de venta bajo receta médica.

Asimismo, se aprueba como precedente de observancia obligatoria el criterio de interpretación según el cual, de conformidad con las disposiciones contenidas en los artículos 26 y 33 de la Ley General de Salud, es lícito efectuar publicidad de medicamentos genéricos haciendo alusión a los

productos química y farmacológicamente equivalentes que se distribuyen en el mercado.

Lima, 10 de marzo de 1999.

PRECEDENTE:

"De conformidad con lo establecido en los artículos 26 y 33 de la Ley General de Salud, debe entenderse que es lícito efectuar publicidad de medicamentos genéricos haciendo alusión a los productos química y farmacológicamente equivalentes que se distribuyen en el mercado".



**NUEVO PRECEDENTE DE OBSERVANCIA
OBLIGATORIA QUE SUSTITUYE EL PRECEDENTE
ESTABLECIDO POR RESOLUCIÓN 101-96 TDC
INDECOPI SOBRE EL CONCEPTO DE CONSUMIDOR
FINAL**

Resolución 422-2003 TDC

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR
(LA COMISIÓN)

DENUNCIANTE : REYNALDO MOQUILLAZA S.R.L. (MOQUILLAZA)

DENUNCIADO : MILNE & CO. S.A. (MILNE)

MATERIA : PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR
NOCIÓN DE CONSUMIDOR
IDONEIDAD
DERECHO A LA INFORMACIÓN
GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN
MEDIDAS CORRECTIVAS
PRECEDENTE DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA
PUBLICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN

ACTIVIDAD : VENTA AL POR MENOR DE VEHÍCULOS
AUTOMOTORES

SUMILLA: en el procedimiento sobre infracción a las normas de protección al consumidor iniciado por Reynaldo Moquillaza S.R.L. contra Milne & Co. S.A., la Sala ha resuelto lo siguiente:

(i) confirmar la Resolución N° 294-2002-CPC, en todos sus extremos;

(ii) de conformidad con lo establecido en el artículo 43 del Decreto Legislativo N° 807, declarar que la presente resolución constituye precedente de observancia obligatoria en la aplicación del siguiente principio:

1. De conformidad con lo establecido en la Constitución Política del Perú y en el Decreto Legislativo N° 716, la Protección al Consumidor es un instrumento de superación de la desigualdad informativa existente entre proveedores y consumidores.
2. Se considera como consumidor, de conformidad con lo establecido en el literal a) del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 716, a la persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta un producto, ya sea un bien o un servicio, para fines personales, familiares o de su entorno social inmediato.
3. Las personas naturales y jurídicas pertenecientes a la categoría profesional de los pequeños empresarios son también sujetos afectados por la desigualdad informativa en la relación de consumo y, por tanto, son considerados como consumidores para efectos de la Ley de Protección al Consumidor cuando debido a las necesidades de su actividad empresarial adquieran o utilicen productos, ya sean bienes o servicios, para cuya adquisición o uso no fuera previsible que debieran contar con conocimientos especializados equiparables a aquellos de los proveedores.

Ello debido a que, se ha acreditado la existencia de un desperfecto en el vehículo adquirido por Reynaldo Moquillaza S.R.L., el cual no fue solucionado por el servicio técnico de Milne & Co. S.A. en su oportunidad, a pesar de haberse internado el vehículo en los talleres de Milne & Co. S.A. en ejecución de la garantía vigente en aquel momento.

SANCIÓN: 1 UIT

I. ANTECEDENTES

El 6 de julio de 2001, Moquillaza denunció a Milne por presunta infracción a la Ley de Protección al Consumidor, solicitando a la Comisión que ordenara a Milne, como medida correctiva, el cambio de la camioneta o la devolución del precio pagado por la misma.

En su denuncia, Moquillaza señaló lo siguiente:

- (i) en febrero de 2001 adquirió de Milne un vehículo marca Ford, modelo Explorer 4x4 Eddie Bauer 2000 por el monto de US\$ 50 000,00;
- (ii) el mismo día en que le fue entregado el vehículo, éste empezó a presentar ruidos dentro de la carrocería al transitar por imperfecciones de la pista; y,
- (iii) pese a haber internado su vehículo en múltiples oportunidades en los talleres de Milne, el desperfecto no fue reparado.

Mediante Proveído N° 1 del 10 de julio de 2001, la Secretaría Técnica de la Comisión requirió a Moquillaza que cumpliera con señalar: (i) si debía entenderse que la denuncia había sido interpuesta por el señor Reynaldo Moquillaza Orellana como persona natural o en representación de la empresa Reynaldo Moquillaza S.R.L.; y, (ii) si el vehículo adquirido era utilizado para fines personales o de su entorno social inmediato, para fines propios de su actividad económica o para ambos fines indistintamente.

El 16 de julio de 2001, Moquillaza señaló que la denuncia había sido interpuesta por el señor Reynaldo Moquillaza Orellana en representación de la empresa Reynaldo Moquillaza S.R.L. y que el vehículo adquirido a Milne era utilizado para fines propios de la actividad económica de la firma y para fines personales, esto último fuera del horario de trabajo.²¹³

²¹³ A fojas 19 del expediente.

Mediante Proveído N° 2 del 19 de julio de 2001, la denuncia fue admitida a trámite y se citó a las partes a audiencia de conciliación a realizarse el 6 de agosto de 2001. La referida audiencia se llevó a cabo con la asistencia de ambas partes, acordándose (i) esperar hasta fines del mes de agosto de 2001 para que se realice la verificación del estado de la camioneta con la presencia del gerente de servicios de Ford Motor a nivel regional; y, (ii) volver a reunirse en una nueva audiencia de conciliación el 3 de septiembre de 2001.

El 27 de julio de 2001, Milne se apersonó al procedimiento manifestando que los hechos indicados por Moquillaza habían sido inspeccionados en varias oportunidades en sus instalaciones en coordinación con la casa matriz Ford, habiéndose llegado a la conclusión de que el vehículo se comportaba de acuerdo a las especificaciones del fabricante, al igual que otros vehículos nuevos de la misma marca y modelo.

El 6 de septiembre de 2001, con la participación de la Secretaría Técnica de la Comisión y de Moquillaza, se realizó una diligencia de verificación en el vehículo materia de denuncia.

El 16 de octubre de 2001, Milne manifestó que los resultados de la diligencia de verificación efectuada el 6 de septiembre de 2001 indicaban que el vehículo materia de denuncia se había comportado de manera normal y que los ruidos fuertes únicamente se producían al momento de pasar por baches de tamaño considerable. Dichos ruidos se producirían debido a la configuración del vehículo y no por tener un defecto en alguno de sus componentes. Asimismo, Milne solicitó que se realizara una diligencia similar con otro vehículo de características iguales a aquellas del objeto de denuncia, a fin de comprobar que los sonidos emitidos por el vehículo eran propios del modelo.

El 7 de noviembre de 2001, con la participación de ambas partes y de la Secretaría Técnica de la Comisión, se realizó una diligencia de verificación en un vehículo de similares características a las de aquel objeto de denuncia.

Mediante Proveído N° 11 del 19 de febrero de 2002, se designó al Servicio Nacional de Adiestramiento en Trabajo Industrial - Senati como encargado de la realización de una pericia al vehículo materia de denuncia, la cual se realizaría el 26 de febrero de 2002. Asimismo, se indicó que el costo del peritaje sería asumido por la parte vencida en el procedimiento.

El 22 de marzo de 2002, el Senati hizo llegar a la Comisión el Informe Técnico sobre el diagnóstico del estado de la camioneta Ford Eddie Bauer 4x4 gasolinera año 2002.²¹⁴

El 24 de abril de 2002, la Comisión emitió la Resolución N° 294-2002-CPC, mediante la cual: i) declaró fundada la denuncia por infracción al artículo 8 de la Ley de Protección al Consumidor; ii) declaró fundada la denuncia por infracción a los artículos 5 inciso b) y 15 de la Ley de Protección al Consumidor; iii) ordenó a Milne que, en un plazo no mayor a quince (15) días hábiles contados a partir de la recepción de la resolución, cumpliera con reparar la suspensión del vehículo materia de denuncia, de modo que no presente los ruidos en la carrocería del mismo y, en caso que dicha reparación no pudiera ser realizada, que entregue a Moquillaza un vehículo igual al que esta empresa adquirió. De no ser posible ello, Milne deberá cumplir con devolver a Moquillaza el monto pagado por la camioneta materia de denuncia; iv) sancionó a Milne con una multa de una (1) Unidad Impositiva Tributaria; y, v) ordenó a Milne que asumiera el costo de la pericia realizada por el Senati.

El 20 de junio de 2002, Milne interpuso recurso de apelación en contra de la Resolución N° 294-2002-CPC. En su escrito de apelación, Milne alegó que la denuncia debió haber sido declarada improcedente ya que Moquillaza

²¹⁴ A fojas 81-88 del expediente.

no podía ser considerada como consumidora para efectos de la aplicación de la Ley de Protección al Consumidor. Adicionalmente a ello, Milne reiteró los argumentos vertidos durante la tramitación del procedimiento en primera instancia.

Mediante Resolución N° 1 del 28 de junio de 2002, la Comisión concedió el recurso de apelación interpuesto por Milne. El 24 de julio de 2002, el expediente fue elevado a esta Sala.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

- (i) Determinar si Moquillaza califica como consumidor para efectos de la aplicación de la Ley de Protección al Consumidor.
- (ii) Determinar, en caso Moquillaza calificara como consumidor, si el vehículo vendido a Moquillaza por Milne era idóneo en el sentido de lo dispuesto por el artículo 8 de la Ley de Protección al Consumidor.
- (iii) Determinar si Milne infringió el derecho a la información de Moquillaza.
- (iv) Graduar la sanción.
- (v) Determinar si corresponde imponer medidas correctivas.
- (vi) Determinar si corresponde ordenar a Milne que asuma los costos del peritaje realizado.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1. Noción de consumidor para efectos de la aplicación de la Ley de Protección al Consumidor

En su recurso de apelación, Milne señaló que la denuncia debió haber sido declarada improcedente ya que Moquillaza no podía ser considerada como un consumidor para efectos de la aplicación de la Ley de Protección al Consumidor.

Al respecto, la noción de consumidor para efectos de la aplicación de la Ley de Protección al Consumidor debe ser extraída del artículo 65 de la Constitución Política del Perú, que establece el principio de defensa de los consumidores y usuarios, y del literal a) del artículo 3 de la Ley de Protección al Consumidor²¹⁵, que define en términos amplios el término "consumidor".

Puede observarse que, en el ordenamiento nacional, la protección al consumidor goza de reconocimiento en el ámbito constitucional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65 de la Constitución Política del Perú, cuyo texto es el siguiente:

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

El artículo arriba citado garantiza tres derechos de los consumidores: i) derecho a la información; ii) derecho a la salud; y, iii) derecho a la seguridad. Estos derechos deben ser garantizados debido a que los consumidores se encuentran en una situación de desigualdad -desventajosa para ellos- frente a los proveedores de bienes y servicios. El elemento que indica con mayor claridad dicha situación de desigualdad es, precisamente, la diferencia en la cantidad y calidad de información de la que disponen los consumidores y los proveedores.

²¹⁵ **Decreto Legislativo N° 716, Ley de Protección al Consumidor. Artículo 3.-**

Para los efectos de esta ley, se entiende por:

a) **Consumidores o usuarios.-** Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios.

(...)

La situación de desigualdad en la que se encuentran los consumidores frente a los proveedores es una realidad que debe enfrentarse equilibradamente en el marco de un sistema de economía social de mercado como el recogido por la Constitución Política del Perú²¹⁶. Dicho sistema defiende, de un lado, las libertades propias del mercado y, del otro, los contrapesos de equilibrio de justicia social y seguridad.²¹⁷

En la práctica, la situación de desigualdad entre proveedores y consumidores es una realidad que se manifiesta desde la propia existencia de la mercadotecnia como un conjunto integral de estrategias construido para colocar los productos en el mercado. La mercadotecnia no se limita a promocionar y vender sino que es algo mucho más amplio, es en realidad una herramienta que apunta a satisfacer las necesidades de los clientes. La lógica de la mercadotecnia es la siguiente:

Si el vendedor hace una buena labor al comprender las necesidades del cliente, desarrolla productos que proporcionan un valor superior, determina sus precios, los distribuye y los promueve en una forma efectiva, esos productos se venderán con mucha facilidad. Por consiguiente, las ventas y la publicidad sólo son parte de una "mezcla de mercadotecnia" más vasta, una serie de instrumentos de mercadotecnia que operan juntos para afectar el mercado.²¹⁸

La idea detrás de toda "mezcla de mercadotecnia", entonces, es afectar el mercado, es decir, influir positivamente al consumidor respecto a las bondades del producto propio. Es claro que es imposible lograr dicha influencia

²¹⁶ **Constitución Política del Perú. Artículo 58.-**

La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

²¹⁷ RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999. t.3. p. 318.

²¹⁸ KOTLER, Philip y Gary ARMSTRONG. Fundamentos de Mercadotecnia. 4ª.ed. México: Prentice-Hall Hispanoamericana, 1998. p.4. Subrayado añadido.

positiva sin conocer previamente los deseos y necesidades del consumidor, sin conocer lo que piensa y la manera como reaccionará frente a un estímulo de mercadotecnia. Puede observarse que el proveedor de productos deberá conocer al consumidor mejor de lo que éste se conoce a sí mismo, a fin de lograr el éxito en el mercado.

En línea con lo anterior, la mercadotecnia puede ser definida como "un proceso social y administrativo por medio del cual los individuos y los grupos obtienen lo que necesitan y desean mediante la creación y el intercambio de productos y valores con otros."²¹⁹ La mención a un proceso lleva implícita la idea de planificación de la manera más adecuada de satisfacer a aquellos individuos que experimentan necesidades. Esta planificación conlleva la necesidad por parte del proveedor -el llamado a satisfacer las necesidades experimentadas por los individuos- de diseñar e implementar estrategias para lograr convencer al consumidor -el individuo que experimenta las necesidades- de su capacidad de satisfacer sus necesidades con mayor efectividad y eficiencia que los competidores. A su vez, el diseño e implementación de dichas estrategias requiere todo un sistema de información de mercadotecnia, orientado a un conocimiento de las fortalezas y debilidades del propio proveedor, de las oportunidades y amenazas planteadas por el ambiente de mercadotecnia, de los competidores y, principalmente, de la conducta del consumidor.

Los proveedores tienen una gran ventaja sobre los consumidores en cuanto a cantidad y calidad de información sobre la situación del mercado, los productos a ser ofrecidos y las percepciones de los propios consumidores. La actuación de los proveedores en el mercado no es descuidada ni se encuentra librada al azar sino, más bien, es una actuación planificada y desarrollada de acuerdo con las estrategias básicas de la mercadotecnia. En otras palabras, es una actuación profesional. En cambio, la actuación de los consumidores en el mercado se encuentra basada en la información disponible -generalmente

²¹⁹ Ibid., loc.cit. Subrayado añadido.

parcial y brindada interesadamente por los proveedores a través del posicionamiento²²⁰- y en el leal saber y entender de cada consumidor específico. Es decir, la actuación de los consumidores no responde a un estándar profesional sino simplemente es aquella que se esperaría de cualquier persona medianamente diligente.

La Protección al Consumidor constituye un instrumento de superación de la desigualdad existente entre los proveedores y los consumidores. En este orden de ideas, es lógico que la Ley de Protección al Consumidor se encuentre dirigida a proteger a aquellos individuos afectados por la desigualdad en la relación de consumo, es decir, a los consumidores, entendidos como destinatarios finales de bienes o servicios.

La referencia a los "destinatarios finales" limita la noción de consumidor únicamente a aquellas personas naturales o jurídicas que puedan ser consideradas como "consumidores finales".

La determinación de la categoría de "consumidores finales" para efectos de la aplicación de la ley requerirá atender a los principios establecidos en el sistema económico de economía social de mercado reconocido por la Constitución Política del Perú.

Al respecto, cabe recordar que el artículo 65 de la Constitución Política del Perú se encuentra ubicado dentro del Capítulo I del Título III dedicado al Régimen Económico. Dentro de ese mismo capítulo, se encuentra el artículo 58, el cual consagra el modelo de economía social de mercado, garantizando a la vez, la libre iniciativa privada y el rol del Estado como orientador del desarrollo del país²²¹.

²²⁰ El posicionamiento puede ser definido como "la imagen de la marca en la mente del consumidor".

²²¹ **Constitución Política del Perú. Artículo 58.-**

La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

El artículo 59 contempla el rol promotor del Estado de los sectores que sufren cualquier desigualdad. En cumplimiento de dicho rol, el Estado promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades. El texto del referido artículo es el siguiente:

Artículo 59. - El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades. (Subrayado añadido)

El mandato constitucional del artículo 59 no se limita a reconocer la desigualdad existente en la sociedad sino que adopta una posición favorable a los sectores que sufren los efectos de dicha desigualdad, mencionando expresamente el rol promotor de las pequeñas empresas asumido por el Estado, precisamente, como instrumento de superación de dicha desigualdad. Al respecto, puede afirmarse que:

(...) es tarea del Estado velar que todos tengan las mismas oportunidades en una sociedad de competencia. La primera tarea es brindar una educación de calidad y suficiente para preparar a las personas para el trabajo. Pero además, debe colaborar a la capitalización de las pequeñas empresas, que son entidades económicas de bajo costo de inversión por puesto de trabajo y que, además, permiten canalizar muchos de los esfuerzos y la creatividad de cada persona en el contexto social.²²²

Cabe reiterar que la Protección al Consumidor es un instrumento de superación de la desigualdad, en este caso, del desequilibrio existente entre los

²²² RUBIO CORREA, Marcial. Op.cit., t.3. p.231.

proveedores y los consumidores. En este orden de ideas, la noción de consumidor implica que utilizar un producto²²³ como "consumidor final" no significa necesariamente que dicho producto se encuentre reservado al uso personal del adquirente sino que puede haber sido adquirido para un uso colectivo, ya sea la familia o un grupo social inmediato.²²⁴ Del mismo modo, la noción de consumidor -interpretada tomando en cuenta la función moderadora de la desigualdad de la Protección al Consumidor- también permite considerar como "consumidor final" al pequeño empresario²²⁵ cuando adquiere o utiliza bienes o servicios por las necesidades de su actividad empresarial, en ciertos casos específicos. Ello debido a la situación de desigualdad en que se encuentra el pequeño empresario frente al proveedor, situación equiparable a aquella en la que se encuentra cualquier particular. En otras palabras:

La situación del pequeño comerciante, inducido a realizar adquisiciones o a suscribir contratos de empresa por las necesidades de su actividad profesional, es parecida a la del consumidor que contrata con fines privados. Dicha situación forma parte, según la teoría económica, de la esfera del consumo: el profesional en cuestión constituye el último eslabón del ciclo de la vida económica del bien y del servicio y se encuentra, dada su falta de especialización y la ausencia de poder real de negociación derivada de la reducida dimensión de su empresa, en las mismas condiciones de desequilibrio y de sumisión en los modos de producción.²²⁶

El pequeño empresario, al sufrir los efectos de la desigualdad en la relación de consumo, califica, en ciertos casos específicos, como consumidor

²²³ Por "producto" entiéndase un bien o un servicio.

²²⁴ Cfr. BOURGOIGNIE, Thierry. Elementos para una teoría del Derecho de Consumo. Vitoria: Gobierno Vasco, 1994. p.37.

²²⁵ Por "pequeño empresario" entiéndase única y exclusivamente a los pequeños comerciantes, pequeños industriales, pequeños prestadores de servicios y profesionales, incluidos bajo los alcances de la Ley N° 28015, Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa. Los sujetos que no califiquen como MYPE para los efectos de la aplicación de la Ley N° 28015 no serán considerados como "pequeño empresario", por mandato expreso de la ley.

²²⁶ BOURGOIGNIE, Thierry. Op.cit., p.39.

para efectos de la aplicación de la Ley de Protección al Consumidor. Dichos casos específicos serán aquellos en los que la adquisición o el uso, por necesidades de su actividad profesional, se refieran a productos en los que no pueda esperarse un grado de conocimiento o especialización que haga desaparecer la desigualdad entre el pequeño empresario y el proveedor del bien o servicio de que se trate.

Al respecto, la distinción que la mercadotecnia realiza entre productos para el consumidor y productos industriales es útil para determinar aquellos tipos de productos que pueden ser objeto de adquisición o uso por parte de un verdadero consumidor para efectos de la Ley de Protección al Consumidor. Básicamente, puede afirmarse que "la distinción entre un producto para el consumidor y un producto industrial se basa en el propósito para el cual se compra el producto".²²⁷ Generalmente los productos industriales pueden ser clasificados en tres categorías: i) materiales y partes; ii) aspectos de capital; y, iii) suministros y servicios.²²⁸

CUADRO N° 1

CLASIFICACIÓN DE LOS PRODUCTOS INDUSTRIALES		
MATERIALES Y PARTES	ASPECTOS DE CAPITAL	SUMINISTROS Y SERVICIOS

A su vez, los materiales y partes incluyen: i) materia prima²²⁹; y, ii) materiales y partes fabricados²³⁰. Puede observarse que se trata de los insumos necesarios para producir -es decir, se trata de bienes que requieren

²²⁷ KOTLER, Philip y Gary ARMSTRONG. *Op.cit.*, p.242.

²²⁸ *Ibid.*, loc.cit.

²²⁹ Por ejemplo, trigo, ganado, maíz, algodón, legumbres, pescado, madera, petróleo crudo, minerales.

²³⁰ Por ejemplo, hierro, acero, hilos, cemento, alambre, motores pequeños, neumáticos.

especialización y conocimiento para su adquisición²³¹-, por lo que es claro que la adquisición o uso de este tipo de productos industriales quedará excluida, en todos los casos, del ámbito de protección de la Ley de Protección al Consumidor.

CUADRO N° 2

APLICACIÓN DE LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN LA ADQUISICIÓN DE MATERIALES Y PARTES	
CLASIFICACIÓN DE LOS MATERIALES Y PARTES	APLICACIÓN DE LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR
MATERIA PRIMA	EXCLUIDA EN TODOS LOS CASOS
MATERIALES Y PARTES FABRICADOS	EXCLUIDA EN TODOS LOS CASOS

De otro lado, los aspectos de capital incluyen: i) instalaciones; y ii) equipo accesorio. A su vez, las instalaciones comprenden tanto los edificios²³² como el equipo fijo²³³, mientras que el equipo accesorio comprende al equipo portátil de la fábrica²³⁴ y al equipo de oficina²³⁵. Puede observarse que esta categoría de productos industriales requiere también de especialización y conocimientos para su adquisición, por lo que tampoco se encuentra dentro del ámbito de protección de la Ley de Protección al Consumidor. Sin embargo, existe una excepción que corresponde a la adquisición del equipo de oficina

²³¹ Tratándose de personas medianamente diligentes, que es a quienes el ordenamiento intenta proteger.

²³² Por ejemplo, oficinas, talleres, plantas industriales.

²³³ Por ejemplo, generadores, prensas taladradoras, redes de computación, ascensores.

²³⁴ Por ejemplo, herramientas manuales o montacargas.

²³⁵ Por ejemplo, máquinas de fax, teléfonos, escritorios, computadoras personales, ventiladores o máquinas de aire acondicionado.

por parte de los pequeños empresarios quienes, por necesidades de su actividad profesional, se ven obligados a adquirir este tipo de bienes de los cuales no tienen ningún conocimiento o especialización distinta a la de cualquier particular. Distinto es el caso de las empresas de mediana y gran envergadura que cuentan o debieran contar con unidades especializadas de logística, compras o adquisiciones, las cuales cuentan con un grado de especialización mayor aún al del proveedor de que se trate. Sobre este último punto, la doctrina señala lo siguiente:

(...) las sociedades cuentan con importantes asesorías tanto jurídicas, como fiscales y financieras que les aconsejan en la formalización de sus contratos. Esto puede llevar a que el adherente sea una gran sociedad capitalista cuyos recursos económicos y de asesoramiento sean muy superiores a las del oferente, y, sin embargo, la primera goce de la protección especial de la Ley mientras que el segundo tenga en su contra todos los mecanismos que se articulan para la protección del consumidor.²³⁶

Es claro que, siendo la finalidad de la Ley de Protección al Consumidor la superación de la desigualdad existente entre el proveedor y el consumidor, sería atentatorio contra dicha finalidad otorgar la protección especial de la ley a quienes no se encuentran afectados por ninguna desigualdad. En ese orden de ideas, las empresas de mediana y gran envergadura no se benefician de la protección especial de la ley y, por tanto, no son "consumidores" cuando adquieren aspectos de capital en general.

²³⁶ REYES LÓPEZ, María José (coordinadora). *Op.cit.*, p.103.

CUADRO N° 3

APLICACIÓN DE LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN LA ADQUISICIÓN DE ASPECTOS DE CAPITAL			
CLASIFICACIÓN		APLICACIÓN DE LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR	
		PEQUEÑO EMPRESARIO	GRAN EMPRESA
TIPO DE ADQUIRENTE			
INSTALACIONES	EDIFICIOS	EXCLUIDO	EXCLUIDA
	EQUIPO FIJO	EXCLUIDO	EXCLUIDA
EQUIPO ACCESORIO	EQUIPO PORTÁTIL	EXCLUIDO	EXCLUIDA
	EQUIPO DE OFICINA	PROTEGIDO	EXCLUIDA

Por último, los suministros y servicios comprenden a los suministros de operación -por ejemplo, papel y lápices-, suministros de reparación y mantenimiento -clavos, pinturas, escobas-, servicios de mantenimiento y reparación -por ejemplo, lavado de ventanas, reparación de computadoras- y servicios de asesoría -publicitarios, legales, consultoría, por ejemplo. Los compradores o usuarios de esta categoría de productos industriales no cuentan con ningún tipo de especialización o conocimientos particulares sobre ellos, por lo que su adquisición se encontrará siempre, en el caso de los pequeños empresarios, dentro del ámbito de protección de la Ley de Protección al Consumidor. En el caso de las empresas de mediana y gran envergadura que cuentan o debieran contar con unidades especializadas de logística, compras o adquisiciones, la adquisición o uso de esta categoría de productos no entrará dentro del ámbito de protección de la Ley de Protección al Consumidor, debido al grado de especialización y conocimientos con el que cuenta esta clase de organizaciones.

CUADRO N° 4

APLICACIÓN DE LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN LA ADQUISICIÓN DE SUMINISTROS Y SERVICIOS			
CLASIFICACIÓN		APLICACIÓN DE LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR	
		PEQUEÑO EMPRESARIO	GRAN EMPRESA
TIPO DE ADQUIRENTE			
SUMINISTROS	SUMINISTROS DE OPERACIÓN	PROTEGIDO	EXCLUIDA
	SUMINISTROS DE REPARACIÓN Y MANTENIMIENTO	PROTEGIDO	EXCLUIDA
SERVICIOS	SERVICIOS DE MANTENIMIENTO Y REPARACIÓN	PROTEGIDO	EXCLUIDA
	SERVICIOS DE ASESORÍA	PROTEGIDO	EXCLUIDA

En relación con los servicios²³⁷ en general -independientemente de los servicios comprendidos dentro de la categoría de productos industriales-, cabe recordar que éstos se caracterizan por su multiplicidad. A fin de determinar los servicios cuya adquisición se encuentra comprendida dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Protección al Consumidor, es necesario atender al

²³⁷ Un servicio es cualquier actividad o beneficio que una parte puede ofrecer a otra, que es esencialmente intangible y que no da como resultado la propiedad de nada. Cfr. KOTLER, Philip y Gary ARMSTRONG. *Op.cit.*, p.265.

grado de especialización o conocimientos requeridos para su adquisición. De este modo, en el caso de los pequeños empresarios, el tratamiento se asimila al de cualquier particular adquirente de servicios, debido a que no cuentan con un grado especial de conocimientos para su adquisición. Diferente es el caso de las medianas y grandes empresas en las que su propia organización empresarial permite esperar razonablemente un grado especial de conocimientos y experiencia para la adquisición de ciertos tipos de servicios utilizados frecuentemente debido a las necesidades del negocio²³⁸. En el caso de servicios de tipo no tradicional, es decir, de servicios que no son utilizados frecuentemente por las organizaciones empresariales²³⁹, se considerará a estas empresas de mediana y gran envergadura como ubicadas en la misma condición que cualquier particular adquirente. Ello debido a que es imposible exigir un grado especial de conocimientos y experiencia en casos de adquisición aislada de productos no relacionados con el objeto del negocio, aún cuando se trate de organizaciones empresariales.

CUADRO N° 5

APLICACIÓN DE LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN LA ADQUISICIÓN DE SERVICIOS EN GENERAL		
CLASIFICACIÓN	APLICACIÓN DE LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR	
	TIPO DE ADQUIRENTE	PEQUEÑO EMPRESARIO
SERVICIOS UTILIZADOS FRECUENTEMENTE DEBIDO A LAS NECESIDADES DEL NEGOCIO	PROTEGIDO	EXCLUIDA
SERVICIOS NO UTILIZADOS FRECUENTEMENTE DEBIDO A LAS NECESIDADES DEL NEGOCIO	PROTEGIDO	PROTEGIDA

²³⁸ Por ejemplo, servicios financieros.

²³⁹ Por ejemplo, la contratación de una cena, del local para una celebración o del alquiler de un vehículo.

En síntesis, las personas naturales y jurídicas pertenecientes a la categoría profesional de los pequeños empresarios deben ser consideradas también como sujetos afectados por la desigualdad informativa en la relación de consumo y, por tanto, deben ser consideradas como consumidores para efectos de la Ley de Protección al Consumidor cuando, debido a las necesidades de su actividad empresarial, adquieran o utilicen productos, ya sean bienes o servicios, para cuya adquisición o uso no fuera previsible que debieran contar con conocimientos especializados equiparables a aquellos de los proveedores.

El análisis de la legislación y doctrina españolas es útil para contrastar el criterio presentado en los párrafos anteriores. Así, la doctrina española señala que la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, tiene como propósito compensar de alguna manera la situación de desigualdad existente entre los consumidores y los proveedores:

En efecto, la teleología de las normas de protección de los consumidores es la situación de inferioridad, subordinación e indefensión en la que se pueden encontrar frente al productor, fabricante o vendedor. Este no sólo es el fundamento de la Ley General sino que incluso se ha elevado a la categoría de derecho básico en el artículo 2 de la Ley General.

Esta protección consiste en reequilibrar mediante la concesión de derechos especiales o instrumentos de protección eficaces a aquella de las partes que se encuentra en desequilibrio por falta de preparación técnica, de soporte en la contratación o de posibilidades económicas para hacer valer sus derechos.²⁴⁰ (Subrayado añadido)

Es claro que, tal como sucede con el ordenamiento nacional, en el caso del ordenamiento español, la finalidad de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, no es otra que

²⁴⁰ Ibid., p.103.

compensar o superar las desigualdades existentes entre los proveedores y los consumidores.

El artículo L132-1 del Code de la Consommation francés dispone, por su parte, lo siguiente:

Artículo L132-1

(Ley nº 95-96 de 1 de febrero de 1995 art. 1, anexo Diario Oficial de 2 de febrero de 1995)

(Orden nº 2001-741 de 23 de agosto de 2001 art. 16 Diario Oficial de 25 de agosto de 2001)

En los contratos celebrados entre profesionales y consumidores o personas no profesionales, se reputarán abusivas las cláusulas cuyo objeto o efecto consista en producir, en perjuicio del consumidor o persona no profesional en cuestión, una desigualdad significativa entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes.

(...)²⁴¹

Puede observarse que el objetivo del ordenamiento francés en materia de Protección al Consumidor también es compensar o superar las desigualdades existentes entre proveedores y consumidores.

Una vez encontradas las consecuencias de la finalidad de la Ley de Protección al Consumidor para la definición de la noción de consumidor, es necesario verificar si el precedente de observancia obligatoria aprobado mediante Resolución N° 101-96-TDC del 18 de diciembre de 1996 es consistente con dicha finalidad. Para ello, debe encontrarse el significado de su texto:

²⁴¹ Traducción al español tomada de Legifrance en: http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/consoeslptxt.htm

Se considera como consumidor o usuario, de acuerdo a lo establecido en el inciso a) del artículo 3º del Decreto Legislativo N° 716, a la persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta un producto o un servicio para fines personales, familiares o de su entorno social inmediato. No se consideran por tanto consumidores y usuarios para efectos de la Ley a los proveedores cuando adquieren, utilizan o disfrutan de un bien o servicio para fines propios de su actividad como tales, según las definiciones contenidas en los artículos 1º y 3º inciso b) del mencionado cuerpo legal. En tal sentido, las denuncias que tengan por pretensión la protección de intereses de quienes no puedan ser consideradas consumidores o usuarios, deberán ser declaradas improcedentes.

La primera oración del precedente de observancia obligatoria citado anteriormente es consistente con la finalidad de la Ley de Protección al Consumidor, ya que la transmisión o cesión en uso a familiares o al entorno social inmediato de los productos adquiridos no elimina el hecho que el adquirente constituye el último eslabón del ciclo de la vida económica del producto ni la situación de desigualdad existente entre el adquirente del producto y el proveedor del mismo. En tal sentido, el precedente de observancia obligatoria, en forma consistente con la finalidad superadora de la desigualdad existente entre consumidores y productores, considera que el término "consumidor" incluye a las personas que adquieren productos y luego los transmiten o ceden en uso a familiares o a su entorno social inmediato.

La segunda oración del precedente de observancia obligatoria presenta un problema de redacción al utilizar simultáneamente los términos "proveedor" y "consumidor" para referirse a una misma persona. Dicha oración podría resumirse en la frase "los proveedores no son consumidores" lo cual es, en principio, evidente. Sin embargo, la frase presenta un riesgo de confusión pues deja de lado el hecho que muchas veces las categorías de proveedor y consumidor se superponen en la realidad, por lo que una exclusión de este tipo

contraviene la finalidad superadora de la desigualdad de la Ley de Protección al Consumidor.

Así, por ejemplo, el precedente de observancia obligatoria no deja espacio para considerar como consumidores, para efectos de la aplicación de la Ley de Protección al Consumidor, a los pequeños empresarios cuando realizan adquisiciones por las necesidades de su actividad empresarial. Ello implica negar que su situación es parecida a la de cualquier particular que contrata con fines privados, situación que forma parte de la esfera del consumo: el pequeño empresario en cuestión constituye el último eslabón del ciclo de la vida económica del producto y se encuentra, dada su falta de especialización y la ausencia de poder real de negociación derivada de la reducida dimensión de su empresa, en las mismas condiciones de desigualdad que cualquier particular adquirente.

Finalmente, la tercera oración del precedente de observancia obligatoria regula una cuestión de carácter procesal por lo que no es propia de un precedente de observancia obligatoria que interpreta de modo general el sentido sustantivo de la legislación.

En vista del problema planteado por el precedente de observancia obligatoria aprobado mediante Resolución N° 101-96-TDC, consistente en la exclusión de personas que se encuentran en una situación de desigualdad frente al proveedor de que se trate, es decir, de consumidores para efectos de la aplicación de la Ley de Protección al Consumidor, debe modificarse el referido precedente de observancia obligatoria, en los siguientes términos:

1. De conformidad con lo establecido en la Constitución Política del Perú y en el Decreto Legislativo N° 716, la Protección al Consumidor es un instrumento de superación de la desigualdad informativa existente entre proveedores y consumidores.

2. Se considera como consumidor, de conformidad con lo establecido en el literal a) del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 716, a la persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta un producto, ya sea un bien o un servicio, para fines personales, familiares o de su entorno social inmediato.
3. Las personas naturales y jurídicas pertenecientes a la categoría profesional de los pequeños empresarios son también sujetos afectados por la desigualdad informativa en la relación de consumo y, por tanto, son considerados como consumidores para efectos de la Ley de Protección al Consumidor cuando debido a las necesidades de su actividad empresarial adquieran o utilicen productos, ya sean bienes o servicios, para cuya adquisición o uso no fuera previsible que debieran contar con conocimientos especializados equiparables a aquellos de los proveedores.

En el caso materia del presente procedimiento, de acuerdo a la información registrada en la ficha N° 109432 del Registro de Personas Jurídicas de Lima, Moquillaza es una empresa dedicada a la asesoría de empresas, financiera, tributaria y de negocios, a llevar contabilidades así como a la compra y venta de activos y artículos varios.²⁴² Cabe señalar que el señor Reynaldo Moquillaza Orellana, de profesión Contador Público, es el socio mayoritario de Moquillaza²⁴³, de acuerdo con la información contenida en la misma ficha y en el Rubro B00001 de la Partida N° 00316822 del Registro de Personas Jurídicas de Lima.²⁴⁴

El vehículo adquirido y utilizado por Moquillaza es un bien para cuya adquisición o uso no era de ninguna manera previsible que dicha empresa debiera contar con conocimientos especializados equiparables a aquellos del

²⁴² A fojas 26 del expediente.

²⁴³ Con 15 421 participaciones de S/ 1,00 cada una, de un total de 15 498 participaciones.

²⁴⁴ A fojas 25 del expediente.

proveedor -en este caso, Milne-, ya que el objeto social de Moquillaza es totalmente ajeno a la fabricación, importación, distribución, venta o reparación de vehículos automotores. En otras palabras, no podía esperarse de Moquillaza que tuviera o debiera tener información equivalente en calidad o cantidad a aquella en poder de Milne.

Adicionalmente, el vehículo materia de denuncia era utilizado tanto para fines propios de la actividad económica de la empresa como para fines personales del señor Reynaldo Moquillaza Orellana,²⁴⁵ es decir, el vehículo materia de denuncia tenía un uso mixto: empresarial y particular a la vez, lo cual significa que los afectados por la presunta falta de idoneidad del vehículo materia de denuncia eran tanto la empresa Moquillaza como el señor Reynaldo Moquillaza Orellana, ambos sujetos en desigualdad de condiciones en cuanto a calidad y cantidad de información frente al proveedor del vehículo. En vista de lo anterior, en el presente caso -la adquisición y uso de un vehículo automotor- Moquillaza califica como consumidor para efectos de la aplicación de la Ley de Protección al Consumidor.

III.2. La idoneidad del vehículo adquirido por Moquillaza

El artículo 8 de la Ley de Protección al Consumidor, referido al deber de idoneidad de los proveedores, dispone lo siguiente:

Artículo 8.- Los proveedores son responsables, además, por la idoneidad y calidad de los productos y servicios; por la autenticidad de las marcas y leyendas que exhiben los productos; por la veracidad de la propaganda comercial de los productos; y por el contenido y la vida útil del producto indicados en el envase, en lo que corresponde.

Puede observarse que el artículo 8 de la Ley cumple un rol garantizador de la idoneidad de los bienes y servicios ofrecidos en el mercado.

²⁴⁵ A fojas 19 del expediente.

Al respecto, corresponde evaluar las pruebas que obran en el expediente a fin de determinar si Milne cumplió con vender un bien idóneo a Moquillaza en los términos exigidos por el artículo 8 de la Ley de Protección al Consumidor.

De los documentos que obran en el expediente, ha quedado acreditado que el 20 de febrero de 2001, Moquillaza adquirió de Milne el vehículo materia de denuncia por la suma de US\$ 47 990,00.²⁴⁶

El documento "Diagnóstico del estado de la camioneta Ford Explorer EBauer Placa RIY 693 4X4" elaborado por el Senati por encargo de la Comisión, señala lo siguiente:

(...)

d) Comprobación de la Suspensión: Realizado en el BANCO DE AMORTIGUADORES, en la cual se obtuvo los siguientes resultados:

	DERECHO	IZQUIERDO
PESO (Kg)	568	530
Eje Delantero		
EFICIENCIA (%)	52	43
PESO (Kg)	486	483
Eje Trasero		
EFICIENCIA (%)	50	4

Según tabla Maha para un modelo similar Ford Explorer, tendrá una eficiencia normal con eje delantero 52% y eje trasero 74%.

e) Se realizó una prueba de ruta alrededor de SENATI. Para lo cual se pasó por zonas de muchos baches y rompe muelles,

²⁴⁶ Factura N° 011-0002001 del 20 de febrero de 2001.

notándose algunos ruidos, inclusive el asiento delantero con algo de vibración. Lo tomamos como defecto.

4. RESULTADOS

(...)

2. Suspensión: Según los parámetros obtenidos en el lado derecho del eje trasero, la eficiencia es muy bajo (sic) (4%) lo cual implica que si es necesario, se debería revisar el paquete completo de la suspensión de esta zona (resortes, amortiguador, etc.) A menor amortiguación mayor vibración de la carrocería.²⁴⁷

La verificación en el vehículo de Moquillaza efectuada por personal de la Secretaría Técnica de la Comisión constató lo siguiente:

(...) al atravesar un bache de una dimensión considerable la parte posterior de la camioneta emitió un ruido fuerte (...). Asimismo al atravesar las rayas de la pista se escucharon leves sonidos en la parte posterior y media de la camioneta.²⁴⁸

Puede observarse que se ha acreditado la existencia de un desperfecto en el vehículo adquirido por Moquillaza, el cual no fue solucionado por el servicio técnico de Milne en su oportunidad, a pesar de haberse internado el vehículo en los talleres de Milne en ejecución de la garantía vigente en aquel momento²⁴⁹.

En consecuencia, al haberse acreditado el defecto en el vehículo vendido por Milne a Moquillaza y la falta de solución a dicho defecto por parte del proveedor, corresponde confirmar la resolución de la Comisión en el

²⁴⁷ A fojas 83 del expediente.

²⁴⁸ A fojas 37 del expediente.

²⁴⁹ Al momento de efectuarse la diligencia en el Senati, se verificó que el vehículo contaba con un kilometraje de 19 096 Km, es decir, estaba dentro de los 50 000 Km establecidos como término de la garantía.

extremo apelado mediante el cual declaró fundada la denuncia por infracción a lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley de Protección al Consumidor.

III.3. La información brindada al denunciante

El literal b) del artículo 5 de la Ley de Protección al Consumidor establece el derecho de los consumidores a recibir de los proveedores toda la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la adquisición de bienes o servicios. El texto del referido artículo es el siguiente:

Artículo 5.- En los términos establecidos por el presente Decreto Legislativo, los consumidores tienen los siguientes derechos:

(...)

b) Derecho a recibir de los proveedores toda la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la adquisición de productos y servicios, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios; (...)

En la resolución apelada, la Comisión declaró fundada la denuncia por la infracción al derecho a la información de los consumidores debido a que había quedado acreditado que, ante el defecto verificado en el vehículo, Moquillaza había remitido una carta notarial a Milne requiriendo el cambio de dicho vehículo o la devolución del precio pagado. A la vez, la Comisión consideró que, dado que Moquillaza había alegado que Milne no había respondido dicha carta notarial y que esta última empresa no presentó defensa alguna contra dicha alegación, el silencio de Milne debía ser apreciado como reconocimiento de verdad.

Aún cuando en su escrito de apelación, Milne rechaza la actuación de la Comisión descrita en el párrafo anterior, esta empresa manifestó lo siguiente:

"Ha quedado acreditado, en efecto, que recibimos la carta notarial de la denunciante y no le dimos respuesta (...)"²⁵⁰ Esta manifestación de Milne hace innecesario recurrir a la presunción utilizada -correctamente- por la Comisión ya que acredita que, efectivamente, Milne no respondió el requerimiento de Moquillaza ni en sentido positivo ni en sentido negativo, limitándose a guardar silencio ante dicho requerimiento y negándose a proporcionar cualquier tipo de información al consumidor.

En vista de lo anterior, corresponde confirmar la resolución de la Comisión en el extremo apelado mediante el cual declaró fundada la denuncia por infracción al derecho a la información de los consumidores.

III.4. Graduación de la sanción

III.4.1 Objeto y finalidad de la sanción administrativa

Las sanciones de tipo administrativo tienen por principal objeto disuadir o desincentivar la realización de infracciones por parte de los administrados. El fin de las sanciones es, en último extremo, adecuar las conductas al cumplimiento de determinadas normas. A manera de ejemplo, el fin de las multas de tránsito no es sólo castigar la conducta ilícita de los automovilistas imprudentes, sino que no vuelvan a efectuar maniobras que constituyan imprudencia temeraria. En el ejemplo, a la administración le interesa que con la sanción o la amenaza de ella, se induzca al administrado a no infringir las normas, de modo que el tránsito sea más seguro²⁵¹.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que en muchos supuestos no se requiere que una conducta genere un daño efectivo para que sea calificada como infracción y sea sancionada. En tales casos, la potencial afectación al bien jurídico protegido por la norma, justifica que se sancione la conducta. Un

²⁵⁰ A fojas 165 del expediente.

²⁵¹ NIETO, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. 2ª. Ed. reimp. 2000. Madrid: Técno, 2000. p. 145.

ejemplo de ello son las infracciones de tránsito por exceso de velocidad, en ellas no se requiere que el conductor haya atropellado a algún peatón u ocasionado un choque para imponerle una sanción, bastará que se verifique la conducta infractora, en atención a los efectos potenciales de su conducta sobre los bienes jurídicos protegidos por las normas de tránsito, como son la seguridad de los peatones y conductores.

Para lograr dicho objetivo, es preciso que la magnitud de las sanciones administrativas sea mayor o igual al beneficio esperado por los administrados por la comisión de las infracciones. De lo contrario, los administrados recibirían el mensaje de que, aún en caso que las conductas infractoras fuesen detectadas, el beneficio obtenido con la infracción será superior a la sanción administrativa, razón por la que podrían optar por cometer la infracción. Por ello, el artículo 203 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, al desarrollar el principio de razonabilidad, señala que las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción.

Sin embargo, no en todos los casos será suficiente con fijar una sanción que sea mayor o igual al beneficio esperado por el infractor a partir de la trasgresión de la norma. Deberá tenerse en cuenta también la posibilidad de detección de la infracción.

En efecto, en caso que la infracción sea difícil de detectar, al momento de decidir si lleva a cabo la conducta prohibida, el administrado puede considerar que, pese a que el beneficio esperado no superase a la sanción esperada, le conviene infringir la norma, pues no existe mayor probabilidad de ser detectado. Por ello, para desincentivar una infracción que difícilmente será detectada es necesario imponer una multa más elevada a los infractores, a efectos de que reciban el mensaje de que, si bien puede ser difícil que sean hallados responsables, en caso que ello ocurra, recibirán una sanción

significativamente mayor. Ello, con el objeto que los agentes consideren los costos de la conducta y sean incentivados a desistir de llevarla a cabo.

De tal modo, la multa deberá ser calculada en función al beneficio esperado dividido entre la probabilidad de detección. Ello garantiza que las sanciones administrativas tengan realmente un efecto disuasivo.

III.4.2 Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora otorgada a la Administración Pública debe ser ejercida necesariamente dentro de los parámetros fijados por el ordenamiento y conforme a los principios que deben inspirar el ejercicio del poder punitivo del estado.

La Ley del Procedimiento Administrativo General recoge los principios que rigen los procedimientos administrativos en general, así como aquellos principios especiales aplicables a los procedimientos sancionadores.

Dentro de los principios generales que son de aplicación a los procedimientos sancionadores debe destacarse el principio de razonabilidad, según el cual las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido²⁵².

Además, los principios especiales que rigen el procedimiento sancionador son enunciados en el artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General²⁵³. Para efectos de la graduación de la sanción son de particular importancia los siguientes principios:

²⁵² Numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

- **Razonabilidad.**- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción; así como que la determinación de la sanción considere criterios como la existencia o no de intencionalidad, el perjuicio causado, las circunstancias de la comisión de la infracción y la repetición en la comisión de infracción.

- **Concurso de Infracciones.**- Cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes.

III.4.3 Criterios específicos para graduar la sanción

²⁵³ **Ley de Procedimiento Administrativo General. Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa**

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

1. **Legalidad.**- Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad.
2. **Debido procedimiento.**- Las entidades aplicarán sanciones sujetándose al procedimiento establecido respetando las garantías del debido proceso.
3. **Razonabilidad.**- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción; así como que la determinación de la sanción considere criterios como la existencia o no de intencionalidad, el perjuicio causado, las circunstancias de la comisión de la infracción y la repetición en la comisión de infracción.
4. **Tipicidad.**- Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.
5. **Irretroactividad.**- Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.
6. **Concurso de Infracciones.**- Cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes.
7. **Continuación de Infracciones.**- Para imponer sanciones por infracciones en las que el administrado incurra en forma continua, se requiere que hayan transcurrido por lo menos treinta (30) días desde la fecha de la imposición de la última sanción y se acredite haber solicitado al administrado que demuestre haber cesado la infracción dentro de dicho plazo.
8. **Causalidad.**- La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable.
9. **Presunción de licitud.**- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.
10. **Non bis in idem.**- No se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.

Debe tenerse en cuenta que en la medida que el procedimiento por infracción a la Ley de Protección al Consumidor es de carácter especial, se rige por las normas específicas contenidas en el Decreto Legislativo N° 716. Ello, sin perjuicio de que, por tratarse de un procedimiento de naturaleza sancionadora, las normas especiales deben ser interpretadas en concordancia con los principios generales que rigen este tipo de procedimientos.

Al respecto, en el artículo 42 del Decreto Legislativo N° 716 se establece que, al momento de aplicar y graduar la sanción, debe atenderse a la intencionalidad del sujeto activo de la infracción, al daño resultante de la misma, a los beneficios obtenidos por el proveedor por razón del hecho infractor y a la reincidencia o reiterancia del proveedor.

III.4.4 Aplicación al caso

En el presente caso, esta Sala concuerda con la Comisión en que la empresa denunciante fue perjudicada al haber pagado la suma de US\$ 47 990,00 y, por la falta de reparación del vehículo defectuoso, se vio obligada a quedarse con el producto adquirido en mal estado desde el mes de febrero de 2001 hasta la fecha. Esta Sala también concuerda con la Comisión en que, conforme ha quedado acreditado en el expediente, Milne tuvo la intención de cumplir con su obligación como proveedor y reparar el vehículo materia de denuncia, aunque ello no brindó resultados positivos.

En vista de lo anterior y por los fundamentos expuestos en la resolución de la Comisión, corresponde confirmar dicha resolución en el extremo apelado mediante el cual impuso a Milne una multa de una (1) Unidad Impositiva Tributaria.

III.5. Medidas correctivas

Mediante Resolución N° 294-2002-CPC, la Comisión ordenó a Milne que, en un plazo no mayor a quince (15) días hábiles contados a partir de la recepción de la resolución, cumpliera con reparar la suspensión del vehículo materia de denuncia, de modo que no presente los ruidos en la carrocería del mismo y, en caso que dicha reparación no pudiera ser realizada, que entregue a Moquillaza un vehículo igual al que esta empresa adquirió. De no ser posible ello, la Comisión ordenó a Milne que cumpliera con devolver a Moquillaza el monto pagado por la camioneta materia de denuncia.

Dado que se ha verificado la infracción a la Ley de Protección al Consumidor y, en consecuencia, se ha confirmado la resolución de la Comisión en los extremos en que declaró fundada la denuncia tanto por infracción al artículo 8 de la Ley de Protección al Consumidor como al derecho a la información de los consumidores y, por los fundamentos expuestos en la resolución de la Comisión, corresponde confirmar la Resolución N° 294-2002-CPC en el extremo apelado mediante el cual ordenó a Milne que, en un plazo no mayor a quince (15) días hábiles contados a partir de la recepción de la resolución, cumpla con reparar la suspensión del vehículo materia de denuncia, de modo que no presente los ruidos en la carrocería del mismo y, en caso que dicha reparación no pudiera ser realizada, que entregue a Moquillaza un vehículo igual al que esta empresa adquirió. De no ser posible ello, Milne debe cumplir con devolver a Moquillaza el monto pagado por la camioneta materia de denuncia.

III.6. Los costos del peritaje

Dado que, en el presente caso, la Secretaría Técnica de la Comisión encargó al Senati la realización de una pericia del auto materia de denuncia, informando a las partes que el costo del referido peritaje sería asumido por la parte que no resulte favorecida por la resolución final y, considerando que

Milne ha infringido la Ley de Protección al Consumidor, corresponde confirmar la resolución de la Comisión en el extremo apelado mediante el cual ordenó a Milne el pago de la pericia, cuyo monto asciende a S/. 1 025,13.

III.7. Difusión de la presente resolución

En aplicación del artículo 43 del Decreto Legislativo N° 807²⁵⁴ y atendiendo a que la presente resolución interpreta de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, corresponde declarar que ésta constituye un precedente de observancia obligatoria en la aplicación del principio que se enuncia en la parte resolutive. Adicionalmente, corresponde oficiar al Directorio del Indecopi para que éste ordene la publicación de la misma en el diario oficial El Peruano.

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

PRIMERO: confirmar la Resolución N° 294-2002-CPC, en todos sus extremos.

SEGUNDO: de conformidad con lo establecido en el artículo 43 del Decreto Legislativo N° 807, declarar que la presente resolución constituye precedente de observancia obligatoria en la aplicación del siguiente principio:

²⁵⁴ **Decreto Legislativo N° 807. Artículo 43.-**

Las resoluciones de las Comisiones, de las Oficinas y del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación constituirán precedente de observancia obligatoria, mientras dicha interpretación no sea modificada por resolución debidamente motivada de la propia Comisión u Oficina, según fuera el caso, o del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

El Directorio de Indecopi, a solicitud de los órganos funcionales pertinentes, podrá ordenar la publicación obligatoria de las resoluciones que emita la institución en el diario oficial "El Peruano" cuando lo considere necesario por tener dichas resoluciones, las características mencionadas en el párrafo anterior o por considerar que son de importancia para proteger los derechos de los consumidores.

3. De conformidad con lo establecido en la Constitución Política del Perú y en el Decreto Legislativo N° 716, la Protección al Consumidor es un instrumento de superación de la desigualdad informativa existente entre proveedores y consumidores.


4. Se considera como consumidor, de conformidad con lo establecido en el literal a) del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 716, a la persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta un producto, ya sea un bien o un servicio, para fines personales, familiares o de su entorno social inmediato.

5. Las personas naturales y jurídicas pertenecientes a la categoría profesional de los pequeños empresarios son también sujetos afectados por la desigualdad informativa en la relación de consumo y, por tanto, son considerados como consumidores para efectos de la Ley de Protección al Consumidor cuando debido a las necesidades de su actividad empresarial adquieran o utilicen productos, ya sean bienes o servicios, para cuya adquisición o uso no fuera previsible que debieran contar con conocimientos especializados equiparables a aquellos de los proveedores.

TERCERO: solicitar al Directorio del Indecopi que ordene la publicación de la presente Resolución en el diario oficial El Peruano.

Con la intervención de los señores vocales: Juan Francisco Rojas Leo, Julio Durand Carrión, Santiago Francisco Roca Tavel la, Luis Bruno Seminario De Marzi y Lorenzo Antonio Zolezzi Ibárcena.

JUAN FRANCISCO ROJAS LEO



**JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
SOBRE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR**

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

EXP. 1626-2002 AA/TC

EXP. N.º 1626-2002-AA/TC

AREQUIPA

ASPRODUCTO LUCHA CONTRA LA POBREZA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 28 días del mes de enero de 2003, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los señores Magistrados Rey Terry, Presidente; Revoredo Marsano y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Juan Valencia Postigo, en representación de ASPRODUCTO LUCHA CONTRA LA POBREZA, contra la sentencia de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, de fojas 401, su fecha 23 de mayo de 2002, que declaró infundada la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

El recurrente, en representación de la Asociación ASPRODUCTO LUCHA CONTRA LA POBREZA, con fecha 3 de abril de 2001, interpone acción de amparo contra la Junta de Usuarios La Joya Nueva, la Junta de

Usuarios La Joya Antigua, la Dirección Regional Agraria Arequipa, la Administración Técnica del Distrito de Riego del Chili y el Procurador Público para los asuntos judiciales del Ministerio de Agricultura, con el objeto de que cesen las violaciones constitucionales y se garantice su libre acceso al agua que discurre por el canal a la Irrigación San Camilo. Sostiene que su representada posee terrenos ubicados en el distrito de la Joya, existiendo en la actualidad 2,500 viviendas construidas por sus asociados, quienes cubren sus necesidades de líquido elemento extrayendo agua del canal de regadío a la Irrigación San Camilo por medios manuales y con fines de uso doméstico (sic) Así, desde el 14 de febrero de 2000, sus asociados son objeto de amenazas e impedidos de extraer agua del mencionado canal de regadío, violentándose la Ley General de Aguas que establece que las aguas, si excepción alguna, son de Propiedad del Estado, y que su uso para cubrir necesidades primarias y abastecimiento de poblaciones es preferente a otros uso. Alega que ello afecta sus derechos a la vida, a la libertad, a la seguridad personal, a la paz y a la tranquilidad.

La Administración Técnica del Distrito de Riego Chili contesta la demanda, explicando que no tiene relación jurídica alguna con la parte demandante y que jamás ha atentado en contra de sus derechos; agrega que para la utilización de las aguas se requiere permiso, autorización o licencia, según sea el caso, siendo libre y gratuito el uso de las aguas destinadas a satisfacer necesidades primarias; sin embargo, aclara que el canal de riego en cuestión está destinado a fines de irrigación y no de consumo humano.

El Director de la Dirección Regional de Agricultura contesta la demanda solicitando que la misma sea declarada infundada y/o improcedente, dado que la demandante, al estar utilizando agua de propiedad del Estado para sus negocios –sin contar con permiso, autorización o licencia alguna–, está violando flagrantemente la ley, pues no ostenta derecho alguno sobre las tierras que ocupa y menos aún sobre el agua que discurre por la zona.

La Junta de Usuarios del Distrito de Riego Chili- La Joya Antigua, contesta la demanda peticionando que sea declarada improcedente, por cuanto la asociación demandante pretende, vía acción de amparo, conseguir el otorgamiento de una dotación de agua sin tramitar, en la vía regular, dicho pedido a través de una solicitud a la Autoridad Local de Aguas.

La Junta de Usuarios de la Joya Nueva, por su parte, aduce que los integrantes de la Asociación se están reconociendo como autores de delitos previstos por los artículos 185° y 203° del Código Penal, al hacer uso del agua, propiedad exclusiva del Estado, y al dar como destino de ella el riego de sus parcelas, sin que su uso les haya sido otorgado mediante licencia y sin pagar tarifa alguna.

El Tercer Juzgado Civil de Arequipa, con fecha 13 de agosto de 2001, declaró infundada la demanda, por considerar que la autoridad calificada ha determinado que dichas aguas no se encuentran aptas para ser consumidas por seres humanos, por lo que sería atentatorio contra los derechos a la vida, bienestar, salud e integridad de las personas que conforman la Asociación demandante acceder a lo solicitado.

La recurrida confirmó la apelada por considerar que la parte demandante no ha acreditado tener reconocido, a su favor, en forma previa, permiso, autorización o licencia para el uso del agua materia de su pretensión.

FUNDAMENTOS

1. El objeto de la presente acción de garantía es que cesen las violaciones constitucionales en contra de la asociación demandante y se garantice a sus miembros el libre acceso al agua que discurre por el canal a la Irrigación San Camilo, ya que no se les permite la extracción del líquido elemento.

En tal sentido, no se ha acreditado la certeza e inminencia de la amenaza supuestamente formulada por los demandados en contra de la Asociación demandante, pues no se ha evidenciado en autos acto o circunstancia alguna que permita establecerla.

2. En cuanto al uso y aprovechamiento de los recursos naturales, cabe tener presente lo dispuesto en el artículo 66º de la Constitución, en el sentido de que estos, tanto los renovables como los no renovables, son Patrimonio de la Nación, debiendo, a través de una Ley Orgánica, fijarse las condiciones para su utilización y otorgamiento a favor de particulares, situación que es plenamente concordante con lo dispuesto en el D.L. N.º 17752, Ley General de Aguas.

Así, cabe referirse al artículo 1º de dicha norma, que prescribe expresamente que, “Las aguas, sin excepción alguna, son de propiedad del Estado, y su dominio es inalienable e imprescriptible. No hay propiedad privada de las aguas ni derechos adquiridos sobre ellas. El uso justificado y racional del agua, sólo puede ser otorgado en armonía con el interés social y el desarrollo del país”.

3. Por ello, tal y como esta previsto en el artículo 28º de la Ley General de Aguas, el uso de las aguas (en sus más variados tipos), debe otorgarse mediante permiso, autorización o licencias, lo que no ha ocurrido en el presente caso, pues no se aprecia en autos documento alguno en tal sentido. Y aun cuando el artículo 8º de la citada norma dispone que toda persona, para utilizar el recurso citado, requiere de permiso, autorización o licencia, también dicha norma establece como excepción, que ello no es necesario en el caso de los recursos destinados a satisfacer necesidades primarias.

Ello, evidentemente, supone hacer distinciones respecto al uso del recurso hídrico; sin embargo, en autos no se aprecia documento alguno que permita

discernir si el agua extraída sirve para cubrir necesidades primarias, o por el contrario, para el regadío de las 713.36 hectáreas cuya propiedad se atribuye la Asociación demandante (escrito de demanda, fojas 17), sino sólo un Acta de Constatación del Juez de Paz del Distrito de La Joya (fojas 5), en la que no se deja constancia del uso que se le da al agua.

4. No obstante lo expuesto, y aun cuando fuera cierta la alegación del uso doméstico del agua por parte de la Asociación demandante, aquella situación constituiría un riesgo para la salud de sus asociados, puesto que como se aprecia de fojas 235 a 237, el Ministerio de Salud –sobre la base de un análisis de laboratorio– declaró que las aguas del canal de regadío de la Irrigación San Camilo no son aptas para el consumo humano, por encontrarse la presencia de coniformes totales y fecales por encima de los valores permisibles. Por tales razones debe desestimarse la demanda.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución del Perú y su Ley Orgánica,

FALLA

CONFIRMANDO la recurrida que, confirmando la apelada, declara **INFUNDADA** la acción de amparo. Dispone la notificación a las partes, su publicación conforme a ley y la devolución de los actuados.

SS.

REY TERRY

REVOREDO MARSANO

GARCÍA TOMA

EXP. 1006-2002 AA/TC

EXP. N.º 1006-2002-AA/TC

LIMA

NELLY NINFA YOLANDA FEBRES POLANCO DE ROMÁN

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 28 días del mes de enero del 2003, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, con asistencia de los señores Magistrados Rey Terry, Revoredo Marsano y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por doña Nelly Ninfa Yolanda Febres Polanco de Román contra la sentencia emitida por la Sala de Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 86, su fecha 5 de setiembre del 2001, que declara improcedente la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 20 de junio del 2000 la recurrente interpone acción de amparo contra la Empresa de Distribución Eléctrica de Lima Norte S.A. (EDELNOR S.A.), alegando que se viene afectando sus derechos constitucionales al haberse instalado en forma adyacente a su vivienda postes con equipos de alta tensión, motivo por el que solicita el retiro de los mismos y que la demandada se abstenga en el futuro de ejecutar obras que afecten su propiedad o que pongan en riesgo su salud, seguridad, integridad física o tranquilidad, o la de quienes habitan el predio de su propiedad.

Afirma que es propietaria del predio ubicado en la Av. Eduardo de Habich N.º 393, urbanización Ingeniería, distrito de San Martín de Porres, el mismo que al momento de su compra tenía calificación residencial y comercial. Dicha propiedad fue adquirida con el propósito de levantar un edificio comercial acorde con la zonificación, lo que, por otra parte, se complementaba con la

zona de parqueo vehicular ubicada en el frente adyacente al predio. Expone que, con fecha 27 de mayo del 2000, una cuadrilla de trabajadores contratados por la emplazada concurrió a la antes referida zona de parqueo y procedió a ejecutar obras conducentes a la construcción de un ducto subterráneo y sembrado de postes, con objeto de instalar equipos eléctricos de alta tensión. Tales construcciones, que culminaron al día siguiente con la instalación de los referidos equipos, obstaculizan el tránsito por la puerta de acceso a los establecimientos que tiene planeado construir, eliminan la zona de parqueo comercial y deterioran el valor de su propiedad. Por otra parte, expresa que debe tenerse en cuenta que los equipos de alta tensión colindarían con el proyectado segundo piso de su propiedad, a una distancia menor de dos metros, exponiendo la salud de los moradores y causando perturbaciones a los equipos electrónicos de comunicación, además de constituir una permanente amenaza contra quienes deseen acceder al predio de su propiedad. Agrega que la ejecución de las obras se ha llevado a cabo sin comunicación ni consulta a la municipalidad vulnerándose con ello los artículos 46°, 48° y 49° de la Ordenanza N.° 203 e incurriéndose en las infracciones tipificadas en el artículo 52°, numerales 1) y 10), de la referida norma.

EDELNOR S.A. contesta la demanda negándola y contradiciéndola, alegando que la pretensión contenida en la demanda no es tramitable en una acción de amparo y que en todo caso debe ser discutida en la vía ordinaria, más aún si se aduce la violación del derecho de propiedad de un predio, en el cual la demandante solo tiene proyectado construir un centro comercial, mas no adjunta prueba alguna que así lo acredite. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la mencionada subestación fue instalada a solicitud de los propios vecinos de la cuadra 4 de la zona, quienes venían reclamando a la empresa por la baja tensión que existía en el lugar y que afectaba no sólo a sus instalaciones, sino principalmente a sus negocios. Señala, además, que sí se le informó al respecto a la municipalidad, con fecha 15 de mayo de 2000, y que, por lo que se refiere a la distancia mínima de seguridad, la subestación no se encuentra instalada en la propiedad de la demandante, sino en la vía pública, conforme a lo que señala el Código Nacional de Electricidad.

El Primer Juzgado Corporativo Transitorio Especializado en Derecho Público de Lima, con fecha 17 de julio del 2000, declara infundada la demanda, por considerar que la demandante no ha acreditado la amenaza inminente de violación de sus derechos constitucionales, ni tampoco ha acompañado documento con el que sustente un posible desmedro económico sufrido en el valor real de su predio como producto de las obras ejecutadas por la demandada. Por otro lado, indica que tampoco se ha ejecutado la obra afectándose el predio de la actora y que se ha procedido con conocimiento del gobierno local.

La recurrida revoca la apelada y declara improcedente la demanda, por considerar que las municipalidades promueven la adecuada prestación de los servicios públicos locales, por lo tanto, la actora debió efectuar su reclamo ante la Municipalidad Distrital de San Martín de Porres y, luego de agotar la vía administrativa, recurrir al órgano jurisdiccional; máxime si la emplazada cumplió con comunicar a dicha municipalidad la realización de la obra pública materia de cuestionamiento.

FUNDAMENTOS

1. La presente demanda tiene por objeto que se ordene a EDELNOR S.A. el retiro de los postes con equipos de alta tensión instalados en forma adyacente a la vivienda de la demandante, y que la citada empresa se abstenga, en el futuro, de ejecutar obras que afecten su propiedad o que pongan en riesgo su salud, seguridad, integridad física o tranquilidad, o la de quienes habitan el predio de su propiedad.

De manera preliminar a la dilucidación de la presente controversia y tomando en consideración el sentido de la resolución recurrida, este Colegiado considera necesario pronunciarse acerca de la exigibilidad de la regla de agotamiento de la vía previa. En tal sentido, estima que en el caso de autos no es exigible agotar cualquier trámite administrativo, pues éste no se encuentra regulado. Al respecto, si bien el numeral 3 del artículo 4° de la Ordenanza N.° 203, Reglamento para la Ejecución de

Obras en la Áreas de Dominio Público, establece que las municipalidades distritales son competentes para resolver los recursos impugnativos relacionados con la ejecución de obras en las áreas de dominio público, dicha norma no es aplicable a los usuarios finales, sino a todas las personas naturales o jurídicas que realicen algún tipo de intervención, obra o trabajo en áreas de dominio público. En consecuencia, resulta de aplicación al presente caso el inciso 3 del artículo 28° de la Ley N.° 23506.

2. Merituados los argumentos de las partes y las instrumentales obrantes en el expediente, el Tribunal considera que la presente demanda resulta legítima en términos constitucionales, habida cuenta de lo siguiente:

- a. Es evidente que, aun cuando la discusión de la presente controversia se ha centrado en determinar si se habría causado un perjuicio de tipo económico a la propiedad de la recurrente, por haberse instalado una subestación eléctrica de tipo aéreo en las cercanías o el frontis de su predio, el tema principal es dilucidar si con la referida instalación se vulnera o amenaza algo más importante que lo que puedan representar los beneficios económicos por el uso o disfrute de tal derecho
- b. Es dable admitir que si lo que pretende la demandante es únicamente reclamar por los eventuales perjuicios pecuniarios que le pudiera acarrear el hecho de que su propiedad no pueda ser valorada adecuadamente frente a los hipotéticos riesgos derivados de la ya citada instalación o frente a las ventajas que traería consigo el uso del parqueo vehicular frente a su predio, la controversia simplemente carecería de objeto en la presente vía, pues no solo de trataría de un asunto estrictamente legal, sino que, por su propia naturaleza, requeriría de un proceso judicial ordinario, en el que, con etapa probatoria de por medio, se pudiera demostrar con nitidez lo que se afirma.

- c. En cambio, si la controversia se enfoca desde el supuesto de una eventual amenaza o afectación directa a derechos constitucionales, como la misma propiedad, la tranquilidad, la integridad, la salud o, incluso, la vida, es evidente que el asunto deja de ser meramente legal para transformarse en un tema de implicancias decisivamente constitucionales. La propia recurrente lo ha señalado también en su demanda, aunque quizás no con el suficiente énfasis.
- d. Un Estado de derecho que proclama como valor primordial la defensa de la persona, no puede desatenderse de mecanismos con los que efectivamente se garantice su protección adecuada. Cualquiera que fuese el medio en el que se desenvuelva o se desarrolle la persona, no se le puede atropellar en sus derechos esenciales exponiéndola a riesgos o perjuicios innecesariamente ocasionados por las propias personas, por las organizaciones colectivas que los conforman, o por el propio Estado en cualquiera de sus corporaciones.
- e. El caso de autos se relaciona con lo que la doctrina constitucional considera la protección al usuario, mediante la cual no solo se tiene derecho a recibir servicios esenciales, sino también a que estos sean dispensados en condiciones óptimas o, al menos, favorables. De asumirse que lo único que importa es el servicio y no la manera como este se brinde, simplemente se estaría pasando por encima de la Constitución.
- f. En el caso de autos queda claro que aunque la empresa demandada haya cumplido en lo formal con una función de servicio que las leyes le reconocen, no se advierte que la misma haya sido ejercida de una forma eficiente o idónea, conforme lo impone la Constitución.
- g. El hecho de que exista una necesidad por mejorar los servicios de abastecimiento eléctrico en beneficio de un grupo de ciudadanos, no significa que esta se satisfaga afectando los intereses de esos

mismos ciudadanos o de otros distintos, como parece ocurrir en el presente caso. Ciertamente es que la demandante no ha demostrado en el presente proceso que su economía se haya visto deteriorada con la instalación eléctrica que cuestiona; pero, sí ha acreditado – basta observar el panax fotográfico que adjunta – que la referida subestación aérea constituye un riesgo potencial y, además, permanente para su propiedad y, sobre todo, para la tranquilidad, la integridad o la vida de quienes son moradores o habitantes de su predio, debido a que la emplazada, al no haber obtenido la autorización municipal para la ejecución de la obra, no ha acreditado técnicamente que ésta no representa una amenaza a los derechos fundamentales antes citados, no solo de la actora sino de los vecinos de la zona.

- h. Tiene relación directa con lo antes señalado, que la demandada se ampare en el Código Nacional de Electricidad (aprobado por Resolución Ministerial N.º 366-2001-EM/VME del 6 de Agosto del 2001) para alegar que en la ejecución de la obra se han respetado las distancias de seguridad. Al respecto, no obstante que no ha invocado la norma que supuestamente justifique su proceder, tampoco ha aportado elementos con los que acredite que las condiciones en que ella se ejecuta son las requeridas y que, por consiguiente, no se estarían poniendo en riesgo los derechos de la recurrente.
- i. Tampoco ha explicado la demandada por qué, si la subestación aérea responde al mejoramiento del servicio eléctrico para los moradores de la cuadra 4 de la avenida Eduardo de Habich del distrito de San Martín de Porres, ésta se ha instalado en la cuadra 3 de la referida avenida.
- j. Finalmente y como colofón de lo señalado, cabe precisar que la demandada pretende justificar su proceder invocando los artículos 97º y 109º de la Ley de Concesiones Eléctricas N.º 25844, que habilitan a las empresas concesionarias del servicio

público de electricidad para abrir los pavimentos, calzadas y aceras en las vías públicas, sin costo alguno y dando aviso a las municipalidades; sin embargo, omite señalar, que dichas normas en ningún momento se refieren a la incorporación de instalaciones eléctricas, sean aéreas o de otro tipo. Por el contrario, la Ordenanza N.º 203, emitida por la Municipalidad Metropolitana de Lima y publicada con fecha 28 de enero de 1999, mediante la cual se aprueba el Reglamento para la Ejecución de Obras en las Áreas de Uso Público, expresamente contempla:

"artículo 7º: Las empresas de servicios públicos, o las personas naturales o jurídicas correspondientes, están obligadas a tramitar ante la respectiva Municipalidad la autorización de ejecución de obra en áreas de dominio público; para cada una de las intervenciones, conforme a los procedimientos y requisitos que se establecen en esta ordenanza. La presentación de la programación anual de obras en la vía pública no exime del trámite de autorización para cada una de las intervenciones;

artículo 16º : Las personas naturales o jurídicas que hayan obtenido autorización de ejecución de obras en áreas de dominio público deberán tramitar obligatoriamente el correspondiente Certificado de Conformidad de Obra en un plazo máximo de treinta días de terminada la obra; **artículo 23º:** Las empresas de servicios públicos y cualquier otra persona natural o jurídica que realicen obras de magnitud en las áreas de dominio público, completar según versión original para el año siguiente. La programación comprenderá las obras de mantenimiento, ampliación o construcción de sus redes, presentando los planos integrales de las mismas, incluyendo redes existentes y señalando la oportunidad y plazos propuestos para las intervenciones programadas. La programación de ejecución de obras en las áreas de dominio público será actualizada

trimestralmente. Cualquier modificación de la programación deberá ser comunicada con una anticipación no menor de treinta (30) días; **artículo 48°** Queda prohibida la instalación de cualquier elemento de seguridad eléctrica [...] que obstaculice la libre circulación de peatones o de vehículos, los cuales deberán ser canalizados en forma subterránea o a través de la vía y empotrados en los paramentos de los inmuebles o a través del interior de los mismos"; **artículo 49°** : Queda prohibida la ampliación de redes aéreas en áreas urbanas consolidadas; estas ampliaciones sólo se permitirán en áreas urbanas no consolidadas y con el carácter de provisionales".

Incluso, conforme al artículo 52° de la misma norma "Las infracciones en que incurran las personas naturales o jurídicas que ejecuten obras en áreas de dominio público por incumplimiento de las obligaciones y prohibiciones establecidas en la presente ordenanza son: 1) Ejecutar obras en la vía pública sin contar con la autorización municipal respectiva, y 10) Colocar cables y otros elementos antirreglamentarios adosados a fachadas o cruzando vías, o el realizar cableado aéreo en zonas no permitidas".

Del recuento normativo precedente, se desprende que la autorización municipal era requisito indispensable para ejecutar la obra, y que la comunicación cursada por la empresa EDELNOR S.A. a la Municipalidad distrital de San Martín de Porres (a fojas 14) era notoriamente insuficiente; por consiguiente, al no existir tal autorización, se ha infringido una norma y no tiene validez lo realizado por la demandada. Es más, dicha omisión amenaza los derechos constitucionales a la tranquilidad, la integridad y la vida de las personas vecinas de la zona.

3. Por consiguiente, y habiéndose acreditado la existencia de una amenaza evidente sobre los derechos constitucionales de la demandante, la

presente demanda deberá estimarse otorgándose la tutela correspondiente, debiendo la demandada retirar los postes y la subestación aérea instalados; Quedando a salvo su derecho de ejecutar nuevas obras en la zona objeto de la controversia, siempre que estas no amenacen los derechos fundamentales precitados y que cumpla con obtener la autorización municipal respectiva.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones conferidas por la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica,

FALLA

REVOCANDO la recurrida, que, revocando la apelada, declaró improcedente la demanda; y, reformándola, la declara **FUNDADA** y, en consecuencia, ordena a la Empresa de Distribución Eléctrica de Lima Norte S.A. (EDELNOR S.A.) retirar los postes con equipos de alta tensión instalados en forma adyacente a la vivienda de la demandante ubicada en la avenida Eduardo de Habich N.º 393, urbanización Ingeniería, distrito de San Martín de Porres, y que se abstenga, en el futuro, de ejecutar obras sin contar con la autorización municipal correspondiente. Dispone la notificación a las partes, su publicación conforme a ley y la devolución de los actuados.

SS.

REY TERRY

REVOREDO MARSANO

GARCÍA TOMA

EXP. 795-2002 AA/TC

EXP. N.º 795-2002-AA/TC

ABANCAY

TEODORO SÁNCHEZ BASURTO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 29 días del mes de enero de 2003, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, con asistencia de los señores Magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen y Gonzales Ojeda, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Teodoro Sánchez Basurto contra la sentencia de la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Abancay, de fojas 165, su fecha 27 de febrero de 2002, que declaró improcedente la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 16 de agosto del 2001, el recurrente interpone acción de amparo contra el fiscal provisional de prevención del delito de Abancay, don Carlos Chirinos Apaza, a fin de que se deje sin efecto la orden de inmovilización de 60 cilindros de alcohol etílico ubicados en el establecimiento comercial Distribuciones Lucero, alegando que con ello se vulnera su derecho a la libertad de trabajo. Manifiesta que el 5 de julio de 2001 se allanó la referida distribuidora sin autorización judicial, afectándose su derecho a la inviolabilidad de domicilio; que no está prohibida la venta de alcohol etílico y que su representada cuenta con todas las licencias exigidas por ley.

El emplazado alega que el recurrente no cuenta con registro sanitario para expender el producto inmovilizado, y que debe verificarse si el mismo es apto para el consumo humano, lo que se determinará con los resultados de la pericia físico-química y bromatológica que remita la Dirección General de Salud Ambiental, agregando que en su condición de Fiscal de Prevención del Delito ha actuado conforme a ley.

El Juzgado Mixto de Abancay, con fecha 3 de diciembre de 2001, declaró improcedente la demanda, argumentando que el Fiscal emplazado actuó

conforme a sus atribuciones, y que el recurrente no se encuentra legitimado para demandar.

La recurrida confirmó la apelada por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

1. La apelada y la recurrida argumentan que, conforme al artículo 26° de la Ley N.° 23506, el recurrente no se encuentra legitimado para demandar, lo que carece de sustento. En efecto, no sólo porque a fojas 111 de autos obra la carta poder con firma legalizada notarialmente, sino porque ello no resulta acorde con el principio *pro homine*, según el cual, ante eventuales diferentes interpretaciones de un dispositivo legal, se debe optar por la que conduzca a una mejor protección de los derechos fundamentales, descartando así las que restrinjan o limiten su ejercicio. Vale decir, que el principio *pro homine* impone que, en lugar de asumir la interpretación restrictiva, en el presente caso, del artículo 26° de la Ley N.° 23506, y así impedir el ejercicio del derecho a la tutela judicial, se elija la tesis que posibilite que el particular pueda ejercer su derecho a la tutela jurisdiccional, para impugnar el acto presuntamente lesivo.
2. El demandante pretende que se deje sin efecto el acta de inmovilización obrante a fojas 24, del 5 de julio de 2001, que consigna el allanamiento del establecimiento comercial Distribuciones Lucero, efectuado por el Fiscal emplazado, en el que se dispone la inmovilización de 60 cilindros que contienen alcohol etílico, debido a que el recurrente no presentó un análisis físico-químico y bromatológico de fecha reciente y realizado por entidad oficial, extrayéndose, según consta en la misma acta, dos muestras de cañazo y dos de alcohol etílico, a fin de remitirlas a la Dirección General de Salud Ambiental (DIGESA) para los análisis correspondientes.
3. Si bien es cierto que el Informe N.° 1135-2001-DEHAZ (a fojas 127), emitido por la Dirección General de Salud Ambiental, del 27 de setiembre de 2001, estableció que las muestras de cañazo eran aptas para consumo humano, y las de alcohol para ser utilizadas como

insumo, por cuanto ambas cumplían los criterios físico-químicos recomendados por las disposiciones sanitarias vigentes; sin embargo, el referido órgano emitió un nuevo informe aclaratorio.

4. En efecto, en el auto apertorio de instrucción N.º 2001-662-030101JP01, del 6 de diciembre de 2001, remitido a este Colegiado por el Primer Juzgado Penal de Abancay, consta que DIGESA, aclarando su informe inicial, emitió el Informe N.º 1359-2001-DEHAZ, en el que se determinó que "[...] en la forma como se encuentra el alcohol no puede ser consumido en forma directa por su alto grado alcohólico, siendo apto para la elaboración de bebidas alcohólicas, siempre y cuando sea mezclado con agua potable [...]". Y agrega que "Los denunciados venían adquiriendo y comercializando alcohol desde hace tres años, siendo el caso que en esta zona el alcohol es comercializado para consumo humano, toda vez que no existen industrias que se dediquen a la elaboración de bebidas alcohólicas, ni tampoco se cuenta con agua potable tratada para rebajar el grado alcohólico; por lo que al comercializarlo en ese grado, se viene atentando contra la salud de los consumidores". Por ello, el precitado juzgado ha resuelto abrir instrucción contra Teodoro Sánchez Basurto y otra por el delito contra la salud pública en la modalidad de comercialización de productos nocivos para la salud.
5. Consecuentemente, este Colegiado considera que no se ha configurado la alegada vulneración de los derechos invocados por el recurrente, como tampoco se ha acreditado que el emplazado haya actuado arbitrariamente, razones por las que la demanda no puede ser estimada.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica,

FALLA

REVOCANDO la recurrida, que, confirmando la apelada, declaró improcedente la demanda; y, reformándola, la declara **INFUNDADA**. Dispone la notificación a las partes, su publicación conforme a ley y la devolución de los actuados.

SS.

ALVA ORLANDINI

BARDELLI LARTIRIGOYEN

GONZALES OJEDA



EXP. N.º 1036-2002-AA/TC

EXP. N.º 1036-2002-AA/TC

LIMA

AMYELLA ANTONET CHUMBES ZÚÑIGA

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

VISTA

La solicitud de aclaración presentada por doña Amyella Antonet Chumbes Zúñiga respecto de la sentencia constitucional emitida con fecha 28 de enero de 2003; y,

ATENDIENDO A

1. Que mediante la sentencia cuya aclaración se solicita, este Colegiado ha declarado fundada la demanda interpuesta contra Luz del Sur S.A.A., ordenando reinstalar el servicio de fluido eléctrico en el domicilio de la recurrente.
2. Que el efecto restitutorio de las acciones de garantía consiste en devolver las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, conforme lo establece el artículo 1° de la Ley N.° 23506. En dicho contexto y al haberse dispuesto que la demandada deje de afectar los derechos de la recurrente, es evidente que ha operado el antes citado efecto restitutorio, culminando con ello el presente proceso constitucional.
3. Que el hecho de que puedan deducirse eventuales perjuicios contra la recurrente durante el periodo en que la demandada vulneró sus derechos, requeriría, a juicio de este Colegiado, de una vía procesal adecuada, donde pudieran actuarse los medios probatorios destinados a tal propósito. No estando permitido ello mediante una simple aclaración, ésta resulta desestimable.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica,

RESUELVE

Declarar **sin lugar** la solicitud de aclaración presentada, dejando a salvo el derecho de la demandante para, si lo estima pertinente, acudir a la vía judicial ordinaria. Dispone su notificación y la devolución de los actuados.

SS.

ALVA ORLANDINI
REVOREDO MARSANO
GARCÍA TOMA



EXP. N.º 0008-2003-AI/TC

LIMA

MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 11 días del mes de noviembre de 2003, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores Magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen,

Vicepresidente; Rey Terry, Aguirre Roca, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos singulares de los magistrados Aguirre Roca y Bardelli Lartirigoyen.

ASUNTO

Acción de inconstitucionalidad interpuesta por don Roberto Nesta Brero, en representación de 5,728 ciudadanos, contra el artículo 4° del Decreto de Urgencia N.° 140-2001.

ANTECEDENTES

Los recurrentes, con fecha 16 de julio de 2003, interponen acción de inconstitucionalidad contra el artículo 4° del Decreto de Urgencia N.° 140-2001, por considerar que vulnera el inciso 19) del artículo 118° de la Constitución, así como los derechos fundamentales a la libre iniciativa privada, a la libertad de empresa, a la libertad de contratación y a la propiedad, consagrados en la Constitución Política vigente.

Alegan que la disposición fue expedida sin cumplir los supuestos habilitantes previstos en el inciso 19) del artículo 118° de la Constitución, dado que, en los días de su promulgación, no existía ninguna situación extraordinaria o de excepcional gravedad en el país en el sector económico o financiero; y que en el contenido de la norma no se hace alusión a ningún evento o circunstancia extraordinaria.

Asimismo, refieren que el artículo 4° de la norma impugnada permite que mediante decreto supremo se puedan fijar tarifas mínimas para la prestación del servicio de transporte terrestre nacional e internacional de pasajeros y carga, lo que supone una delegación de facultades prohibida por la Constitución; que dicha delegación ha sido asumida por el Decreto Supremo N.° 021-2003-MTC, publicado el 14 de mayo de 2003, que estableció precios mínimos para el transporte; que, en virtud de ello, todos los contratos de

transporte sufrieron la intromisión del Estado, pues los precios de dicho servicio ya no pudieron fijarse libremente de acuerdo a la oferta y la demanda; y, finalmente, que los derechos constitucionales de contenido económico son afectados si es el Estado quien, sin una motivación razonable, impone las condiciones contractuales en variables tan importantes como el precio o el valor de los bienes y servicios.

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales de la Presidencia del Consejo de Ministros y apoderado especial del Poder Ejecutivo, contesta la demanda manifestando que la norma impugnada es constitucional, pues en todo momento precisa que las medidas adoptadas serán extraordinarias y basadas en estudios técnicos; que el Decreto de Urgencia N.º 140-2001 no ha vulnerado derechos fundamentales, y solamente los ha limitado; que, con su expedición, el Estado afrontaba una emergencia económica motivada por el bloqueo de carreteras y una huelga en el sector transporte, estableciendo una barrera mínima obligatoria a partir de la cual se fija el precio del transporte libremente, lo cual resulta razonable; y que la disposición cuestionada no ha efectuado ninguna delegación normativa en los decretos supremos, sino que éstos únicamente han reglamentado la norma.

FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio

1. Los recurrentes interponen la presente acción de inconstitucionalidad contra el artículo 4º del Decreto de Urgencia N.º 140-2001, alegando que éste fue expedido fuera de los supuestos establecidos en el inciso 19) del artículo 118º de la Constitución, dado que –según afirman- no existía ninguna situación extraordinaria o excepcional en materia económica o financiera que lo justifique. Asimismo, refieren que la disposición cuestionada contraviene diversos dispositivos constitucionales que consagran el modelo económico adoptado por la Carta Fundamental, toda vez que “(...) no existe libre competencia, ni libertad de empresa, y mucho

menos economía de mercado, si es el Estado quien impone las condiciones contractuales en aspectos tan importantes como el precio o valor de los bienes y servicios (...).”

Sostienen que no existe sustento ni justificación razonable para que el Poder Ejecutivo desconozca las libertades y derechos constitucionales a la libertad de empresa, a la libertad de contratación y a la propiedad.

Adicionalmente, señalan que la norma cuestionada está viciada de inconstitucionalidad por permitir que un decreto supremo sea el instrumento jurídico mediante el cual se decidan medidas extraordinarias.

§2. La “Constitución económica”

2. El Tribunal Constitucional estima que, tal como aparece planteada la cuestión controvertida, resulta pertinente analizar el modelo económico consagrado por la Constitución, y, ante todo, destacar la importancia que reviste la inclusión de un régimen económico en la Carta Fundamental.
3. No es ajeno a este Colegiado el hecho de que cierto sector de la doctrina y de la propia comunidad económica cuestione la conveniencia de incluir en el texto constitucional normas orientadas a establecer las pautas básicas sobre las que debe fundarse el régimen económico de una sociedad. Y aunque no se expone de manera categórica, no es difícil deducir que en dichas críticas subyace el temor al supuesto riesgo de restar flexibilidad a un régimen que, desde tal perspectiva, debe estar sometido al imperio del mercado.

Al respecto, es necesario enfatizar que el verdadero riesgo sería que la recomposición de las desigualdades sociales y económicas quede librada a la supuesta eficiencia de un mercado que, por razones de distinta índole, se instituye desde una indiscutible disparidad entre los distintos agentes y operadores de la economía.

En efecto, así como el excesivo poder político del Estado ha sido siempre un riesgo para la libertad humana, de la misma forma el poder privado

propiciado por una sociedad corporativa constituye una grave y peligrosa amenaza para la regencia del principio de justicia. Norberto Bobbio precisa que "(...) por debajo de la "no libertad", como sujeción al poder del príncipe, hay una "no libertad" más profunda [...] y más difícilmente extirpable: la "no libertad" como sumisión al aparato productivo y a las grandes organizaciones del consenso y del disenso que la sociedad corporativa inevitablemente genera en su seno (...)". (Citado por Pedro de Vega en: *Neoliberalismo y Estado*. En: *Pensamiento Constitucional*. Año. N.º IV. N.º 4, 1997, pág. 34). Por ello, no sólo es saludable, sino imprescindible, consolidar al más alto nivel jurídico y político las reglas macro que procuren una economía orientada hacia un Estado social y democrático de derecho.

§3. La Constitución como unidad. Interpretación institucional y social

4. Previamente al análisis hermenéutico del modelo económico constitucional, conviene precisar que si bien es posible aplicar a la Norma Fundamental los criterios interpretativos propiamente aplicables a las normas de rango legal (a saber, los métodos literal, sistemático, histórico y sociológico), no es menos cierto que la Constitución posee también un importante contenido político, dado que incorpora no sólo reglas imperativas de exigencia o eficacia inmediata o autoaplicativa, sino también un cúmulo de disposiciones que propugnan el "programa social" del Estado, en una de cuyas vertientes principales se sitúa el régimen económico constitucional.

Se trata pues, en buena cuenta, de la distinción a la que alude Robert Alexy, cuando subraya la existencia de "normas constitucionales regla" y "normas constitucionales principio" (*Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, segunda reimpresión, 2001)

Entonces, a los clásicos criterios de interpretación, deben sumarse aquellos que permitan concretar de mejor manera los principios que inspiran los postulados político-sociales y político-económicos de la Carta. Por ello la pertinencia en proceder, por una parte, a una interpretación institucional de sus cláusulas y, por otra, a una social.

5. La interpretación institucional permite identificar en las disposiciones constitucionales una lógica hermenéutica unívoca, la que, desde luego, debe considerar a la persona humana como el *prius* ético y lógico del Estado social y democrático de derecho. En efecto, las normas constitucionales no pueden ser comprendidas como átomos desprovistos de interrelación, pues ello comportaría conclusiones incongruentes. Por el contrario, su sistemática interna obliga a apreciar a la Norma Fundamental como un todo unitario, como una suma de instituciones poseedoras de una lógica integradora uniforme.

Por ello es necesario sustraerse de las posiciones subjetivas que pretendan glosar la Carta Fundamental, pues, como afirma Manuel García Pelayo, “lo significativo para la interpretación no es la razón instrumental o la voluntad subjetiva del constituyente, sino la racionalidad y voluntad objetivas que se desprenden del texto.” (García Pelayo, M. *Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución*. En la obra colectiva *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, a cargo de M. Ramírez, Zaragoza, 1979, pág. 79). A tal propósito coadyuvan los principios interpretativos institucionales de “unidad de la Constitución”, “eficacia integradora” y “concordancia práctica”.

Dichos principios, que no son sino muestras de un criterio de interpretación institucional superior, permiten inferir lo que Peter Häberle denomina las “cristalizaciones culturales” subyacentes en todo texto jurídico, las que, sin duda, se encuentran contenidas también en la Constitución Personal.

Ninguna sociedad que se precie de mantener una sólida identidad con el bien común, puede soslayar que la Norma Fundamental encierra todo un complejo cultural, en el que es posible identificar un “mínimo común axiológico”, esto es, el punto de encuentro entre los valores básicos de la comunidad. Así, “la Constitución no se limita a ser un conjunto de textos jurídicos o un mero compendio de reglas normativas, sino la expresión de

un grado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación (...) de todo un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas y deseos. (...). De ahí que los propios textos de la Constitución deban ser literalmente “cultivados” (la voz “cultura” como sustantivo procede del verbo latino *cultivare*) para que devengan auténtica Constitución.”. (Häberle, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Traducción de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000, pp. 34-35).

Consecuentemente, será un imperativo de este Colegiado identificar los contenidos valorativos dispuestos en la Carta Fundamental, que la erigen como la *letra viva* que plasma la propia esencia cultural de nuestra sociedad, y que son el fundamento tanto para reconocer las dificultades y contingencias del presente como para avizorar las eventuales soluciones a futuro.

Los fundamentos axiológicos de la Constitución -cuyo presupuesto ontológico es la dignidad de la persona humana (artículo 1º)-, son la expresión y la propia proyección de nuestra comunidad. De ahí su importancia; y la necesidad inexorable de reconocerlos, desarrollarlos y ubicarlos en el contenido esencial de todos y cada uno de los derechos fundamentales.

En efecto, el núcleo duro de los derechos fundamentales, más allá de la materia concreta sobre la que versen, y al margen de la técnica ponderativa que pueda aplicárseles, está imbuido de los valores superiores de nuestro orden constitucional. Y es que un derecho fundamental desprovisto de la raigambre ética que debe transitar nuestro sistema cultural, poco tendrá siquiera de “derecho”, pues estará condenado al repudio social.

6. Por su parte, la interpretación social permite maximizar la eficiencia de los derechos económicos, sociales y culturales en los hechos concretos, de modo tal que las normas programáticas, en cuya concreción reside la clave del bien común, no aparezcan como una mera declaración de buenas intenciones, sino como un compromiso con la sociedad dotado de metas

claras y realistas. Es menester recordar que el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, obliga a los Estados a actuar de manera individual y conjunta para alcanzar la efectividad de los derechos que dicho texto reconoce.

El artículo mencionado establece que *“(...) Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.”*. El enunciado de dicho artículo, en lo sustancial, se repite en el artículo 26° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

7. Desde tal perspectiva, bajo la directriz de la dignidad de la persona humana, valor por excelencia de nuestro orden constitucional, es primordial “integrar” el contenido social de la República (artículo 43° la Constitución); el material ético del principio democrático, presente no sólo como presupuesto de los derechos políticos, de lo que es ejemplo incuestionable el artículo 35° de la Ley Fundamental, sino también en el ejercicio de los derechos económicos y sociales (v.g. el artículo 28°); el principio de soberanía popular (artículo 3° y 43°); el principio de igualdad, especialmente en su vertiente sustancial, contenida de manera manifiesta en el artículo 59°; y en el caso más concreto de la economía, el principio de economía social de mercado (artículo 58°), amén del bien común.

8. Como resulta evidente, ningún ámbito de la Carta Fundamental es ajeno a los criterios interpretativos expuestos, menos aún las normas que dan forma y sustancia a lo que se ha convenido en denominar “Constitución económica”. Y es que dichas disposiciones suponen el establecimiento de un plexo normativo que tiene como finalidad configurar el ámbito jurídico en el cual se desarrollará la actividad económica de nuestro país, y cuyo

propósito es que la actuación del Estado y los ciudadanos sea coherente con la naturaleza y los fines del Estado social y democrático de derecho.

De ahí que el fundamento para la inserción de temas de carácter económico dentro de una Constitución, sea el sometimiento al valor de la justicia de las decisiones económicas que incidan en la vida social, en la promoción y tutela de los derechos fundamentales de la persona, y en el aseguramiento del bien común. En buena cuenta, la finalidad de tal incorporación normativa es enfatizar la idea de que toda economía colectiva debe cumplir mínimos supuestos de justicia.

§4. Sobre los principios constitucionales que informan al modelo económico

9. La interpretación interdependiente de la institucionalidad constitucional permitirá aprehender adecuadamente el contenido y la finalidad del modelo económico establecido en la Constitución. Para ello, es preciso determinar previamente los principios básicos de la estructura del sistema constitucional económico.

§4.1 El Estado peruano como Estado social y democrático de derecho

10. El Estado peruano definido por la Constitución de 1993, presenta las características básicas de Estado social y democrático de derecho. Así se concluye de un análisis conjunto de los artículos 3° y 43° de la Ley Fundamental. Asimismo, se sustenta en los principios esenciales de libertad, seguridad, propiedad privada, soberanía popular, separación de las funciones supremas del Estado y reconocimiento de los derechos fundamentales. Principios de los que se deriva la igualdad ante la ley y el necesario reconocimiento de que el desarrollo del país se realiza en el marco de una economía social de mercado.

§4.1.a Fundamentos ideopolíticos del Estado social y democrático de derecho

11. El Estado social y democrático de derecho no obvia los principios y derechos básicos del Estado de derecho, tales como la libertad, la seguridad, la propiedad privada y la igualdad ante la ley; antes bien, pretende conseguir su mayor efectividad, dotándolos de una base y un contenido material, a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca. Así, no hay posibilidad de materializar la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañados de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real (García Pelayo, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Editorial Alianza. 1980, pág. 26), lo que supone la existencia de un conjunto de principios que instrumentalicen las instituciones políticas, fundamenten el sistema jurídico estadual y sustenten sus funciones.

Ahora bien, siendo la dignidad humana el presupuesto de todos los derechos fundamentales, su reconocimiento es una condición para el ejercicio de la libertad, entendida como aquella condición humana según la cual ninguna persona se halla sujeta a coacción derivada de la voluntad arbitraria de los demás (F.A. Hayek. *Los fundamentos de la libertad*. Ed. Unión. Madrid 1991, pág. 26).

La seguridad jurídica y la igualdad ante la ley, a su vez, son condiciones necesarias para el funcionamiento del Estado social y democrático de derecho, y se configuran en un marco de condiciones vitales mínimas y de una posición estadual vigilante a través de órganos autónomos y transparentes que promuevan el desarrollo del país en un marco de libre competencia e, igualmente, velen por el respeto de la dignidad de las personas.

§4.1.b Aspectos teleológicos del Estado social y democrático de derecho

12. El Estado social y democrático de derecho, como alternativa política frente al Estado liberal, asume los fundamentos de éste, pero además le imprime

funciones de carácter social. Pretende que los principios que lo sustentan y justifican tengan una base y un contenido material. Y es que la libertad reclama condiciones materiales mínimas para hacer factible su ejercicio. Por ejemplo, la propiedad privada no sólo debe ser inviolable, sino que debe ejercerse en armonía con el bien común, y dentro de los límites de la ley.

La seguridad e igualdad jurídicas requieren de una estructura económica adecuada que haga posible estos principios.

La configuración del Estado social y democrático de derecho requiere de dos aspectos básicos: la existencia de condiciones materiales para alcanzar sus presupuestos, lo que exige una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado y con una participación activa de los ciudadanos en el quehacer estatal; y la identificación del Estado con los fines de su contenido social, de forma tal que pueda evaluar, con criterio prudente, tanto los contextos que justifiquen su accionar como su abstención, evitando tornarse en obstáculo para el desarrollo social.

La exégesis del régimen económico constitucional a la luz del principio del Estado social y democrático de derecho (artículo 43° de la Constitución), que encuentra en el bien común (que es idéntico al interés de la sociedad) su *ratio* fundamental, bien puede ser traducida en la expresión contenida en la Encíclica *Mater et magistra*, según la cual: “En materia económica es indispensable que toda actividad sea regida por la justicia y la caridad como leyes supremas del orden social. (...). (Es necesario establecer) un orden jurídico, tanto nacional como internacional, que, bajo el influjo rector de la justicia social y por medio de un cuadro de instituciones públicas o privadas, permita a los hombres dedicados a las tareas económicas armonizar adecuadamente su propio interés particular con el bien común”. (Iters. Nros. 39-40).

§4.1.c Supuestos fundamentales de nuestro Estado social y democrático de derecho

13. García Pelayo asevera que esta modalidad estadual, históricamente, es el intento de adaptación del Estado tradicional o Estado Liberal Mínimo a las condiciones sociales de la civilización industrial y post-industrial, con sus nuevos y complejos problemas, pero también con sus grandes posibilidades técnicas, económicas y organizativas, en un contexto de respeto a los derechos fundamentales. (*Las transformaciones...* Ibid, pág. 18).

Las nuevas funciones del Estado moderno tienen que ver con aspectos económicos, sociales, políticos y jurídicos.

a) Supuestos económicos

La economía social de mercado es una condición importante del Estado social y democrático de derecho. Por ello debe ser ejercida con responsabilidad social y bajo el presupuesto de los valores constitucionales de la libertad y la justicia. A tal efecto está caracterizada, fundamentalmente, por los tres elementos siguientes:

- a) Bienestar social; lo que debe traducirse en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso.
- b) Mercado libre; lo que supone, por un lado, el respeto a la propiedad, a la iniciativa privada y a una libre competencia regida, *prima facie*, por la oferta y la demanda en el mercado; y, por otro, el combate a los oligopolios y monopolios.
- c) Un Estado subsidiario y solidario, de manera tal que las acciones estatales directas aparezcan como auxiliares, complementarias y temporales.

En suma, se trata de una economía que busque garantizar que la productividad individual sea, por contrapartida, sinónimo de progreso social.

b) Supuestos sociales

Se trata del Estado de la integración social, dado que se busca conciliar los intereses de la sociedad, desterrando los antagonismos clasistas del sistema industrial. Al respecto, García Pelayo sostiene que la unidad entre el Estado social y la comunidad nacional hace posible otra característica de dicho tipo de Estado, a saber, su capacidad para producir la integración de la sociedad nacional, o sea, el proceso constante, renovado, de conversión de una pluralidad en una unidad, sin perjuicio de la capacidad de autodeterminación de las partes (*Las Transformaciones...* Op. Cit., pág. 45).

c) Supuestos políticos

El Estado social y democrático de derecho posibilita la integración del Estado y la sociedad, así como la democratización del Estado. La democracia, por ello, constituye un elemento imprescindible del Estado.

Desde esta perspectiva, la democracia ostenta una función dual: método de organización política del Estado, es decir, método de elección y nombramiento de sus operadores, y mecanismo para conseguir el principio de igualdad en el ámbito social. Así, el principio democrático no sólo garantiza una serie de libertades políticas, sino que transita e informa todo el ordenamiento jurídico-político, desde el ejercicio de las libertades políticas, pasando por la libertad de elección propia del libre desarrollo de la personalidad, hasta llegar, incluso, al seno mismo del núcleo duro de todos y cada uno de los derechos fundamentales. De modo que, aun cuando nuestra Constitución no lo establezca expresamente, el hecho de que exista una remisión al Estado democrático de derecho como una fuente de interpretación y también de identificación de los derechos fundamentales de la persona (artículo 3º de la Constitución), hace del principio democrático uno que trasciende su connotación primigeniamente política, para extenderse a todo ámbito de la vida en comunidad. De este forma, nuestra Carta Fundamental lleva implícito el reconocimiento de una democracia económica, social y cultural.

La vigencia de los principios democráticos asume vital importancia, dado que la satisfacción razonable de las condiciones de existencia de la persona determina y condiciona la voluntad legítima de la nación sobre el sistema estadual, consiguiéndose la estabilidad del Estado en todos sus elementos, y alcanzándose las metas propuestas en el modelo social.

La historia de la humanidad demuestra que el Estado no puede agotarse en sus funciones jurisdiccionales, de policía y de defensa del territorio; asimismo, que no puede limitar su actividad sólo a garantizar la seguridad interior y exterior del país. El Estado debe ser el ente integrador del orden político y social, y el regulador de la estructura social, que asegure el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas

d) Supuestos jurídicos

En el Estado social y democrático de derecho, el fenómeno jurídico no puede ser concebido como una regulación de características estrictamente formales, sino como una de connotaciones sociales. El sistema jurídico derivado de esta modalidad estadual trasciende la regulación formal, y apareja la exigencia de que sus contenidos axiológicos se plasmen en la vida cotidiana.

Dicha concepción presupone los valores de justicia social y de dignidad humana, los cuales propenden la realización material de la persona; esto es, el libre desenvolvimiento de la personalidad y el despliegue más acabado de las potencialidades humanas sobre la base del principio de libertad.

§4.2 Dignidad de la persona humana

14. Ésta se encuentra consagrada en el artículo 1º del texto constitucional, cuyo tenor es que la dignidad de la persona humana es el valor superior dentro del ordenamiento y, como tal, presupuesto ontológico de todos los derechos fundamentales, incluyendo, desde luego, aquellos de contenido

económico. De este modo, no serán constitucionalmente adecuadas la explicación y solución de la problemática económica desde una perspectiva alejada de la dignidad humana, pues la persona no puede ser un medio para alcanzar una economía estable sino, por el contrario, debe ser la que auspicie la consecución de un fin superior para el Estado y la sociedad; a saber, la consolidación de la dignidad del hombre.

§4.3 Igualdad

15. El orden constitucional económico debe ser interpretado también a la luz del principio de igualdad, reconocido en el inciso 2) del artículo 2° de la Constitución. Sobre el particular, en el Caso Colegio de Notarios de Lima (Exps. Acums. N.° 0001-2003-AI/TC y N.° 0003-2002-AI/TC), este Tribunal precisó que “(...) el principio de igualdad en el Estado Constitucional, exige del legislador una vinculación negativa o abstencionista y otra positiva o interventora (...)”.

“(...) La vinculación negativa podrá elucidarse desde la ya consolidada jurisprudencia de este Colegiado, cuya sucinta expresión es ‘tratar igual a los que son iguales’ y ‘distinto a los que son distintos’, de forma tal que la ley, como regla general, tenga una vocación necesaria por la generalidad y la abstracción, quedando proscrita la posibilidad de que el Estado, a través del legislador, pueda ser generador de factores discriminatorios de cualquier índole. Empero, emprender la interpretación del derecho a la igualdad desde un criterio decimonónico, supondría reducir la protección constitucional del principio de igualdad a un contenido meramente formal, razón por la cual es deber de este Colegiado, de los poderes públicos y de la colectividad en general, dotar de sustancia al principio de igualdad reconocido en la Constitución”.

Debe reconocerse también una vinculación positiva del legislador con los derechos fundamentales, de forma tal que los poderes públicos sean capaces de revertir las condiciones de desigualdad o, lo que es lo mismo,

reponer las condiciones de igualdad que pudieran estarse manifestando en la realidad social, a contracorriente de las aspiraciones constitucionales.

Dicho juicio, desde luego, es aplicable también al ámbito económico, en el que, por mandato expreso de la Norma Fundamental, el Estado tiene la obligación de adoptar las medidas orientadas a brindar oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad (artículo 59°).

§4.4 Economía social de mercado

16. A modo de conjunción de los principios expuestos, e ingresando de manera más concreta en la determinación solidaria y social en la que se inspira el régimen económico de la Constitución, el artículo 58° de la Carta preceptúa que aquél se ejerce en una economía social de mercado. La economía social de mercado es representativa de los valores constitucionales de la libertad y la justicia, y, por ende, es compatible con los fundamentos axiológicos y teleológicos que inspiran a un Estado social y democrático de derecho. En ésta imperan los principios de libertad y promoción de la igualdad material dentro de un orden democrático garantizado por el Estado. De allí que L. Herhård y Alfred Muller Armack afirmen que se trata de un orden "en donde se asegura la competencia, y al mismo tiempo, la transformación de la productividad individual en progreso social, beneficiando a todos, amén de estimular un diversificado sistema de protección social para los sectores económicamente débiles [...]" (*El orden del futuro. La economía social de mercado*. Universidad de Buenos Aires, 1981).

Alude, pues, a la implantación de una mecánica en la que "el proceso de decisión económica está descentralizado y la coordinación de los múltiples poderes individuales se hace a través de las fuerzas automáticas de la oferta y demanda reguladas por los precios". (Juergen B. Donges. *Sistema económico y Constitución alemana*. En: *Constitución y Economía*, Madrid: 1977).

Es decir, tanto como se opone a la economía de planificación y dirección central, la economía social de mercado se opone también a la economía del

laissez faire, en donde el Estado no puede ni debe inmiscuirse en el proceso económico.

“La economía social de mercado, como presupuesto consustancial del Estado Constitucional aparece como una “tercera vía” entre el capitalismo y el socialismo [...]” (Peter Häberle. *Incursus. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: siete tesis de trabajo*. En: *Pensamiento Constitucional*. Año. N.º IV. N.º. 4, Lima 1997, pág. 25). Y es que, dado el carácter "social" del modelo económico establecido en la Constitución vigente, el Estado no puede permanecer indiferente a las actividades económicas, lo que en modo alguno supone la posibilidad de interferir arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos.

§4.5 Libre iniciativa privada

17. Otro principio que informa a la totalidad del modelo económico es el de la libre iniciativa privada, prescrito en el artículo 58º de la Constitución y que se encuentra directamente conectado con lo establecido en el inciso 17), artículo 2º del mismo texto, el cual establece el derecho fundamental de toda persona a participar, ya sea en forma individual o asociada, en la vida económica de la Nación. De ello se colige que toda persona natural o jurídica tiene derecho a emprender y desarrollar, con autonomía plena, la actividad económica de su preferencia, afectando o destinando bienes de cualquier tipo a la producción y al intercambio económico con la finalidad de obtener un beneficio o ganancia material.

Como expone Marcial Rubio Correa, dicho derecho tiene un contenido de libertad y otro de actuación económica, cuya expresión es “que las personas son libres de realizar las actividades económicas que mejor consideren para obtener los recursos de su vida cotidiana y de su capitalización” (*Estudio de la Constitución Política de 1993*, PUCP, Fondo Editorial, 1999).

18. La iniciativa privada puede desplegarse libremente en tanto no colisione los intereses generales de la comunidad, los cuales se encuentran resguardados por una pluralidad de normas adscritas al ordenamiento jurídico; vale decir, por la Constitución, los tratados internacionales y las leyes sobre la materia. Empero, con el mismo énfasis debe precisarse que dicho ordenamiento protege la libre iniciativa contra la injerencia de los poderes públicos, respecto de lo que se considera como “privativo” de la autodeterminación de los particulares.

§4.6 La actuación subsidiaria del Estado en la economía

19. Este principio puede concebirse en dos sentidos: vertical y horizontal.

La subsidiariedad vertical se refiere a la relación existente entre un ordenamiento mayor -que puede ser una organización nacional o central- y un ordenamiento menor -que pueden ser las organizaciones locales o regionales-, según la cual el primero de ellos sólo puede intervenir en aquellos ámbitos que no son de competencia del ordenamiento menor. Dicha orientación guarda estrecha relación con los servicios públicos y el desarrollo económico-social.

Por su parte, la subsidiariedad horizontal esta referida a la relación existente entre el Estado y la ciudadanía, en la cual el cuerpo político, respetando la autonomía y la libre determinación de los individuos, reduce la intervención pública a lo esencial.

A través de ambos sentidos, el principio de subsidiariedad se constituye en un elemento de vital importancia para el Estado democrático de derecho, ubicándose entre la esfera de la descentralización institucional y la autonomía de lo social, en cuanto principio que inspira un proceso de socialización de los poderes públicos. Consecuentemente, el principio de subsidiariedad surge en el constitucionalismo moderno como una técnica decididamente útil para lograr la pacificación social o la resolución de los conflictos mediante el respeto absoluto de los derechos y libertades individuales, y tiene como fin la reestructuración del equilibrio entre lo

público y lo privado según una adecuada flexibilización que acentúa la concepción democrática del ordenamiento estatal.

20. Entre los usos pragmáticos que el término subsidiariedad puede tener en el ámbito constitucional se tiene los tres siguientes:

- a) El primero tiene que ver con el sentido horizontal del principio y está referido a la relación clásica entre sociedad y Estado, entre libertad y autoridad, entre iniciativa privada y poder impositivo del Estado.
- b) El segundo está relacionado con la teoría de las fuentes del derecho objetivo, la misma que supone la titularidad del poder de normación en el Estado-persona o bien en entes dotados de soberanía. Por tanto, se entiende como la potestad que tienen los entes legitimados y competentes para la adopción del acto de normar en forma autónoma y exclusiva, salvo en aquellos casos en los que el acto-fuente no logre, por sí solo, conseguir los efectos jurídicos deseados, situaciones en las cuales existe la posibilidad de que la ley estatal intervenga.
- c) El tercero, que tiene algunos elementos en común con la materia de fuentes, es el que concierne a la organización administrativa o a los diversos niveles de expresión de las funciones y competencias públicas. Está vinculado a la descentralización administrativa estructurada sobre la base de una articulación diferente de las relaciones entre el ordenamiento mayor y el ordenamiento menor. Se trata, en suma, del principio de subsidiariedad entendido en sentido vertical.

Ahora bien, estos usos no se consideran separados los unos de los otros, sino como momentos de una única esencia que caracteriza la configuración del ordenamiento estatal. En efecto, la subsidiariedad en el Derecho Constitucional está condicionada a la forma del Estado y a las relaciones entre gobernantes y gobernados, reguladas en el ámbito de la disciplina

económica y de la producción de los actos normativos -no ordenados desde una óptica jerárquica sino, más bien, desde una estructura diversificada sobre la base axiológica y valorativa-; y, también, a la organización vertical del Estado, que se distribuye según formas mayores de descentralización administrativa a favor de los ordenamientos menores.

21. Sin perjuicio de lo expuesto, debe quedar claro que, aunque se postule el respeto de las libertades de los individuos y de los grupos, el principio de subsidiariedad no pone en discusión el papel y la importancia del Estado; por el contrario, se orienta a valorarlo, procediendo a una redefinición y a una racionalización de los roles en la dinámica de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, entre lo público y lo privado.

Desde la perspectiva de una organización social inspirada en el principio de subsidiariedad, el Estado emerge como garante final del interés general, desde el momento en que su tarea consiste en la intervención directa para satisfacer una necesidad real de la sociedad, cuando la colectividad y los grupos sociales, a los cuales corresponde en primer lugar la labor de intervenir, no están en condiciones de hacerlo.

22. De este modo, el principio de subsidiariedad, más que un mecanismo de defensa contra el Estado, resulta ser un instrumento para la conciliación de conflictos; no se funda en una concepción "opositiva" de la relación entre Estado y sociedad, sino en una visión "integradora" y "consensual" del cuerpo social, cuyas partes, mediante vínculos de tipo subsidiario, se recomponen armónicamente en un proceso que gradualmente desciende desde el individuo hasta el Estado a través de las formaciones sociales intermedias.

23. A diferencia de la Constitución de 1979, que no establecía claramente la subsidiariedad de la intervención de los poderes públicos en la economía, la actual Constitución prescribe expresamente en su artículo 60° que "[...]. Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente

actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional [...]". Se consagra así, el "principio de subsidiariedad" de la actuación del Estado en la economía, y se plantea el reconocimiento de la existencia de una función supletoria del Estado ante las imperfecciones u omisiones de los agentes económicos, en aras del bien común.

En ese orden de ideas, las acciones del Estado deben estar vinculadas al fomento, estimulación, coordinación, complementación, integración o sustitución, en vía supletoria, complementaria o de reemplazo, de la libre iniciativa privada. La subsidiariedad se manifiesta como el acto accesorio o de perfeccionamiento en materia económica, que se justifica por la inacción o defeción de la iniciativa privada.

Debe enfatizarse que "la intervención de las autoridades públicas en el campo económico, por dilatada y profunda que sea, no sólo no debe coartar la libre iniciativa de los particulares, sino que, por el contrario, ha de garantizar la expansión de esa libre iniciativa", y la de los derechos esenciales de la persona humana. Entre ellos hay que incluir el derecho y la obligación –de cada persona- de ser, normalmente, la primera responsable de su propia manutención y de la de su familia, lo cual implica que los sistemas económicos permitan y faciliten a cada ciudadano el libre y provechoso ejercicio de las actividades de producción." (Encíclica *Mater et Magistra*. Iter N.º 55)

24. Dentro del marco establecido por el principio de subsidiariedad y en el ejercicio de su actividad económica, el Estado, tal y conforme lo dispone el artículo 58º, asume roles sociales en áreas tales como el de la promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

25. Asimismo, este principio debe ser interpretado en concordancia con otro de equivalente importancia, como es del pluralismo económico (primer párrafo del artículo 60° de la Constitución), que se ha desarrollado bajo el concepto de igualdad jurídica entre los competidores, y que constituye uno de los pilares del derecho de la competencia. Este régimen de paridad al que se someten tanto las empresas públicas como las privadas, constituye una garantía para el desenvolvimiento del tipo de mercado establecido en la Constitución y la optimización de los principios y valores que fundamenten el Estado democrático de derecho.

§5. Libertades patrimoniales que garantizan el régimen económico

26. Tras la sumaria reseña de los principios fundamentales sobre los que debe inspirarse el ejercicio hermenéutico aplicado al marco económico establecido en nuestra Carta Fundamental, cabe ahora detenerse en las libertades económicas reconocidas en el mismo texto.

En efecto, el modelo económico consignado en la Constitución exige el reconocimiento y defensa de una pluralidad de libertades de carácter patrimonial, cuya configuración binaria y simultánea es la de derechos subjetivos y garantías institucionales.

a) El derecho a la propiedad

Establecido en los incisos 8) y 16) del artículo 2° de la Constitución, es concebido como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, la persona propietaria podrá servirse directamente de su bien, percibir sus frutos y productos, y darle destino o condición conveniente a sus intereses, siempre que ejerza tales actividades en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos por la ley; e incluso podrá recuperarlo si alguien se ha apoderado de él sin derecho alguno.

Dicho derecho corresponde, por naturaleza, a todos los seres humanos; quedando éstos habilitados para usar y disponer autodeterminativamente de sus bienes y de los frutos de los mismos, así como también transmitirlos por donación o herencia. Como tal, deviene en el atributo más completo que se puede tener sobre una cosa.

Tal como se estableció en el histórico caso “Campbell vs Holt”, el concepto constitucional de la propiedad difiere y, más aún, amplía los contenidos que le confiere el derecho civil.

Así, mientras que en este último el objeto de la propiedad son las cosas u objetos materiales susceptibles de valoración, para el derecho constitucional la propiedad no queda “enclaustrada” en el marco del dominio y de los derechos reales, sino que abarca y se extiende a la pluralidad *in totum* de los bienes materiales e inmateriales que integran el patrimonio de una persona y que, por ende, son susceptibles de apreciación económica.

Al respecto, Gregorio Badeni (*Instituciones de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997) comenta que “incluye tanto a las cosas como a los bienes e intereses estimables económicamente que puede poseer una persona. Comprende no solamente el dominio sobre las cosas, sino también la potestad de adquisición, uso y disposición de sus bienes tangibles e intangibles [...] los intereses apreciables económicamente que puede poseer el hombre fuera de si mismo, al margen de su vida y libertad de acción”.

En lo esencial, se trata de un derecho cuyo origen no reside en la voluntad política del legislador estatal, sino en la propia naturaleza humana, que impulsa al individuo a ubicar bajo “su” ámbito de acción y autoconsentimiento, el proceso de adquisición, utilización y disposición de diversos bienes de carácter patrimonial.

Ahora bien, la referencia al bien común establecida en el artículo 70° de la Constitución, es la que permite reconocer la función social que el orden reserva a la propiedad.

El funcionamiento del sistema económico en armonía con los principios constitucionales depende de que los bienes sean destinados a los fines económicos y sociales que su naturaleza exige. La propiedad no sólo supone el derecho del propietario de generar con la explotación del bien, su propio beneficio individual. Tampoco se restringe a aceptar la existencia de límites externos que impidan al titular de los bienes utilizarlos en perjuicio de terceros. Acorde con la Constitución, es fundamental que el propietario reconozca en su propiedad la funcionalidad social que le es consustancial. Así, en la propiedad no sólo reside un derecho, sino también un deber: la obligación de explotar el bien conforme a la naturaleza que le es intrínseca, pues sólo de esa manera estará garantizado el bien común. Ello requerirá la utilización de los bienes conforme a su destino natural en la economía.

Tal como refiere Haberle, (*El Estado Constitucional*, México: UNAM, 2001) “en la democracia pluralista, el bien común –idéntico al interés público- es indispensable”. Incorporando la necesaria referencia al bien común en el desarrollo de la institución de la propiedad, dicha libertad fundamental se convierte en parte integrante del interés público.

Ahora bien, nuestra Constitución reconoce a la propiedad no sólo como un derecho subjetivo (derecho individual), sino también como una garantía institucional (reconocimiento de su función social). Se trata, en efecto, de un “instituto” constitucionalmente garantizado. De modo que no puede aceptarse la tesis que concibe a los derechos fundamentales como derechos exclusivamente subjetivos, pues ello parte de la errónea idea de que aquellos son sólo una nueva categorización de las libertades públicas, tal como en su momento fueron concebidas en la Francia revolucionaria.

Pablo Ramella (*Los Derechos Humanos*. Buenos Aires: Depalma, 1980) precisa que “la función social de la propiedad se traduce constitucionalmente en limitaciones al ejercicio de este derecho y en obligaciones a cargo del propietario, impuestas unas y otras en beneficio del bien común”. Dicho concepto obliga a que se armonice el interés del propietario con el de la comunidad; procediéndose, para tal efecto, a que el Estado modere su ejercicio a través de la reglamentación.

La exigencia de funcionalidad social surge de la aplicación del principio de justicia; es decir, dentro del Estado democrático y social de derecho, la propiedad no se agota en un cometido individual, sino que se despliega hasta lograr una misión social, por cuanto ésta debe ser usada también para la constitución y ensanchamiento del bien común.

El propietario dispondrá, simultáneamente, del poder de emplear su bien en procura de lograr la satisfacción de sus expectativas e intereses propios y los de su entorno familiar; y el deber de encauzar el uso y disfrute del mismo en armonía y consonancia con el bien común de la colectividad a la que pertenece.

Al respecto, el Tribunal Constitucional español, en la sentencia STC/37/1987, ha precisado que: “La Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura como haz de facultades individuales, pero también y al mismo como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamado a cumplir (...)”.

En efecto, en el sistema constitucional personalista -caso de nuestra Constitución- la propiedad privada no es ni puede ser en modo alguno absoluta, debido a que, al igual que los restantes derechos y libertades que dignifican al ser humano, la propiedad se encuentra sujeta a las limitaciones

impuestos por el interés general, las que, sin embargo, nunca podrían sustituir a la persona humana como titular de la libertad, así como tampoco imponer trabas intensas a su ejercicio que desconozcan la indemnidad de dicho derecho.

La doctrina del reconocimiento de la propiedad como una garantía institucional, ha sido también defendida por el Tribunal Constitucional en el Caso Colegio de Notarios de Junín, en la cual argumentó que “el derecho a la propiedad no sólo adquiere la categoría constitucional de derecho fundamental, sino que su defensa y promoción se constituyen en garantía institucional para el desarrollo económico [...]. Empero, para el pleno desarrollo del derecho de propiedad en los términos que nuestra Constitución le reconoce y promueve, no es suficiente saberse titular del mismo por una cuestión de simple convicción, sino que es imprescindible poder oponer su titularidad frente a terceros y generar, a partir de la seguridad jurídica que la oponibilidad otorga, las consecuencias económicas que a ella le son consustanciales. Es decir, es necesario que el Estado cree las garantías que permitan institucionalizar el derecho [...].”

Por cierto, la concepción de la propiedad privada como una garantía institucional, no implica el desconocimiento de las garantías que, a su vez, deben ser instauradas a efectos de reconocer al propietario las facultades de oponibilidad del derecho. Y es que, al igual que la gran mayoría de derechos fundamentales, la propiedad no mantiene más la condición de derecho absoluto. Al respecto, Jorge Avendaño (*El derecho de propiedad en la Constitución*. En: *Thémis*, N.º 30, Lima, 1994) sostiene que “la propiedad tiene limitaciones, impuestas por diversas razones. Las limitaciones a la propiedad son hoy tan importantes, como crecientes en extensión y número, y ello en relación directa de la estimación del interés público y del concepto social del dominio”.

Evidentemente, dicha función social tan sólo es aplicable a los bienes de producción o a los bienes de servicio público, mas no así a los bienes de consumo o a los bienes de utilidad estrictamente privada, en los que sólo es reconocible una utilidad estrictamente personal, en cuyo caso bastará abstenerse de aplicar la propiedad en perjuicio de la comunidad.

El ejercicio del derecho a la propiedad no es absoluto, e importa limitaciones legales que tienen por finalidad armonizar:

- El derecho de propiedad individual con el ejercicio del mismo por parte de los demás individuos.
- El derecho de propiedad individual con el ejercicio de las restantes libertades individuales.
- El derecho de propiedad individual con el orden público y el bien común.

b) El derecho a la libre contratación

Establecido en el inciso 14) del artículo 2° de la Constitución, se concibe como el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo -fruto de la concertación de voluntades- debe versar sobre bienes o intereses que poseen apreciación económica, tener fines lícitos y no contravenir las leyes de orden público.

Tal derecho garantiza, *prima facie*:

- Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co-celebrante.
- Autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual.

A lo expuesto debe agregarse que la libertad contractual constituye un derecho relacional, pues, con su ejercicio, se ejecutan también otros derechos tales como la libertad al comercio, la libertad al trabajo, etc.

c) La libertad de trabajo

Establecida en el inciso 15) del artículo 2° de la Constitución, se formula como el atributo para elegir a voluntad la actividad ocupacional o profesional que cada persona desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual; así como de cambiarla o de cesar de ella. Para tal efecto, dicha facultad autodeterminativa deberá ser ejercida con sujeción a la ley. Por ello es que existen limitaciones vinculadas con el orden público, la seguridad nacional, la salud y el interés público.

La Constitución asegura el derecho de optar, a condición de que sea lícita, por alguna actividad de carácter intelectual y/o física, con el objeto directo o indirecto de obtener un provecho material o espiritual; tal atributo se extiende a la potestad de posteriormente cambiar o cesar en dicha labor.

d) La libertad de empresa

Consagrada por el artículo 59° de la Constitución, se define como la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios.

La libertad de empresa tiene como marco una actuación económica autodeterminativa, lo cual implica que el modelo económico social de mercado será el fundamento de su actuación, y simultáneamente le impondrá límites a su accionar.

Consecuentemente, dicha libertad debe ser ejercida con sujeción a la ley -siendo sus limitaciones básicas aquellas que derivan de la seguridad, la

higiene, la moralidad o la preservación del medio ambiente-, y su ejercicio deberá respetar los diversos derechos de carácter socio-económico que la Constitución reconoce.

e) La libertad de comercio

Establecida en el artículo 59° de la Constitución, se trata de la facultad de elegir la organización y llevar a cabo una actividad ligada al intercambio de mercaderías o servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. Debe ejercerse con sujeción a la ley.

Tal libertad presupone el atributo de poder participar en el tráfico de bienes lícitos, así como dedicarse a la prestación de servicios al público no sujetos a dependencia o que impliquen el ejercicio de una profesión liberal.

f) La libertad de industria

Establecida en el artículo 59° de la Constitución, es la facultad de elegir y obrar, según propia determinación, en el ámbito de la actividad económica cuyo objeto es la realización de un conjunto de operaciones para la obtención y/o transformación de uno o varios productos.

§6. Los derechos de los consumidores y los usuarios

27. Así como la Constitución protege a los agentes económicos encargados de establecer la oferta en el mercado, a partir del ejercicio de los derechos de libre empresa, comercio e industria, con igual énfasis protege al individuo generador de demanda, es decir, al consumidor o el usuario.

28. El consumidor –o usuario- es el fin de toda actividad económica; es decir, es quien cierra el círculo económico satisfaciendo sus necesidades y acrecentando su bienestar a través de la utilización de una gama de productos y servicios. En puridad, se trata de una persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta determinados productos (como consumidor) o servicios (como usuario) que previamente han sido ofrecidos al mercado.

29. Es indudable que la condición de consumidor o usuario se produce a través de la relación que éste entabla con un agente proveedor - independientemente de su carácter público o privado-; sea en calidad de receptor o beneficiario de algún producto, sea en calidad de destinatario de alguna forma de servicio.

En consecuencia, la condición de consumidor o usuario no es asignable a cualquier individuo o ente, sino a aquel vinculado a los agentes proveedores dentro del contexto de las relaciones generadas por el mercado, las cuales tienen como correlato la actuación del Estado para garantizar su correcto desenvolvimiento.

El proveedor sería aquella persona natural o jurídica que, habitual o periódicamente, ofrece, distribuye, vende arrienda o concede el uso o disfrute de bienes, productos y servicios

30. La Constitución prescribe en su artículo 65° la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, a través de un derrotero jurídico binario; vale decir, establece un principio rector para la actuación del Estado y, simultáneamente, consagra un derecho subjetivo. En lo primero, el artículo tiene la dimensión de una pauta básica o postulado destinado a orientar y fundamentar la actuación del Estado respecto a cualquier actividad económica. Así, el juicio estimativo y el juicio lógico derivado de la conducta del Estado sobre la materia, tienen como horizonte tuitivo la defensa de los intereses de los consumidores y los usuarios. En lo segundo, la Constitución reconoce la facultad de acción defensiva de los consumidores y usuarios en los casos de trasgresión o desconocimiento de sus legítimos intereses; es decir, apareja el atributo de exigir al Estado una actuación determinada cuando se produzca alguna forma de amenaza o afectación efectiva de los derechos de consumidor o usuario, incluyendo la capacidad de acción contra el propio proveedor.

31. De acuerdo con lo establecido por el artículo 65° de la Constitución, el Estado mantiene con los consumidores o usuarios dos obligaciones genéricas; a saber:

- a) Garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que estén a su disposición en el mercado. Ello implica la consignación de datos veraces, suficientes, apropiados y fácilmente accesibles.
- b) Vela por la salud y la seguridad de las personas su condición de consumidoras o usuarias.

32. Ahora bien, pese a que existe un reconocimiento expreso del derecho a la información y a la protección de la salud y la seguridad de los consumidores o usuarios, estos no son los únicos que traducen la real dimensión de la defensa y tuitividad consagrada en la Constitución. Es de verse que en la Constitución existe una pluralidad de casos referidos a ciertos atributos que, siendo genéricos en su naturaleza, y admitiendo manifestaciones objetivamente incorporadas en el mismo texto fundamental, suponen un *numerus apertus* a otras expresiones sucedáneas.

Así, el artículo 3° de la Constitución prevé la individualización de "nuevos" derechos, en función de la aplicación de la teoría de los "derechos innominados", allí expuesta y sustentada.

Bajo tal premisa, el propio Estado, a través de la Ley de Protección al Consumidor (Decreto Legislativo N.° 716), no sólo ha regulado los derechos vinculados con la información, salud y seguridad, sino que ha comprendido a otros de naturaleza análoga para los fines que contrae el artículo 65° de la Constitución. Por ello, los derechos de acceso al mercado, a la protección de los intereses económicos, a la reparación por daños y perjuicios y a la defensa corporativa del consumidor, se erigen también en derechos fundamentales reconocidos a los consumidores y usuarios.

33. De lo expuesto, se desprende que la libre iniciativa privada y, concomitantemente, la libre competencia y demás libertades patrimoniales consagradas en la Constitución y ejercitadas en el seno del mercado, presuponen necesariamente tres requisitos:

- a) La autodeterminación de iniciativas o de acceso empresarial a la actividad económica;
- b) La autodeterminación para elegir las circunstancias, modo y forma de ejercitar la actividad económica; y,
- c) La igualdad de los competidores ante la ley.

A estos requisitos que determinan conjuntamente las garantías de defensa de los intereses individuales en la economía, se suman aquellos que garantizan el interés comunitario; a saber:

- a) La sujeción a la Constitución y a las leyes;
- b) El respeto de los derechos fundamentales; y,
- c) La proyección de cualquier actividad económica hacia el bien común.

El ejercicio de toda actividad económica puede limitarse. Si embargo, es preciso que las restricciones legales adoptadas no enerven esa legítima autonomía, así como también impidan a los operadores económicos privados diseñar su propia estrategia para ofrecer, adquirir, vender o hasta permutar en el mercado. Ello, sin perjuicio de reconocer que incluso las medidas estatales que pretendan operar sobre el ámbito de las libertades económicas deben ser razonables y proporcionadas.

34. En suma, si bien la Constitución garantiza el ejercicio de las libertades patrimoniales, en el marco de una economía social de mercado -donde estos derechos operan como garantías institucionales- implican el

reconocimiento de la libertad de decidir no sólo la creación de unidades económicas y su actividad en el mercado, sino también el establecimiento de los propios objetivos de éstas, así como planificar y dirigir sus actividades de acuerdo a sus propios recursos y a las condiciones del mercado, teniendo siempre en consideración que la actividad empresarial debe ejercerse con pleno respeto a los derechos fundamentales de los "otros" y con sujeción a la normativa que regula la participación en el mercado.

§7. Estado vigilante, garantista y corrector

35. Si bien el principio de subsidiariedad, al que debe atenerse el accionar del Estado, y el respeto al contenido esencial de las libertades económicas, constituyen, básicamente, límites al poder estatal, la Constitución reserva al Estado, respecto del mercado, una función supervisora y correctiva o reguladora. Ello, sin duda, es consecuencia de que, así como existe consenso en torno a las garantías que deben ser instauradas para reservar un ámbito amplio de libertad para la actuación de los individuos en el mercado, existe también la certeza de que debe existir un Estado que, aunque subsidiario en la sustancia, mantenga su función garantizadora y heterocompositiva.

Este Colegiado, en tal sentido, conviene con Pedro de Vega cuando puntualiza que “el mercado no funcionó nunca sin los correctivos y los apoyos del Estado”, y que, “ante la amenaza de conflictos sociales que el mercado no puede resolver ni soportar, y ante el riesgo permanente del caos interno, nada tiene de particular que se haga imprescindible recurrir al Estado como instrumento de regulación y control, por ser la única instancia capaz de crear las condiciones para que el sistema económico obtenga la mínima “lealtad de las masas”. (*Neoliberalismo y Estado*. Op. cit., pág. 34-35).

36. La función reguladora del Estado se encuentra prevista en el artículo 58° de la Constitución, cuyo tenor es que "la iniciativa privada es libre. Se ejerce

en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura [...]” Por su parte, el artículo 59° establece que el Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo, comercio e industria.

37. Asimismo, el artículo 61° confiere al Estado el deber de proscribir y combatir toda práctica que limite la libre competencia, así como el abuso de las posiciones dominantes o monopólicas. De esta forma, nuestro texto fundamental no admite que un solo productor satisfaga la demanda de todos los consumidores o usuarios, pues ello, en los hechos, le permitiría determinar el precio y la cantidad de bienes o servicios a ofertarse, a costa de extraer recursos del consumidor o usuario.

El Estado debe, asimismo, evitar la instauración de posiciones dominantes, esto es, la existencia de escenarios económicos en los que aparezca un agente con capacidad de actuación independiente, es decir, con opción de prescindencia de sus competidores, compradores y clientes o proveedores en función a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las peculiares características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico, etc.

En coherencia con tales imperativos se justifica la existencia de una legislación antimonopólica y de desarrollo de los marcos regulatorios que permitan mayores niveles de competencia.

38. De este modo y dentro del respeto a la libre iniciativa privada, la función orientadora del Estado tiene como propósito el desarrollo del país, procurando que se materialice el componente social del modelo económico previsto en la Constitución.

39. Dicha función orientadora presenta, sustancialmente, las siguientes características: a) el Estado puede formular indicaciones, siempre que éstas

guarden directa relación con la promoción del desarrollo del país; b) los agentes económicos tienen la plena y absoluta libertad para escoger las vías y los medios a través de los cuales se pueden alcanzar los fines planteados por el Estado; y, c) el Estado debe estimular y promover la actuación de los agentes económicos.

40. El reconocimiento de estas funciones estatales, que aparecen como un poder-deber, se justifica porque el Estado no es sólo una organización que interviene como garantía del ordenamiento jurídico, sino porque determina o participa en el establecimiento de las "reglas de juego", configurando de esta manera la vocación finalista por el bien común. Por ende, el Estado actúa como regulador y catalizador de los procesos económicos.

§8. Acerca del rol de los organismos reguladores

41. Sabido es que nuestra legislación, principalmente a través de la Ley N.º 27332, parcialmente modificada por la Ley N.º 27632, ha conferido a los organismos reguladores de la inversión privada en los sectores públicos, una misión de especial trascendencia para el correcto desenvolvimiento del mercado. A dichos organismos autónomos compete, dentro de sus correspondientes ámbitos sectoriales, la supervisión, regulación y fiscalización de las empresas que ofrecen servicios al público, así como la aplicación de las sanciones a que hubiere lugar, en caso de que los oferentes de servicios contravengan las disposiciones legales y técnicas que regulan su labor, o quebranten las reglas de mercado que garantizan una competencia eficiente y leal. Deben, asimismo, actuar con eficiencia en la solución de toda controversia que pudiera presentarse en el sector que les compete.

La ley ha conferido a dichos organismos, además, una función específica: la responsabilidad de supervisar las actividades efectuadas al amparo del Decreto Legislativo N.º 674; es decir, aquellos casos en los que existan privatizaciones o concesiones por parte del Estado a favor de empresas

privadas (art. 4° de la Ley N.° 27332). Se trata, pues, de una supervisión de las actividades “post- privatización”.

Así, el papel de los organismos reguladores puede resumirse en la función de suministrar el marco regulador necesario a fin de promover nuevas inversiones, así como el ingreso de nuevos operadores, desarrollando al mismo tiempo mayores niveles de bienestar para los usuarios de los servicios bajo su supervisión.

42. Tal como ha quedado dicho, el absoluto abstencionismo estatal frente al desenvolvimiento del mercado, bajo la premisa de que la mejor regulación de la economía es la “no regulación”, es una falacia propia de las ideologías utilitaristas, que pretenden convertir al egoísmo en una virtud y a la solidaridad un vicio. Es por ello que al Estado le compete supervisar el correcto desenvolvimiento de la economía, previo convencimiento de la función social que ella cumple en la sociedad. Por tal razón, tendrá como deber intervenir en aquellas circunstancias en que los encargados de servir al público hubiesen olvidado que el beneficio individual que les depara la posesión y explotación de un medio de producción o de una empresa de servicio, pierde legitimidad si no se condice con la calidad y el costo razonable de lo ofertado. En buena cuenta, es menester enfatizar que la satisfacción de las necesidades del consumidor y del usuario es el punto de referencia que debe tenerse en cuenta al momento de determinar el desenvolvimiento eficiente del mercado.

43. Allí radica la especial función que cumplen los organismos reguladores. Estos organismos tienen la obligación de asumir la delicada misión que les ha sido asignada bajo principios de transparencia e imparcialidad. De la eficiente labor en sus respectivos sectores depende, en gran medida, que se genere verdadera competencia entre los distintos agentes económicos, lo que redundará en beneficio de los usuarios.

En efecto, el control de los estándares de calidad del servicio, la razonabilidad del precio que se le asigne, el desarrollo sostenido del sector, la acción proactiva y efectiva en el cuidado del medio ambiente y la competencia técnica, son conductas que deben ser asumidas por los organismos reguladores, sea mediante acciones *ex ante* -regulaciones previas-, o *ex post* -sanciones ejemplares que disuadan tanto al infractor como a los distintos competidores de atentar contra los valores de un mercado eficiente y humano-.

44. Los organismos reguladores deben hacer del usuario un partícipe de su funcionalidad, brindándole una atención personalizada y capacitándolo en el ejercicio de los derechos que le son inherentes, en su calidad de pilar de la economía.

Los organismos reguladores no pueden funcionar aisladamente en la labor que les ha sido encomendada. A los usuarios compete, ante todo, la obligación de hacerse respetar en el círculo económico, informándose acerca de sus derechos. Y a las empresas que ofrecen servicios al público les corresponde el deber constitucional, legal y cívico de adecuar cada una de sus actividades a los designios de una economía social de mercado, en las cuales su beneficio personal no sea el punto de partida y finalidad de su actividad, sino la inevitable consecuencia de haber brindado un servicio digno, de calidad y a un costo razonable.

45. Este Colegiado ya ha tenido oportunidad de precisar que existe una percepción de que los órganos reguladores no están defendiendo apropiadamente los derechos de los usuarios y consumidores (Exp. N.º 005-2003-AI/TC). Son ampliamente conocidas las distintas denuncias existentes respecto a los continuos abusos cuyas víctimas son los usuarios de servicios públicos otorgados en concesión a diversas entidades privadas.

En la sentencia precitada, este Colegiado convino en exhortar al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo, a efectos de que asuman las medidas

necesarias para que OSIPTEL asuma un efectivo control de las actividades que puedan ser atentatorias de la libre competencia en el mercado y que repercutan negativamente en la satisfacción de las necesidades de los usuarios. Empero, los abusos presentados como consecuencia de determinadas posiciones dominantes en el mercado, no sólo se suscitan en el sector de las telecomunicaciones, sino también en otros sectores en los que determinadas empresas privadas hacen caso omiso de las distintas quejas que los usuarios formulan.

Ante tales circunstancias, este Colegiado estima importante reiterar la exhortación que en su momento se hiciera tanto al Poder Ejecutivo como al Legislativo, respecto de entidades como OSIPTEL e INDECOPI (Exp. N.º 0005-2003-AI/TC, Fund. Jur. N.º 41), y hacerla extensiva a organismos como OSINERG, OSITRAN y SUNASS. En tal sentido, recomienda la adopción de las medidas legales y administrativas necesarias, a fin de que estas entidades funcionen y actúen adecuadamente en la defensa de los derechos de los usuarios y consumidores, consagrados expresamente por nuestro ordenamiento jurídico.

§9. A nálisis de l a constitucionalidad del ar tículo 4º del D ecreto de Urgencia N.º 140-2001

46. Expuestos los principios y derechos que informan al régimen económico, corresponde ahora precisar si el artículo 4º del Decreto de Urgencia N.º 140-2001 contraviene alguno de dichos principios y derechos.

47. El artículo 4º del Decreto de Urgencia N.º 140-2001, establece que, “excepcionalmente, por razones de interés nacional o necesidad pública, el Estado mediante Decreto Supremo (...) podrá fijar tarifas mínimas para la prestación del servicio de transporte terrestre nacional e internacional de pasajeros y carga (...)”. Adicionalmente, establece que “(...)”. Esta intervención tendrá carácter extraordinario y su plazo será determinado en el Decreto Supremo respectivo, no pudiendo ser mayor a seis meses. (...)”.

Este dispositivo, como es de verse, autoriza al Estado a fijar el precio mínimo del servicio de transporte de pasajeros y carga, lo que, sin duda, es una intervención directa en el funcionamiento del mercado.

48. Del análisis de los considerandos del Decreto de Urgencia *sub examine*, se colige que los fines de la norma son, por un lado, preservar la salud y la seguridad de los usuarios de los servicios de transporte de pasajeros y mercancías, y, por otro, corregir las distorsiones que afecten la competencia del mercado formal por la presencia masiva de empresas informales; esto es, de empresas que no cuentan con la autorización correspondiente para brindar el servicio y/o incumplen obligaciones de carácter tributario.

49. Tal como ha quedado dicho, uno de los principios rectores que informan al régimen económico de la Constitución es la función reguladora supletoria del Estado. Ello porque la economía social de mercado no puede ser confundida con los regímenes de economía mixta, planificada o interventora.

La labor del cuerpo político, en el contexto de un Estado social y democrático de derecho, no puede ser asociada a la idea de que tenga por regla incidir en la esfera de libertad de los agentes económicos. Su intervención, en lo que al funcionamiento de regular del mercado se refiere, debe configurarse como excepcional. Y es que toda regulación estatal debe justificarse por la presencia de una falla del mercado, es decir, por una situación en la que el libre juego de la oferta y la demanda y el régimen de libre competencia impidan alcanzar una asignación eficiente de recursos, lesionando intereses públicos.

50. Debe tenerse en cuenta, asimismo, el papel de los precios de los bienes y los servicios, y su importancia decisiva para el adecuado desenvolvimiento del mercado.

En circunstancias comunes, el precio no es sino el resultado de las decisiones racionales adoptadas por ofertantes y usuarios. Cuando su

fijación no es artificial, sino estricta consecuencia del intercambio fluido de bienes y servicios, el precio brinda información valiosa a los agentes económicos, tanto en lo que respecta a la escasez relativa de los recursos, como a las condiciones de la oferta y la demanda.

Del mismo modo, la información contenida en la fijación del precio en un mercado libre incentiva a las empresas a aumentar su eficiencia, a reducir sus costos y a mejorar la calidad de los productos que ofrece, en beneficio de los usuarios y consumidores.

51. Este Colegiado considera que la constitucionalidad o inconstitucionalidad del artículo 4º del Decreto de Urgencia N.º 140-2001, debe ser evaluada a la luz del test de proporcionalidad. En efecto, si bien tanto la protección de la salud y de la seguridad de los usuarios, así como la defensa de la libre competencia, constituyen fines constitucionalmente legítimos, ello no basta para concluir la constitucionalidad de la disposición impugnada. Resulta imprescindible determinar la adecuación de la medida adoptada (fijación de precios mínimos) a los referidos fines, así como analizar la necesidad que impulsó la asunción de dicha medida.

52. Con el propósito de evaluar la adecuación de la medida a los fines perseguidos, debe tenerse en cuenta que toda fijación mínima de precios prevé implícitamente, como un efecto práctico, que generará un aumento promedio de los precios en el mercado. Puede presumirse, asimismo, que ello producirá una reducción de la demanda, y una sustitución en el mercado de las opciones formales por las informales, esto es, por aquellas que, desenvolviéndose en la ilegalidad, no asumen el precio mínimo tarifario como una obligación.

Por otra parte, no puede soslayarse que dado que para las autoridades competentes resulta más sencillo fiscalizar a las empresas formalmente autorizadas que a aquellas informales, se genera una desincentivación hacia la formalización, pues se asume que ello reduciría la capacidad de establecer precios por debajo de los márgenes fijados administrativamente.

Todo lo dicho permite abrigar dudas razonables respecto de la idoneidad de medidas como la fijación de precios mínimos en los servicios en aras de evitar la informalidad y la baja calidad de los mismos. Empero, esta circunstancia analizada en sentido abstracto y no a la luz de un caso concreto no permite sancionar la inconstitucionalidad de la norma, puesto que toda duda razonable obliga a este Colegiado a presumir la constitucionalidad de la ley.

53. Se pueden extraer conclusiones bastante más categóricas si se procede a determinar la necesidad de la medida adoptada. En efecto, una de las condiciones imprescindibles que debe comportar toda medida limitativa de la libre competencia, es aquella referida al “mínimo costo”. Corresponde, pues, determinar si no existían medidas que, siendo igualmente adecuadas a efectos de conseguir los objetivos constitucionalmente legítimos, no resultaban siendo menos restrictivas de los derechos fundamentales de contenido económico.

Al respecto, es evidente que un programa de empadronamiento de vehículos, una intensificación en las acciones de fiscalización tributaria, una definición clara de estándares de calidad mínimos, un programa de revisión técnica de unidades, así como una severa política sancionadora de la informalidad y el incumplimiento de los requisitos mínimos de calidad en el servicio de transporte, son medidas menos limitativas de las libertades económicas, e incluso más adecuadas, a efectos de proteger la salud y la seguridad ciudadana y defender la libre competencia.

54. A mayor abundamiento, el hecho de que, con fecha 31 de mayo del presente año, el Poder Ejecutivo haya expedido el Decreto Supremo N.º 026-2003-MTC, que reabrió el Registro Nacional de Transporte Terrestre de Mercancías para personas naturales y jurídicas dedicadas a este servicio, iniciando con ello un agresivo programa de empadronamiento de vehículos, permite afirmar a este Tribunal que no existió una política razonable y progresiva emprendida por el Estado con el propósito de revertir la situación

de informalidad existente, prefiriéndose la adopción de medidas sumamente restrictivas de la libre competencia, para recién luego adoptar medidas bastante más proporcionales a efectos de proteger distintos bienes constitucionales, lo que a todas luces resulta arbitrario.

55. Por tales razones, el Tribunal Constitucional considera que el artículo 4º del Decreto de Urgencia N.º 040-2001 vulnera el principio de proporcionalidad que debe informar a todo acto que restrinja derechos fundamentales, siendo, por ello, inconstitucional.

§10. Decretos de urgencia y Estado Constitucional

56. Por otra parte, los recurrentes no sólo han cuestionado la constitucionalidad del Decreto de Urgencia N.º 140-2001 desde un punto de vista estrictamente material, sino también desde un punto de vista formal, pues entienden que la norma cuestionada ha sido dictada fuera de los supuestos que el inciso 19) del artículo 118º exige para su legitimación. Corresponde, pues, analizar dicho extremo de la demanda.

57. Es un lugar común reconocer, dentro de la teoría constitucional, que el principio de la división de poderes (reconocido en el tercer párrafo del artículo 43º de la Constitución) no se condice más con una tesis monovalente de las funciones correspondientes a cada uno de los poderes del Estado, según la cual, a cada uno de ellos corresponde una función específica no susceptible de ser ejercida por los demás, bajo cargo de quebrantar el principio de independencia y autonomía de los poderes estatales que sirve de garantía contra la instauración del Estado absoluto. En efecto, hoy se reconoce que esta garantía no supone una férrea impenetrabilidad entre los poderes estatales, sino un equilibrio entre los mismos, expresado en la mutua fiscalización y colaboración. De ahí que el ejercicio de la función legislativa (por antonomasia, parlamentaria) por parte del ejecutivo, no sea, *per se*, contraria al Estado social y democrático de derecho, siempre que sea llevada a cabo conforme con las reglas que, para

dicho efecto, contemple la propia Carta Fundamental. Así, pues, tratándose de la impugnación de normas con rango legal expedidas por el Ejecutivo, además de la evaluación de su constitucionalidad sustancial, esto es, de su compatibilidad con los requisitos de orden material exigidos por la Ley Fundamental, resulta de particular relevancia la evaluación de su constitucionalidad formal; es decir, de su adecuación a los criterios de índole procedimental establecidos en la propia Constitución.

58. En el caso de los decretos de urgencia, los requisitos formales son tanto previos como posteriores a su promulgación. Así, el requisito *ex ante* está constituido por el refrendo del Presidente del Consejo de Ministros (inciso 3 del artículo 123° de la Constitución), mientras que el requisito *ex post* lo constituye la obligación del Ejecutivo de dar cuenta al Congreso de la República, de acuerdo con lo previsto por el inciso 19) del artículo 118° de la Constitución, en concordancia con el procedimiento contralor a cargo del Parlamento, contemplado en la norma de desarrollo constitucional contenida en el artículo 91° del Reglamento del Congreso.

Del análisis de autos, es posible concluir que el Decreto de Urgencia N.° 140-2001 ha sido expedido en observancia de las reglas formales constitucionalmente previstas en nuestro ordenamiento.

59. En lo que respecta a los criterios sustanciales, la legitimidad de los decretos de urgencia debe ser determinada sobre la base de la evaluación de criterios endógenos y exógenos a la norma, es decir, del análisis de la materia que regula y de las circunstancias externas que justifiquen su dictado. En cuanto al primer tópico, el propio inciso 19 del artículo 118° de la Constitución establece que los decretos de urgencia deben versar sobre “materia económica y financiera”.

Este requisito, interpretado bajo el umbral del principio de separación de poderes, exige que dicha materia sea el contenido y no el continente de la disposición, pues, en sentido estricto, pocas son las cuestiones que, en

última instancia, no sean reconducibles hacia el factor económico, quedando, en todo caso, proscrita, por imperativo del propio parámetro de control constitucional, la materia tributaria (párrafo tercero del artículo 74° de la Constitución). Empero, escaparía a los criterios de razonabilidad exigir que el tenor económico sea tanto el medio como el fin de la norma, pues en el común de los casos la adopción de medidas económicas no es sino la vía que auspicia la consecución de metas de otra índole, fundamentalmente sociales.

El análisis conjunto de las disposiciones del Decreto de Urgencia N.º 140-2001, permite concluir que éste versa sobre materia económica, pues adopta medidas que inciden en el mercado (suspensión de importación de vehículos de determinadas características y establecimiento de tarifas mínimas), con el propósito de alcanzar mejoras en la seguridad y proteger la salud de los usuarios del transporte público. En tal sentido, la norma trata sobre la materia constitucionalmente exigida.

60. Asunto distinto, sin embargo, es determinar si las circunstancias fácticas que, aunque ajenas al contenido propio de la norma, sirvieron de justificación a su promulgación, respondían a las exigencias previstas por el inciso 19) del artículo 118° de la Constitución, interpretado sistemáticamente con el inciso c) del artículo 91° del Reglamento del Congreso. De dicha interpretación se desprende que el decreto de urgencia debe responder a los siguientes criterios:
- a) Excepcionalidad: La norma debe estar orientada a revertir situaciones extraordinarias e imprevisibles, condiciones que deben ser evaluadas en atención al caso concreto y cuya existencia, desde luego, no depende de la “voluntad” de la norma misma, sino de datos fácticos previos a su promulgación y objetivamente identificables. Ello sin perjuicio de reconocer, tal como lo hiciera el Tribunal Constitucional español -criterio que este Colegiado sustancialmente comparte- que “en principio y con el razonable margen de discrecionalidad, es competencia de los órganos políticos

determinar cuándo la situación, por consideraciones de extraordinaria y urgente necesidad, requiere el establecimiento de una norma” (STC N.º 29/1982, F.J. N.º 3).

- b) Necesidad: Las circunstancias, además, deberán ser de naturaleza tal que el tiempo que demande la aplicación del procedimiento parlamentario para la expedición de leyes (iniciativa, debate, aprobación y sanción), pudiera impedir la prevención de daños o, en su caso, que los mismos devengan en irreparables.
- c) Transitoriedad: Las medidas extraordinarias aplicadas no deben mantener vigencia por un tiempo mayor al estrictamente necesario para revertir la coyuntura adversa.
- d) Generalidad: El principio de generalidad de las leyes que, conforme se ha tenido oportunidad de precisar en el Caso Colegio de Notarios de Lima (Exps. Acums. Nros. 0001-2003-AI/TC y 0003-2003-AI/TC, F.J. N.º 6 y ss.), puede admitir excepciones, alcanza especial relevancia en el caso de los decretos de urgencia, pues tal como lo prescribe el inciso 19) del artículo 118º de la Constitución, debe ser el “interés nacional” el que justifique la aplicación de la medida concreta. Ello quiere decir que los beneficios que depara la aplicación de la medida no pueden circunscribir sus efectos en intereses determinados, sino por el contrario, deben alcanzar a toda la comunidad.
- e) Conexidad: Debe existir una reconocible vinculación inmediata entre la medida aplicada y las circunstancias extraordinarias existentes. En tal sentido, este Tribunal comparte el criterio de su homólogo español cuando afirma que la facultad del Ejecutivo de expedir decretos de urgencia no le autoriza a incluir en él “cualquier género de disposiciones: ni aquellas que por su contenido y de manera evidente, no guarden relación alguna (...) con la situación que se trata de afrontar ni, muy especialmente aquellas que, por su estructura misma, independientemente de su contenido, no modifican de manera instantánea la situación jurídica existente, pues de ellas difícilmente

podrá predicarse la justificación de la extraordinaria y urgente necesidad” (STC N.º 29/1982, F.J. N.º 3).

Las medidas extraordinarias y los beneficios que su aplicación produzcan deben surgir del contenido mismo del decreto de urgencia y no de acciones diferidas en el tiempo o, menos aún, de delegaciones normativas, pues ello sería incongruente con una supuesta situación excepcionalmente delicada.

61. La aplicación de estos criterios al caso del Decreto de Urgencia N.º 140-2001, demuestra que éste es inconstitucional por los siguientes motivos:

- a) Aun cuando este Colegiado reconozca que la situación del transporte público nacional requiere de medidas orientadas a su formalización y a la mejora de la calidad y la seguridad del servicio brindado al usuario, ella, en el particular caso que nos ocupa, dista mucho de ser una que ostente las características de excepcionalidad, imprevisibilidad y urgencia a las que se ha hecho referencia.
- b) Ello, a su vez, supone la irrazonabilidad de afirmar que, en este caso, constituía un eventual peligro esperar la aplicación del procedimiento parlamentario para regular las medidas idóneas orientadas a revertir la situación.
- c) Y, principalmente, resulta constitucionalmente inadmisibles que el artículo 4º de la norma impugnada delegue en normas de inferior rango, como son los decretos supremos, la regulación de medidas extraordinarias, las cuales se encuentran constitucionalmente reservadas como contenido del propio decreto de urgencia, dada su calidad de “norma excepcional” con rango de ley.

62. Esta sentencia no afecta las atribuciones que, de acuerdo a ley, le corresponden a la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica,

FALLA

Declarando **FUNDADA** la presente demanda de inconstitucionalidad; en consecuencia, inconstitucional el Decreto de Urgencia N.º 140-2001. Exhorta al Poder Ejecutivo a proceder conforme a lo expresado en el Fundamento N.º 45., *supra*. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial *El Peruano* y la devolución de los actuados.

SS.

ALVA ORLANDINI

BARDELLI LARTIRIGOYEN

REY TERRY

AGUIRRE ROCA

REVOREDO MARSANO

GONZALES OJEDA

GARCÍA TOMA

EXP.N.º 008-2003-AI/TC

LIMA

FUNDAMENTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MANUEL AGUIRRE ROCA

Concordando con el FALLO o parte dispositiva de la Sentencia de autos, cúmpleme precisar, con el debido y recíproco respeto por la opinión de mis distinguidos colegas, que mis fundamentos son, básica y principalmente, los que aparecen en sus FUNDAMENTOS N.ºs 55 (donde se resumen las consecuencias de la vulneración del principio de *proporcionalidad*) y 61, en sus

apartados a), b) y c); dejando expresa constancia de que tales FUDAMENTOS recogen los homólogos de la demanda —que también hago míos— esto es, en síntesis, los corrientes en sus párrafos 5.1 y ss.(respecto de los llamados “presupuestos habilitantes” del Decreto de Urgencia impugnado); 5.2 y ss. y concordantes (respecto de las violaciones sustantivas de los artículos 58°, 59°, 62° y 70° de la Constitución); y 5.3 (respecto de la “delegación de facultades” constitucionalmente indelegables).

En lo que se refiere al extenso preámbulo filosófico-jurídico, que cubre 25 de las 31pp. de la Sentencia, no obstante simpatizar, a grandes rasgos, con su perspectiva y enfoque, me abstengo, ahora, de emitir opinión.

Sr.

AGUIRRE ROCA

EXP. N.º. 0008-2003-AI/TC

LIMA

FUNDAMENTO SINGULAR DEL MAGISTRADO JUAN BAUTISTA

BARDELLI LARTIRIGOYEN

Si bien concuerdo con el sentido del fallo, con el debido respeto a mis honorables colegas, debo precisar que, en mi concepto, las razones fundamentales por las que la demanda debe ser estimada, residen en el hecho de que el Decreto de Urgencia N.º 140-2001 ha sido expedido sin que exista circunstancia alguna de carácter extraordinario o excepcional que lo justifique, presupuesto que se constituye en elemento *sine qua non* para la legitimidad de

todo Decreto de Urgencia, tal como lo estipula el inciso 19) del artículo 118° de la Constitución. Esta inconstitucionalidad se hace aún más evidente desde que la propia norma con rango de ley impugnada, delega en normas infralegales la adopción de las supuestas “medidas extraordinarias”, delegación que deviene en proscrita si nos atenemos a una adecuada interpretación de la disposición constitucional aludida.

Sr.

BARDELLI LARTIRIGOYEN



Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

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

A partir de diversas demandas de amparo, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre temas relacionados con esta disposición constitucional.

Mencionamos a continuación dos casos resueltos por el Tribunal, en los que se observa que han tomado en cuenta las consideraciones anotadas a lo largo de la tesis y que demuestra que ya el Tribunal constitucional ha incorporado los modernos postulados del Derecho del Consumidor como una disciplina jurídica singular y sobre todo que está resolviendo estos temas sobre la base de pautas hermenéuticas que apuntan a la protección del consumidor como protagonista del mercado, cuyos derechos y prerrogativas son comparables a los derechos de la persona, por lo tanto la protección de los mismos pueda indubitablemente ser amparada por el tribunal. Estos casos incluso han sido publicados en la página web del Tribunal.

Primero, sentencia del Expediente 1036-2002-AA/TC. En este caso una persona presentó una demanda de amparo contra la empresa Luz del Sur S.A. con el objeto de que se pusiera el servicio de fluido eléctrico en su domicilio.

Según la demandante, se le pretendía obligar a asumir una deuda ascendente a doce mil setecientos nuevos soles, supuestamente contraída por el anterior propietario del inmueble, cuando tal situación ya había sido definida por el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (Osinerg), entidad que resolvió que la empresa debía desligar del predio y de la responsabilidad del demandante el importe de la deuda acumulada, así como los intereses y moras generadas, pero dejando a salvo el derecho de exigir el pago de la deuda al usuario que la originó.

De acuerdo con el tribunal, la empresa demandada interpretó en forma unilateral la resolución de Osinerg, desconociendo el derecho de la demandante de acceder al servicio público de electricidad. El razonamiento del tribunal en este caso reconoce el derecho del consumidor a acceder a los servicios de energía eléctrica, sin condición alguna, más sin exigir que se haga cargo de deudas anteriores que no le corresponden.

Segundo, la sentencia del Expediente N° 1006-2002-AA/TC, publicada el 22 de julio de 2003. En este caso una persona presentó un amparo contra la Empresa de Distribución Eléctrica de Lima Norte S.A. (Edelnor S.A.) por instalar postes con equipos de alta tensión en forma adyacente a su vivienda.

El demandante solicitó el retiro de los postes y que la empresa se abstuviera en el futuro de ejecutar obras que afectarán su propiedad o que pusieron en riesgo su salud, seguridad, integridad física o tranquilidad. Al respecto, el tribunal señaló que si bien la empresa demandada cumplió en lo formal con una función de servicio que las leyes le reconocen, ésta no ha sido de una forma eficiente o idónea. Además, no se contó con la autorización municipal correspondiente para ejecutar la obra.

Sobre la base de estos argumentos, declaró fundada la demanda y ordenó a Edelnor S.A. retirar los cuestionados postes con equipos de alta tensión, “quedando a salvo s derecho de ejecutar nuevas obras en la zona objeto de la controversia, siempre que éstas no amenazarán los derechos fundamentales y que cumplieron con obtener la autorización municipal respectiva”. En este caso el tribunal ha resuelto este caso sobre la base del derecho a la seguridad y a la salud que corresponden a todo consumidor y en virtud del cual ningún operador del mercado puede poner en riesgo bienes de inestimable valor. Inclusive hay aquí un razonamiento mayor, constituido por los intereses difusos que tienen vigencia la teoría del Derecho del Consumidor y en virtud de los cuales el riesgo de afectación no solo recae en el consumidor o usuario que ha interpuesto eventualmente la acción, sino a toda la comunidad que de una u otra manera también queda expuesta a los peligros que en este caso podía generar la pretendida instalación de postes de Edelnor SA

Prevención:

Aparte de estas decisiones, se puede encontrar en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional otras sentencias en las que, de forma indirecta y

preventiva, protegió los derechos de los consumidores. Mencionamos dos situaciones:

Primero, la sentencia del Expediente 795-2002-AA/TC, publicada el 21 de julio de 2003. Este caso se refiere a una persona que presentó una demanda de amparo para que se dejare sin efecto la orden de inmovilización de 60 cilindros de alcohol etílico, decretada por un fiscal provincial de prevención del delito, pues considera que con esa medida se afectaba su derecho al trabajo.

Para el Tribunal Constitucional, la conducta del fiscal se basó en un informe de la Dirección General de Salud Ambiental (DIGESA), según el cual “en la forma como se encuentra el alcohol no puede ser consumido de modo directo (...), lo que dio lugar a que se iniciara un proceso al demandante por el delito contra la salud pública en la modalidad de comercialización de productos nocivos a la salud”.

En consecuencia, el tribunal declaró infundada la demanda, pues no se configuró la alegada vulneración del derecho invocado ni se acreditó que el fiscal emplazado haya actuado arbitrariamente.

Segundo, sentencia del Expediente 1626-2002-AA/TC, publicada el 15 de agosto de 2003. En este caso una asociación interpuso una demanda de amparo con el objeto de que se garantizará su libre acceso al agua que discurre por un canal.

Si bien la demanda no era clara en torno a si se deseaba ese acceso para fines de irrigación de tierras o para uso doméstico, lo que hubiese originado diferentes efectos de acuerdo con la Ley de Aguas, el Tribunal consideró que si fuera para este último se constituirá un riesgo para la salud de los demandantes, pues el Ministerio de Salud declaró que el agua del canal al que se deseaba acceder no era apta para el consumo humano.

Por tal razón declaró infundada la demanda. Los casos reseñados demuestran una interesante jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto a la protección de los usuarios y consumidores.

PRECISIONES IMPORTANTES

En cuanto a la tutela de los consumidores y usuarios, el tribunal precisó lo siguiente:

Primero, cuando las normas constitucionales se refieren al consumidor y al usuario, lo hacen dentro de un contexto de protección que sólo resulta compatible con aquellas fórmulas que permitan garantizarles un trato razonable y adecuado, por quienes los abastecen de productos o les brindan servicios.

Segundo, la protección del usuario implica que estos no sólo tienen derecho a recibir servicios esenciales, sino también a que se presten en condiciones óptimas, o, al menos, favorables. Si se asume que lo único que importa es el servicio y no la manera como éste se brinde, se estaría vulnerable la Constitución.

La relación entre los usuarios y las empresas que son titulares de la prestación de un servicio no se reduce a un simple esquema de relaciones contractuales o económicas, pues si se entendiera de esa forma, no tendría sentido hablar de la protección del usuario.

Tercero, la legitimidad de los organismos supervisores se fundamenta en el adecuado y efectivo control de la prestación de un servicio. Si a pesar de lo que un organismo resolviera en torno de un reclamo las empresas prestadoras de un servicio interpretan esas resoluciones a su manera, “ello significaría que la franquicia que el Estado otorga a una empresa para que brinde un efectivo servicio se transformara en un pretexto para generar fuentes de abuso que

desdibujan por completo el rol tutelar al que se encuentra comprometido por mandato de la Constitución”.

Es importante señalar que la línea de pensamiento y la interpretación del Tribunal Constitucional en relación a la protección del consumidor es consistente con el deber constitucional de facilitar y vigilar la libre competencia, a fin de procurar el mayor bienestar de los consumidores, contenido expresamente en esos términos en el artículo 61 de la Constitución Política del Perú.

En efecto, es un principio de interpretación aceptado que las normas con rango de ley deben ser interpretadas a la luz de la Constitución, en observancia estricta del principio de supremacía constitucional contemplado en el artículo 51 de la Constitución Política del Perú²⁵⁵. De este modo, el contenido del texto normativo de la Ley de Protección del Consumidor e incluso de las Leyes de Competencia Desleal y de Libre Competencia que conforman el llamado Derecho del Mercado debe ser encontrado a la luz del artículo 61 de la Constitución Política del Perú, de los derechos fundamentales garantizados en ésta y del deber especial del Estado de protección de los referidos derechos fundamentales, porque en esencia la cultura de mercado y por ende el consumo se establecen en función del consumidor como persona, cuyos derechos deben ser garantizados por el Estado que debe ser capaz de estructurar un sistema que promueva el respeto de dichos derechos.

Con acierto el Tribunal ha reflexionado sobre el deber de protección del consumidor, así, La Sala Primera del Tribunal Constitucional, mediante Sentencia del 24 de marzo de 2004, recaída en el Expediente N° 0858-2003-AA/TC, señaló lo siguiente en relación con el "deber especial de protección" del Estado respecto de los derechos fundamentales:

²⁵⁵ **Constitución Política del Perú. Artículo 51.**- La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.

6. Como se sabe, debido al influjo de diversas teorías que han servido de base al constitucionalismo, y muy significativamente de las doctrinas pactistas, desde sus orígenes, el Estado moderno ha sido concebido como un ente artificial, una de cuyas tareas encomendadas ha sido, desde siempre, proteger los derechos fundamentales. Podría decirse, incluso, que se trata de su finalidad y deber principal, pues, en su versión moderna, el Estado ha sido instituido al servicio de los derechos fundamentales. El Estado, en efecto, tiene, en relación con los derechos fundamentales, un “deber especial de protección”.

Por cierto, este “deber especial de protección” del Estado no es sólo una cuestión teórica derivada de la existencia de una o más teorías sobre la legitimidad del Estado. Constitucionalmente se sustenta la dimensión objetiva de los derechos fundamentales. En efecto, como antes lo ha señalado este Tribunal, los derechos fundamentales no sólo tienen una dimensión subjetiva [esto es, no valen sólo como derechos subjetivos], sino también una dimensión objetiva, puesto que los derechos fundamentales constituyen el orden material de valores en los cuales se sustenta todo el ordenamiento constitucional (cf. STC 0976-2001-AA/TC, 0964-2002-AA/TC, entre otras).

Lo que significa, en primer lugar, que en el ordenamiento constitucional peruano todas las leyes, reglamentos y sus actos de aplicación, deben interpretarse y aplicarse de conformidad con los derechos fundamentales (STC 2409-2002-AA/TC). En ese sentido, los derechos constitucionales, en cuanto valores materiales del ordenamiento, tienen una pretensión de validez, de modo que tienen la propiedad de “irradiarse” y expandirse por todo el ordenamiento jurídico.

En segundo lugar, si los derechos fundamentales cumplen una función de legitimación jurídica de todo el ordenamiento constitucional, y, al mismo tiempo, tienen una pretensión de validez, entonces tienen

también la propiedad de exigir del Estado [y de sus órganos] un deber especial de protección para con ellos. Y es que si sobre los derechos constitucionales, en su dimensión objetiva, sólo se proclamara un efecto de irradiación por el ordenamiento jurídico, pero no se obligara a los órganos estatales a protegerlos de las asechanzas de terceros, entonces su condición de valores materiales del ordenamiento quedaría desprovista de significado.

Este "deber especial de protección" del Estado se manifiesta en el caso de la protección del consumidor con respecto de los derechos reconocidos en el Título III de la Constitución Política del Perú, en particular, la libre iniciativa privada²⁵⁶, la libertad de trabajo, la libertad de empresa, comercio e industria²⁵⁷, la libre competencia²⁵⁸ y la defensa del interés de los consumidores y usuarios²⁵⁹.

El último párrafo del fundamento jurídico N° 10 de la Sentencia del Tribunal Constitucional del 24 de marzo de 2004, recaída en el Expediente N° 0858-2003-AA/TC, pone de manifiesto el "deber especial de protección" del Estado en la defensa del interés de los consumidores y usuarios:

La Constitución prescribe en su artículo 65° la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, a través de un derrotero jurídico binario; vale decir, establece un principio rector para la actuación del

²⁵⁶ **Constitución Política del Perú. Artículo 58.-** La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad servicios públicos e infraestructura.

²⁵⁷ **Constitución Política del Perú. Artículo 59.-** El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

²⁵⁸ **Constitución Política del Perú. Artículo 61.-** El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.

²⁵⁹ **Constitución Política del Perú. Artículo 65.-** El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.

Estado y, simultáneamente, consagra un derecho subjetivo. En cuanto a lo primero, el artículo tiene la dimensión de una pauta básica o postulado destinado a orientar y fundamentar la actuación del Estado respecto a cualquier actividad económica. Así, el juicio estimativo y el juicio lógico derivado de la conducta del Estado sobre la materia, tienen como horizonte tuitivo la defensa de los intereses de los consumidores y los usuarios. En cuanto a lo segundo, la Constitución reconoce el derecho de defenderse de los consumidores y usuarios en los casos de trasgresión o desconocimiento de sus legítimos intereses; es decir, reconoce el derecho de exigir al Estado una actuación determinada cuando se produzca alguna forma de amenaza o afectación efectiva de los derechos de consumidor o usuario, incluyendo la capacidad de acción contra el propio proveedor.

El artículo 61 de la Constitución Política del Perú señala expresamente que "el Estado facilita y vigila la libre competencia", es decir, es una obligación ineludible del Estado el defender, preservar y garantizar la libre competencia, aún contra los excesos que resultaran de su propio ejercicio. Esto último es esencial para la Constitución peruana, tal como lo señala la doctrina constitucional:

La Sala de Defensa de la Competencia en concordancia con el Tribunal también ha señalado que la obligación estatal de facilitar y vigilar la libre competencia es dotada de contenido por el propio artículo 61 de la Constitución, el cual indica que la obligación antes referida se cumple mediante el combate a toda práctica que limite la libre competencia -es decir, las prácticas restrictivas de la libre competencia mencionadas en el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701- y el combate al abuso de posiciones dominantes o monopólicas -es decir, el abuso de posición de dominio en el mercado, contemplado en el artículo 5 del Decreto Legislativo N° 701, también deben ser entendidas en función del derecho del consumidor como protagonista del mercado.

En una economía social de mercado²⁶⁰, los proveedores tienen el derecho de fijar sus precios y condiciones comerciales en un régimen de libre competencia, de acuerdo con las leyes de la oferta y la demanda. Sin embargo, deben tenerse en cuenta las consecuencias de los excesos cometidos en nombre de la libre competencia, es decir, del ejercicio abusivo de dicho derecho de fijar los precios y condiciones comerciales en el mercado.²⁶¹

La Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI en la Resolución No -2004 TDC/INDECOPI ha señalado que la finalidad que persigue el deber estatal constitucional de facilitar y vigilar la libre competencia, el cual, en última instancia y a la luz del "deber especial de protección" del Estado, no es otro que procurar el mayor bienestar de los consumidores. En otras palabras, la libre competencia significa lo siguiente:

- *Una situación de libertad en el ejercicio de los negocios, tutelada y limitada por la legislación de manera que, sin afectar la libertad de cada uno, se corrija los defectos de poder excesivo que pueden producirse y cuyo resultado sería el perjuicio para los otros competidores y, a la larga, para el pueblo mismo, es decir, los consumidores.*
- *La competencia mejora la asignación de recursos y la eficiencia productiva. Desde luego, el marco ideal es el de competencia perfecta pero que es sólo una hipótesis de trabajo. En la vida*

²⁶⁰ **Constitución Política del Perú. Artículo 58.**- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

²⁶¹ Esta es una manifestación en el plano económico de lo que en el plano político, ejemplifica el ejercicio abusivo de las libertades establecidas en la Constitución de Weimar, lo cual permitió al NSDAP (Partido Nazi) capturar el poder total y organizar un régimen totalitario en Alemania. A fin de evitar que el ejercicio abusivo de las libertades democráticas sea nuevamente utilizado para destruir la democracia, la Ley Fundamental alemana establece en su artículo 18 la privación de los derechos básicos a todo aquel que abuse de la libertad de expresión, en particular de la libertad de prensa, la libertad de enseñar, la libertad de reunión, la libertad de asociación, la privacidad de la correspondencia, el correo y las telecomunicaciones, el derecho de propiedad o el derecho de asilo, como medio de combatir el orden libre y democrático.

*cotidiana, diversos condicionantes llevan a hablar no de competencia perfecta sino de workable competition*²⁶².

- *La competencia mejora el nivel de riqueza en la sociedad al dar bienestar al consumidor y los precios menores posibles.*²⁶³

El artículo 1 del Decreto Legislativo N° 701, referido a la finalidad de la norma, es claro en el sentido de reconocer que el deber constitucional de facilitar y vigilar la libre competencia tiene como objetivo último procurar el mayor bienestar de los consumidores:

Artículo 1.- Finalidad. *La presente Ley tiene por objeto eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, permitiendo que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios y consumidores.*

Expresa la Sala que: “un límite claro al ejercicio de la competencia es la prohibición del ejercicio abusivo de ella, situación esta última en la que no se lograría el mayor bienestar de los consumidores sino, por el contrario, se les perjudicaría, vaciando de contenido al mecanismo de la competencia y convirtiéndola -a través de su desnaturalización- en un simple pretexto para explotar a los consumidores. Es evidente que esto último no es el resultado deseado por la Constitución ni por el Decreto Legislativo N° 701”.

La Sala incluso apela a la institución del Abuso del Derecho para interpretar mejor la legislación de competencia en relación la protección del consumidor y expresa que, el abuso del derecho no se encuentra amparado por el ordenamiento nacional sino, más bien, es rechazado y se encuentra prohibido. En líneas

²⁶² Workable competition o competencia posible.

²⁶³ RUBIO CORREA, Marcial. Op. Cit., p.247.

generales, el artículo II del Título Preliminar del Código Civil contiene la posición del ordenamiento nacional acerca del abuso del derecho:

La ley no ampara el abuso del derecho. El interesado puede exigir la adopción de las medidas necesarias para evitar o suprimir el abuso y, en su caso, la indemnización que corresponda.

La institución del abuso del derecho consiste en un acto en principio lícito - formalmente constituye el ejercicio de un derecho subjetivo- pero que atenta contra la armonía de la vida social y contraría el espíritu o los principios del Derecho durante su ejecución. Es, por tanto, un abuso que se configura en el ejercicio de un derecho.²⁶⁴

Lo señalado en el párrafo anterior es exactamente lo que sucede cuando, en una situación en la que existe posición de dominio individual o colectiva²⁶⁵, la empresa o empresas que ostentan dicha posición de dominio, ejercen el derecho a fijar los precios o las condiciones comerciales libremente, de manera abusiva, pervirtiendo y destruyendo el régimen de libre competencia y dejando de lado las invocadas leyes de la oferta y la demanda, para reemplazar ambos por la voluntad unilateral y arbitraria de quien ostenta la posición de dominio. Cuando esto sucede, *"recae sobre los órganos del Estado la obligación de restaurar el equilibrio perdido a consecuencia de una relación de desigualdad, y de proteger los derechos fundamentales como sistema material de valores. También en estos casos, como lo ha afirmado el Tribunal Constitucional Federal Alemán, existe una obligación de protección de los derechos fundamentales (BverfGE 81, 242 (256))"*²⁶⁶.

En este orden de ideas, cuando el párrafo introductorio del artículo 5 del Decreto Legislativo N° 701, al definir el abuso de posición de dominio, señala

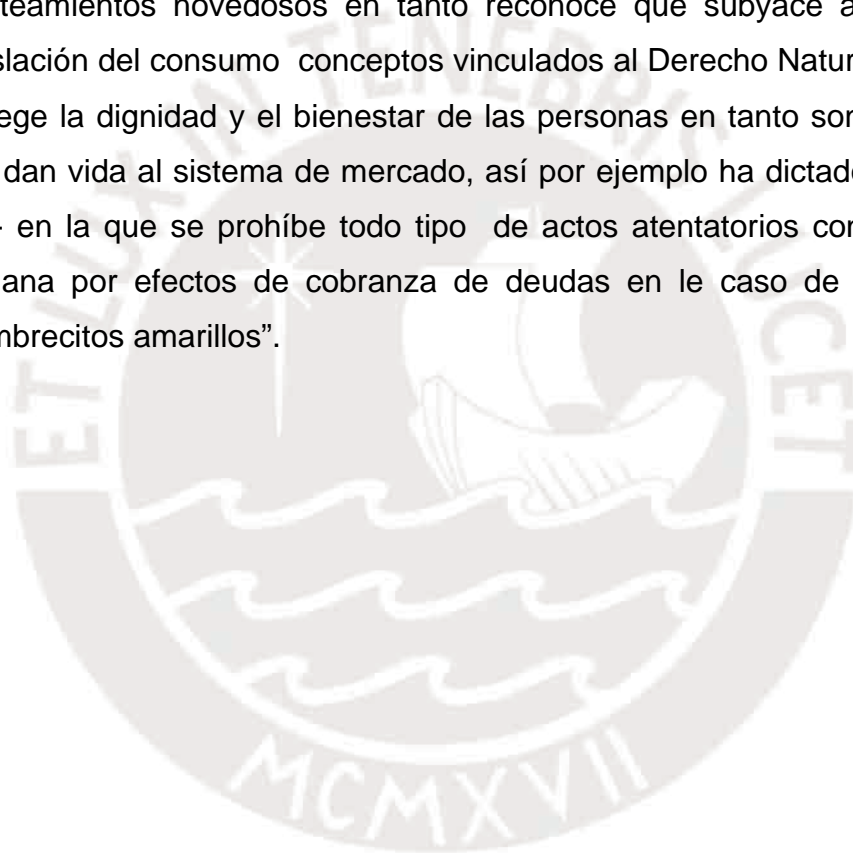
²⁶⁴ RUBIO CORREA, Marcial. Título Preliminar. 6ª. Ed. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993. p.40.

²⁶⁵ Cabe aclarar que esta Sala no se está pronunciando en esta resolución sobre la existencia o inexistencia de posición de dominio en el mercado por parte de las investigadas.

²⁶⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional del 24 de marzo de 2004, recaída en el Expediente N° 0858-2003-AA/TC. Tercer párrafo del fundamento jurídico N° 23.

claramente que dicha conducta abusiva afecta a "otros" agentes económicos - incluidos los consumidores-, es decir, que puede tratarse de una conducta de explotación dirigida contra los consumidores, está representando el desarrollo legislativo del "deber especial de protección" del Estado hacia los consumidores.

Por otra parte el Tribunal Constitucional también ha incorporado dentro de su línea de pensamiento e interpretación de la Ley de Protección del Consumidor planteamientos novedosos en tanto reconoce que subyace al interior de la legislación del consumo conceptos vinculados al Derecho Natural en cuanto se protege la dignidad y el bienestar de las personas en tanto son consumidores que dan vida al sistema de mercado, así por ejemplo ha dictado la Resolución ----- en la que se prohíbe todo tipo de actos atentatorios contra la dignidad humana por efectos de cobranza de deudas en el caso de los conocidos "hombrecitos amarillos".



JURISPRUDENCIA DEL PODER JUDICIAL

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CONSTITUCIONAL Y SOCIAL
PERMANENTE**



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CONSTITUCIONAL Y SOCIAL
PERMANENTE**

Exp. 1926-01-Lima

Lima, veinticinco de junio del dos mil tres.-

VISTOS: Con los acompañados, de conformidad con el Dictamen Fiscal, y CONSIDERANDO además: PRIMERO: Que, es materia de grado la sentencia apelada de fojas doscientos ochentiséis, su fecha quince de Marzo del dos mil uno, que declara Fundada en parte la demanda Contencioso Administrativa interpuesta por Miguel Segundo Ciccía Vásquez Empresa Individual de Responsabilidad Limitada- CIVA E.I.R.L. y en consecuencia declara la invalidez de la Resolución Administrativa Número cero doscientos veintiuno-mil novecientos noventa y ocho- TDC/INDECOPI de fecha diecinueve de agosto de mil novecientos noventa y ocho, sólo en cuanto se impone a la demandante la sanción del pago de una multa equivalente a cien Unidades Impositivas Tributarias, e infundada en el extremo que impugna la sanción del cierre de cinco días calendarios de la Empresa previo aviso a los consumidores; SEGUNDO.- Que, mediante escrito de fojas doscientos noventiséis INDECOPI apela la resolución recurrida sólo en el extremo que declara nula la multa de cien Unidades Impositivas Tributarias impuesta a la demandante; en tanto la Empresa CIVA E.I.R.L. mediante escrito de adhesión del recurso de apelación que corre a fojas diez del cuadernillo formado en esta instancia, cuestiona la faltas de competencia del INDECOPI para conocer el presente caso, y señala que al haberlos sancionado el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, mediante Resolución Número ciento sesenta y cinco-noventisiete-MTC/quince dieciocho, no resulta aplicable a su caso la Resolución impugnada expedida por el INDECOPI pues de ser así se afectaría el principio constitucional de “non bis in idem” (nadie puede ser sancionado dos veces por un mismo hecho); TERCERO.- Que conforme se aprecia de lo actuado, es evidente que el Colegio al expedir la sentencia impugnada ha dado estricto cumplimiento a lo señalado por el artículo cuarentiséis del Derecho Legislativo setecientos dieciséis, concordante con el artículo veintiuno del Decreto Legislativo ochocientos siete, publicado el dieciocho de abril de mil novecientos noventiséis, vigente en la fecha de ocurridos los hechos, el cual establece que la autoridad competente para conocer de los procedimientos administrativos y de la imposición de las sanciones previstas en el Decreto Legislativo setecientos dieciséis, Ley de Protección al Consumidor, es la

Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI, pudiendo ser negada su competencia sólo por norma expresa de rango legal; siendo que las sanciones impuestas por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones se aplican en mérito a un Decreto Supremo, norma de jerarquía inferior que no puede oponerse a la Ley de Protección al Consumidor; CUARTO: Que, en dicho contexto se tiene que la facultad sancionadora del INDECOPI resulta independiente a la prerrogativa del Ministerio de Transportes y Comunicaciones de sancionar por infracciones a su reglamento, ya que a este Ministerio le compete conocer las infracciones al servicio del transporte público en general, en tanto la Comisión de Protección al Consumidor está facultada para actuar en aquellos casos en que el servicio ofrecido en el mercado a un usuario no resulte idóneo; como en el caso de autos en que la empresa demandante, que presta servicios público de transporte de pasajeros, en el lapso de dos meses (Agosto a Setiembre de mil novecientos noventa y siete) ha tenido tres accidentes de tránsito con resultados funestos de veintiséis pasajeros que perdieron la vida y otros noventa y cuatro que resultaron heridos; lo que evidencia que el servicio que presta no es idóneo, deviniendo por tanto en aplicables las sanciones establecidas en la Ley de Protección al Consumidor; QUINTO.- Que, las modificaciones introducidas por la Ley veintisiete mil trescientos once al Derecho Legislativo setecientos dieciséis han permitido aclarar lo referente a la forma de imposición de las sanciones, precisándose que además de poder ser una o más, las mismas se graduarán dependiendo de la trascendencia y gravedad del caso; en tal virtud al haberse impuesto dos sanciones (multa y cierre temporal) no se ha incurrido en causal de nulidad alguna; SEXTO.- Que, no obstante lo glosado en el considerando anterior, estando a las normas de protección de los capitales nacionales y a que el monto de la sanción pecuniaria no redundará en beneficio de las víctimas, procede reducir prudencialmente el quantum de la sanción impuesta, así como los días de suspensión; por tales consideraciones: CONFIRMARON la sentencia apelada de fojas doscientos ochentiséis, su fecha quince de marzo del dos mil uno, en el extremo que declara FUNDADA EN PARTE la demanda; la REVOCARON por un lado, en cuanto declara la invalidez de la resolución

administrativa impugnada en el extremo que impone a la Empresa actora la sanción del pago de una multa equivalente a cien Unidades Impositivas Tributarias; y por otro lado, en cuanto declara Infundada la demanda en el extremo en que se impugnó la sanción del cierre de cinco días calendarios de la referida Empresa; REFORMÁNDOLA declararon NULA la parte de Resolución Administrativa Número cero doscientos veintiuno-TDC/INDECOPI de fecha diecinueve de agosto de mil novecientos noventa y ocho, que determina las sanciones impuestas, la que MODIFICARON fijándola en el pago de una multa equivalente a setenta Unidades Impositivas Tributarias (UIT) y a un cierre de la Empresa demandante por el plazo de tres días calendarios previo aviso a los usuarios; en los seguidos por Miguel Segundo Ciccía Vásquez Empresa Individual de Responsabilidad Limitada-CIVA E.I.R.L. contra el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual-INDECOPI, sobre impugnación de Resolución Administrativa; y los devolvieron.

S.S.

WALDE JÁUREGUI.

LOZA ZEA

EGÚSQUIZA ROCA.

RODRÍGUEZ

Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República

Esta resolución de la Corte Suprema es de capital importancia en tanto que precisa la competencia del INDECOPI como órgano regulador del mercado y sus funciones respecto de la protección del consumidor. Además establece claramente una distinción con la competencia del Ministerio de Transportes en cuanto al servicio del transporte público de pasajeros; pero además es importante porque a partir de lo razonado por la Corte Suprema se puede

tomar como un precedente válido para todos aquellos casos similares, en los cuales aquellos operadores que pertenecen a sectores de actividad económica regulados por ley, pretenden desconocer la autoridad del INDECOPI para sancionar sus eventuales violaciones de los derechos del consumidor. Por tanto, es necesario efectuar un análisis exhaustivo de esta jurisprudencia por los efectos que indudablemente tendrá en el mercado.

Una primera conclusión sobre el tema es que el INDECOPI es el órgano encargado de pronunciarse respecto de la idoneidad de la información y los servicios ofrecidos por las empresas, no tiene sentido que se haga una distinción entre los procedimientos iniciados a pedido de parte y los iniciados de oficio, ya que en ambos supuestos el ente administrativo tiene como un objetivo específico proteger al consumidor de las actividades infractoras desarrolladas por las empresas de transporte, resultando, en ambos casos, que las conductas reguladas por el INDECOPI tienen su sustento en la existencia de una relación de consumo entre el usuario y el proveedor del servicio, sin que ello implique que se asuma competencia respecto de la relación existente entre las autoridades de transporte y las empresas concesionarias.

Por otro lado, debe señalarse que las normas recogidas por la Ley y el Reglamento de Transporte Público, así como las infracciones y sanciones que acarrea el incumplimiento de las obligaciones previstas para los concesionarios de los servicios públicos de transporte terrestre nacional, tienen como finalidad la racionalización del uso de la infraestructura vial, el cual por ser un bien escaso debe ser atribuido a aquellas empresas que resulten más eficientes en el uso de los recursos. Por tanto, resulta de especial importancia que los costos de las externalidades negativas producidas por la falta de diligencia en que incurran las empresas de transporte, sean asumidas por éstas y no trasladadas a la sociedad en su conjunto²⁶⁷, todo esto a efectos de crear condiciones de

²⁶⁷ **LEY GENERAL DE TRANSPORTE Y TRANSITO TERRESTRE**, Artículo 6.- De la internalización y corrección de costos

6.1 El Estado procura que todos los agentes que intervienen en el transporte y en el tránsito perciban y asuman los costos totales de sus decisiones, incluidos los costos provocados sobre terceros como consecuencia de tales

mercado en que el precio ofrecido a los consumidores responda a los costos reales en que incurran las empresas por brindar tales servicios.

En este sentido, el Reglamento ha establecido una serie de obligaciones que las empresas de transporte nacional deben cumplir en tanto concesionarias de un determinado servicio público, obligaciones que constituyen parámetros de observancia obligatoria y que tienen por objetivo establecer un nivel de servicio mínimo, a efectos de continuar en el desarrollo de las actividades.

Dada la importancia que reviste el cumplimiento de las mencionadas obligaciones, la Ley General de Transportes y Tránsito Terrestre ha previsto en el artículo 16, la facultad de fiscalización, la cual tiene como finalidad promover un funcionamiento transparente del mercado²⁶⁸, es decir, un mercado en el cual los costos sean asumidos por aquellos que se ven beneficiados directa o indirectamente por ellos. En tal sentido, la autoridad de transporte ha previsto una serie de infracciones que vulneran la noción de empresa de transporte eficiente, las cuales al ser verificadas traen consigo la aplicación de una sanción que busca corregir la infracción en que se haya incurrido y desincentivar la comisión de futuras infracciones.

De lo anterior, puede deducirse que la razón de ser del ordenamiento de transportes es regular el desarrollo de las actividades al interior del sector, regulando cuáles son los patrones mínimos de funcionamiento en el supuesto

decisiones. Asimismo, promueve la existencia de precios reales y competitivos en los mercados de insumos y servicios de transporte y corrige, mediante el cobro de tasas u otros mecanismos similares, las distorsiones de costos generadas por la congestión vehicular y la contaminación (...)

²⁶⁸ LEY GENERAL DE TRANSPORTE Y TRANSITO TERRESTRE, Artículo 16.- De las competencias del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción

(...)

Competencias de fiscalización:

1) Fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre el servicio de transporte terrestre del ámbito de su competencia, para lo cual podrá contratar empresas o instituciones especializadas y de reconocido prestigio, en el campo de la supervisión. (...) La fiscalización comprende la supervisión, detección de infracciones y la imposición de sanciones por el incumplimiento de los dispositivos legales vinculados al transporte y al tránsito terrestre, de tal forma que se promueva un funcionamiento transparente del mercado y una mayor información a los usuarios (...)

que las concesionarias deseen participar de dicho mercado. En este sentido, la autoridad de transporte establece los parámetros que deben respetar aquellas empresas que pretendan ofrecer sus servicios a los demandantes de tales prestaciones. Lo expuesto significa que la legislación sobre el transporte terrestre de pasajeros lo que regula es la relación que se establece entre los operadores del sistema, es decir las empresas, con el Estado en cuanto a las condiciones mínimas de operatividad que garanticen la eficiencia en el servicio y en el uso racional de la infraestructura vial sin que de ninguna manera se traslade al consumidor el costo de la ineficiencia y falta de diligencia en el servicio, además de promover conductas responsables en los operadores.

Por otro lado, la Comisión de Protección al Consumidor no ha sancionado por la infracción a las normas de transporte o tránsito terrestre, sino porque las actividades desarrolladas por las empresas de transporte, en este caso Transportes CIVA, contravienen la garantía implícita recogida en el artículo 8 de la Ley de Protección al Consumidor, de conformidad con la cual, los proveedores son responsables por la idoneidad y calidad de los productos y servicios que ofrecen. En tal sentido, debe señalarse que la garantía implícita se observa en la obligación que tienen los proveedores de responder cuando el bien o servicio no es idóneo para los fines y usos previsibles para los que normalmente se adquieren o contratan en el mercado.

Otra de las conclusiones es que de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de la Ley General de Transportes y Tránsito Terrestre²⁶⁹, un mismo hecho puede tener distintas consecuencias jurídicas, de forma tal, que a partir de una conducta específica se pueden derivar diversas infracciones, las que a su vez pueden ser materia de distintas sanciones. Este razonamiento no es extraño al mundo del Derecho por que es una realidad que en materia jurídica

²⁶⁹ LEY GENERAL DE TRANSPORTE Y TRANSITO TERRESTRE, **Artículo 21.-** Del sometimiento a jurisdicción única (...)

b) No se puede sancionar una misma infracción a las normas por dos autoridades distintas. Sin embargo si se puede sancionar varias infracciones derivadas de un solo hecho, siempre que no transgredan las competencias establecidas en la presente Ley y en los reglamentos nacionales.

suele presentarse y en este caso es siempre importante determinar con precisión el orden normativo aplicable e identificar con precisión los bienes jurídicos que son violentados con un mismo hecho, así por ejemplo es común que un hecho sea denunciado como delito y se sancione bajo la legislación penal y luego en la vía civil se trate como un caso de responsabilidad civil para fines de indemnización.

Sin embargo, a efectos de determinar si en estos casos nos encontramos ante un supuesto de doble sanción, debe establecerse si concurren los siguientes requisitos: (i) identidad subjetiva, es decir que el administrado sea el mismo en ambos procedimientos, siendo irrelevante si concurre con otras personas o no o si actúa a través de un representante; (ii) identidad objetiva, es decir que los hechos constitutivos de la infracción sean los mismos en ambos procedimientos; y, (iii) identidad causal o de fundamento, entendida como la existencia de identidad entre los bienes jurídicos protegidos y los intereses tutelados por las distintas normas sancionadoras, de modo tal que si los bienes jurídicos protegidos por las disposiciones materia de análisis son distintos, existirá diversidad de fundamentos; mientras que si son iguales, entonces se estará ante un caso de doble sanción²⁷⁰.

En el presente caso, el bien jurídico tutelado por el INDECOPI es el interés de los consumidores, es decir, que los bienes o servicios que estos adquieran cubran las expectativas que éstos razonablemente pudieron generar, en tanto, las normas emitidas por la autoridad de transporte buscan regular el mercado y la adecuada atribución de la infraestructura vial entre las diferentes concesionarias. Por tanto, hecho de que una norma de rango legal otorgue a una entidad pública distinta al INDECOPI la facultad de controlar o supervisar el desarrollo de una actividad económica en particular, no impide que éste como órgano especializado en la defensa de los consumidores y la promoción de un mercado transparente y competitivo, pueda conocer de los casos en

²⁷⁰ Moron Urbina, Juan Carlos. Comentarios a la Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: Gaceta Jurídica S.A. (2001) P. 522.

que, en el ejercicio de dicha actividad, se vulneren los intereses de los consumidores.

Es preciso señalar que la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República²⁷¹ ha asumido un criterio consistente con los argumentos desarrollados por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI, toda vez que se ha reiterado lo que se ha venido expresando siempre en las resoluciones que se han emitido sobre la materia, manifestando que la facultad sancionadora del INDECOPI resulta independiente a la prerrogativa del Ministerio de Transportes y Comunicaciones de sancionar por infracciones a su reglamento, ya que a éste le compete conocer las infracciones al servicio de transporte público en general, en tanto, la Comisión de protección del Consumidor del INDECOPI está facultada para actuar en aquellos casos en que el servicio ofrecido en el mercado no resulte idóneo²⁷².

Otra de las conclusiones que se pueden hacer de la resolución de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República es que se ha determinado ya un criterio para todas aquellas actividades económicas que se encuentran que operan bajo determinada legislación especial y que de una u otra manera siempre han venido discutiendo la legitimidad y la competencia de la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI para conocer de los casos de violación de la ley en perjuicio de los consumidores y la imposición de las medidas correctivas que tiendan a revertir los efectos causados por su conducta.

²⁷¹ Sentencia del 25 de junio de 2003, recaída en el Expediente N° 1926-01 Lima.

²⁷² En tal sentido, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema señaló:

"(...) la facultad sancionadora del INDECOPI resulta independiente a la prerrogativa del Ministerio de Transportes y Comunicaciones de sancionar por infracciones a su reglamento, ya que a este Ministerio le compete conocer las infracciones al servicio de transporte público en general, en tanto la Comisión de Protección al Consumidor está facultada para actuar en aquellos casos en que el servicio ofrecido en el mercado a un usuario no resulte idóneo; (...)

Hay que tener en consideración que en aquellos casos de actividades económicas reguladas por ley especial, dicha regulación es respecto de las relaciones que el operador o prestador de servicios establece con el Estado como ente regulador de las conductas de los administrados y como tal, queda en el plano jurídico del Derecho Administrativo, es decir en relaciones entre el administrado y el Estado referidas a las condiciones de operación que buscan regular el mercado a través de una eficiente supervisión y control de la actividad para que los efectos negativos de su ineficiencia operativa no sean trasladados a los consumidores.

Es en este contexto en el que se ubican las relaciones de los operadores del mercado con aquellos organismos creados por el Estado para supervisar determinadas actividades en el mercado como por ejemplo la Dirección General de Transporte Aéreo, cuando otorga autorizaciones de vuelo o de operación, entre otros; la Dirección General de Salud Ambiental (DIGESA), cuando otorga licencias o registros sanitarios a los productos alimenticios ofertados al público; el Servicio Nacional de Sanidad (SENASA), cuando otorga licencias para operación de camales y centros de beneficio; la Dirección General de Hidrocarburos y Osinerg, cuando se otorga licencias y autorizaciones para centros de distribución y venta de gas y de gasolina; las Direcciones Regionales de Educación, cuando otorgan autorizaciones para la operación de centros de instrucción superior, centros de educación ocupacional y centros de educación inicial ; etc.

Sin embargo es preciso señalar que la facultad de controlar o supervisar el desarrollo de una actividad económica en particular, no impide el INDECOPI como órgano especializado encargado de la defensa de los consumidores pueda iniciar procesos contra aquellos operadores que violan los derechos del consumidor.

Por otra parte, el hecho de que una norma de rango legal otorgue a una entidad pública distinta al INDECOPI la facultad de controlar o supervisar el

desarrollo de una actividad económica en particular, no impide que éste como órgano especializado en la defensa de los consumidores y la promoción de un mercado transparente y competitivo, pueda conocer de los casos en los que en ejercicio de dicha actividad, se vulneren los intereses de los consumidores, porque lo que el INDECOPI regula son las relaciones que se establecen entre los operadores (proveedores en los términos de la ley) con los consumidores, es decir aquella relación binaria entre quienes ofertan sus productos y servicios con sus destinatarios finales, para que dicha relación sea lo más transparente y funcional posible para fortalecer el propio mercado, dado que éste es en esencia producto de la relación fluida y dinámica de ambos protagonistas



**DIRECTIVAS DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE
PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR**



**DIRECTIVA 97/7/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL
CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA**

**SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN MATERIA DE
LOS CONTRATOS A DISTANCIA**

EL CONSEJO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Visto el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea y, en particular, su artículo 100 A, Vista la propuesta de la Comisión, En cooperación con el Parlamento Europeo, Visto el dictamen del Comité Económico y Social, Considerando que es necesario adoptar medidas para establecer progresivamente el mercado interior antes del 31 de diciembre de 1992; que el mercado interior implica un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales está garantizada;

Considerando que las legislaciones de los Estados miembros relativas a las cláusulas de los contratos celebrados entre, por una parte, el vendedor de bienes o el prestador de servicios y, por otra, el comprador son muy dispares, lo cual da lugar a que los mercados nacionales de venta de bienes y prestación de servicios a los consumidores difieran entre sí ya que puedan producirse distorsiones de la competencia entre los vendedores y los prestadores de servicios, en especial cuando la comercialización se realiza en otros Estados miembros;

Considerando que, en particular, las legislaciones de los Estados miembros que regulan las cláusulas abusivas de los contratos celebrados con consumidores presentan diferencias considerables;

Considerando que corresponde a los Estados miembros velar por que no se incluyan cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores;

Considerando que generalmente los consumidores no conocen las normas que regulan los contratos de venta de bienes o de prestación de servicios en los Estados miembros distintos del suyo; que esta dificultad puede disuadirles de realizar transacciones de adquisición de bienes o servicios de modo directo en otro Estado miembro;

Considerando que para facilitar el establecimiento de un mercado único y para proteger al ciudadano en su papel de consumidor al adquirir bienes y servicios mediante contratos que se rigen por leyes de Estados miembros distintos del suyo es indispensable eliminar las cláusulas abusivas de esos contratos;

Considerando que los vendedores de bienes y prestadores de servicios se verán así ayudados en sus actividades de venta de bienes y prestación de servicios, tanto dentro de su país como en todo el mercado interior; y que de

este modo se verá estimulada la competencia, contribuyendo así a una mayor opción de los ciudadanos de la Comunidad como consumidores;

Considerando que los dos programas comunitarios de política de protección e información de los consumidores (4) hicieron hincapié en la importancia de proteger a los consumidores contra las cláusulas contractuales abusivas; que esta protección deberían proporcionarla las disposiciones legales y reglamentarias armonizadas a nivel comunitario o adoptadas directamente a ese nivel;

Considerando que con arreglo al principio establecido en ambos programas en el título "Protección de los intereses económicos de los consumidores", los adquirentes de bienes y servicios deben estar protegidos contra el abuso de poder del vendedor o del prestador de servicios, en especial contra los contratos de adhesión y la exclusión abusiva de derechos esenciales en los contratos;

Considerando que puede obtenerse una protección más eficaz del consumidor mediante la adopción de normas uniformes sobre cláusulas abusivas; que tales normas deben aplicarse a todos los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor; que por consiguiente quedan excluidos de la presente Directiva, en particular, los contratos de trabajo, los contratos relativos a los derechos de sucesión, los contratos relativos al estatuto familiar, los contratos relativos a la constitución y estatutos de sociedades;

Considerando que el consumidor debe gozar de la misma protección, tanto en el marco de un contrato verbal como en el de un contrato por escrito y, en este último caso, independientemente de que los términos de dicho contrato figuren en uno o varios documentos;

Considerando no obstante que en el estado actual de las legislaciones nacionales sólo se puede plantear una armonización parcial; que, en particular, las cláusulas de la presente Directiva se refieren únicamente a las cláusulas contractuales que no hayan sido objeto de negociación individual; que es importante dejar a los Estados miembros la posibilidad, dentro del respeto del

Tratado, de garantizar una protección más elevada al consumidor mediante disposiciones más estrictas que las de la presente Directiva;

Considerando que se supone que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan, directa o indirectamente, las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores no contienen cláusulas abusivas; que por consiguiente, no resulta necesario someter a las disposiciones de la presente Directiva las cláusulas que reflejan las disposiciones legales o reglamentarias imperativas ni las disposiciones de convenios internacionales de los que los Estados miembros o la Comunidad sean parte; que a este respecto, la expresión "disposiciones legales o reglamentarias imperativas" que aparece en el apartado 2 del artículo 1 incluye también las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo;

Considerando, sin embargo, que los Estados miembros deben velar por que en ellas no figuren dichas cláusulas abusivas, en particular debido a que la presente Directiva se aplicará también a las actividades profesionales de carácter público;

Considerando que es necesario fijar de forma general los criterios de apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales;

Considerando que la apreciación, con arreglo a los criterios generales establecidos, del carácter abusivo de las cláusulas, en particular en las actividades profesionales de carácter público de prestación de servicios colectivos teniendo en cuenta una solidaridad entre usuarios, necesita completarse mediante una evaluación global de los distintos intereses en juego; que en esto consiste la exigencia de buena fe; que en la apreciación de la buena fe hay que prestar especial atención a la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes, a si se ha inducido en algún modo al consumidor a dar su acuerdo a la cláusula ya si los bienes se han vendido o los servicios se han prestado a petición especial del consumidor; que los profesionales pueden cumplir la exigencia de buena fe tratando de manera leal y equitativa con la otra parte, cuyos intereses legítimos debe tener en cuenta;

Considerando que, a los efectos de la presente Directiva, la lista de cláusulas que relaciona el Anexo no puede tener sino carácter indicativo y que, dado su carácter mínimo, los Estados miembros, en el marco de su legislación nacional, pueden someterla a añadidos o a formulaciones más restrictivas, en particular con respecto al alcance de dichas cláusulas;

Considerando que la naturaleza de los bienes o servicios deba influir en la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales;

Considerando que, a los efectos de la presente Directiva, la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación; que en la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas podrán tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio; que de ello se desprende, entre otras cosas, que en los casos de contratos de seguros las cláusulas que definen o delimitan claramente el riesgo asegurado y el compromiso del asegurador no son objeto de dicha apreciación, ya que dichas limitaciones se tienen en cuenta en el cálculo de la prima abonada por el consumidor;

Considerando que los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas y que, en caso de duda, deberá prevalecer la interpretación más favorable al consumidor;

Considerando que los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para evitar que se estipulen cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores por un profesional y que, si a pesar de ello figuraran tales cláusulas, éstas no obligarían al consumidor y el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que las cláusulas abusivas no afecten a su existencia;

Considerando que en ciertos casos existe el riesgo de privar al consumidor de la protección otorgada por la presente Directiva designando como ley aplicable al contrato el derecho de un país tercero; que, por consiguiente, es conveniente establecer en la presente Directiva disposiciones encaminadas a evitar dicho riesgo;

Considerando que las personas u organizaciones, que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección del consumidor, deben poder presentar un recurso contra las cláusulas contractuales redactadas con vistas a su utilización general en los contratos celebrados con consumidores, en especial las cláusulas abusivas, ya sea ante un órgano judicial o ante una autoridad administrativa con competencia para decidir sobre las demandas o para emprender las acciones judiciales adecuadas; que esta facultad, sin embargo, no supone el control sistemático previo de las condiciones generales utilizadas en tal o cual sector económico;

Considerando que los órganos judiciales y autoridades administrativas deben contar con medios apropiados y eficaces para poner fin al uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores,

HA ADOPTADO LA PRESENTE DIRECTIVA:

Artículo 1

1. El propósito de la presente Directiva es aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.

2. Las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, así como las disposiciones o los principios de los convenios internacionales, en especial en el ámbito de los transportes, donde los Estados miembros o la Comunidad son parte, no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva.

Artículo 2

A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

a) "cláusulas abusivas": las cláusulas de un contrato tal como quedan definidas en el artículo 3;

b) "consumidor": toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional;

c) "profesional": toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada.

Artículo 3

1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

2. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión.

El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión.

El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba.

3. El Anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas.

Artículo 4

1. Sin perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa.

2. La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de

proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.

Artículo 5

En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor. Esta norma de interpretación no será aplicable en el marco de los procedimientos que establece el apartado 2 del artículo 7 de la presente Directiva.

Artículo 6

1. Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.
2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección que ofrece la presente Directiva por el hecho de haber elegido el derecho de un Estado tercero como derecho aplicable al contrato cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad.

Artículo 7

1. Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.
2. Los medios contemplados en el apartado 1 incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter

abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas.

3. Los recursos mencionados en el apartado 2 podrán dirigirse, respetando la legislación nacional, por separado o conjuntamente contra varios profesionales del mismo sector económico o contra sus asociaciones que utilicen o recomienden que se utilicen las mismas cláusulas contractuales generales o cláusulas similares.

Artículo 8

Los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección.

Artículo 9

A más tardar, cinco años después de la fecha contemplada en el apartado 1 del artículo 10, la Comisión presentará al Consejo y al Parlamento Europeo un informe sobre la aplicación de la presente Directiva.

Artículo 10

1. Los Estados miembros adoptarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva, a más tardar, el 31 de diciembre de 1994. Informarán de ello inmediatamente a la Comisión.

Las disposiciones adoptadas se aplicarán a todos los contratos celebrados después del 31 de diciembre de 1994.

2. Cuando los Estados miembros adopten dichas disposiciones, éstas incluirán una referencia a la presente Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial. Los Estados miembros establecerán las modalidades de la mencionada referencia.

3. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión el texto de las principales disposiciones que adopten en el ámbito regulado por la presente Directiva.

Artículo 11

Los destinatarios de la presente Directiva serán los Estados miembros.

Hecho en Luxemburgo, el 5 de abril de 1993.

Por el Consejo El Presidente N. HELVEG PETERSEN

Anexo

Cláusulas contempladas

en el apartado 3 del Artículo 3

1. Cláusulas que tengan por objeto o por efecto:

- a) excluir o limitar la responsabilidad legal del profesional en caso de muerte o daños físicos del consumidor debidos a una acción u omisión del mencionado profesional;
- b) excluir o limitar de forma inadecuada los derechos legales del consumidor con respecto al profesional o a otra parte en caso de incumplimiento total o parcial, o de cumplimiento defectuoso de una cualquiera de las obligaciones contractuales por el profesional, incluida la posibilidad de compensar sus deudas respecto del profesional mediante créditos que ostente en contra de este último;
- c) prever un compromiso en firme del consumidor mientras que la ejecución de las prestaciones del profesional está supeditada a una condición cuya realización depende únicamente de su voluntad;
- d) permitir que el profesional retenga las cantidades abonadas por el consumidor, si éste renuncia a la celebración o la ejecución del contrato, sin disponer que el consumidor tiene derecho apercibir del profesional una indemnización por una cantidad equivalente cuando sea éste el que renuncie;
- e) imponer al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta;
- f) autorizar al profesional a rescindir el contrato discrecionalmente, si al consumidor no se le reconoce la misma facultad, o permitir que el profesional se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas si es el propio profesional quien rescinde el contrato;

- g) autorizar al profesional a poner fin aun contrato de duración indefinida, sin notificación previa con antelación razonable, salvo por motivos graves;
- h) prorrogar automáticamente un contrato de duración determinada si el consumidor no se manifiesta en contra, cuando se ha fijado una fecha lfmite demasiado lejana para que el consumidor exprese su voluntad de no prorrogarlo;
- i) hacer constar de forma irrefragable la adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato;
- j) autorizar al profesional a modificar unilateralmente sin motivos válidos especificados en el contrato los términos del mismo;
- k) autorizar al profesional a modificar unilateralmente sin motivos válidos cualesquiera características del producto que ha de suministrar o del servicio por prestar;
- l) estipular que el precio delas mercancías se determine en el momento de su entrega, u otorgar al vendedor de mercancías o al proveedor de servicios el derecho a aumentar loS precios, sin que en ambos casos el consumidor tenga el correspondiente derecho a rescindir el contrato si el precio final resultare muy superior al precio convenido al celebrar el contrato;
- m) conceder al profesional el derecho a determinar si la cosa entregada o el servicio prestado se ajusta a lo estipulado en el contrato, o conferirle el derecho exclusivo a interpretar una cualquiera de las cláusulas del contrato;
- n) restringir la obligación del profesional de respetar loS Compromisos asumidos por sus mandatarios o supeditar sus compromisos al cumplimiento de formalidades particulares;
- o) obligar al consumidor a cumplir con todas sus obligaciones aun cuando el profesional no hubiera cumplido con las suyas;
- p) prever la posibilidad de cesión del contrato por parte del profesional, si puede engendrar merma de las garantías para el consumidor sin el consentimiento de éste;
- q) suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a

una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a otra parte contratante.

2. Alcance de las letras g), j), y l)

a) La letra g) se entiende sin perjuicio de las cláusulas por las que el prestador de servicios financieros se reserve el derecho de rescindir unilateralmente, sin previo aviso en caso de razón válida, el contrato de duración indeterminada, a condición de que el profesional esté en la obligación de informar de ello inmediatamente a las demás partes contratantes.

b) La letra j) se entiende sin perjuicio de las cláusulas por las que el prestador de servicios financieros se reserve el derecho a modificar sin previo aviso, en caso de razón válida, el tipo de interés adeudado por el consumidor o al consumidor, o el importe de cualesquiera otros gastos relacionados con servicios financieros, a condición de que el profesional esté en la obligación de informar de ello en el más breve plazo a las demás partes contratantes, y de que éstas tengan la facultad de rescindir inmediatamente el contrato.

La letra j) se entiende sin perjuicio también de las cláusulas por las que el profesional se reserve el derecho a modificar unilateralmente las condiciones de un contrato de duración indeterminada siempre que el profesional esté en la obligación de informar al consumidor con una antelación razonable, y de que éste tenga la facultad de rescindir el contrato.



**DIRECTIVA 93/13/CEE DEL CONSEJO DE LAS
COMUNIDADES EUROPEAS**

SOBRE CLAUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS CON LOS CONSUMIDORES



**DIRECTIVA 93/13/CEE DEL CONSEJO DE LAS COMUNIDADES
EUROPEAS**

**SOBRE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS
CON LOS CONSUMIDORES**

EL CONSEJO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Visto el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea y, en particular, su artículo 100 A, Vista la propuesta de la Comisión, En cooperación con el Parlamento Europeo, Visto el dictamen del Comité Económico y Social,

Considerando que es necesario adoptar medidas para establecer progresivamente el mercado interior antes del 31 de diciembre de 1992; que el mercado interior implica un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales está garantizada;

Considerando que las legislaciones de los Estados miembros relativas a las cláusulas de los contratos celebrados entre, por una parte, el vendedor de bienes o el prestador de servicios y, por otra, el comprador son muy dispares, lo cual da lugar a que los mercados nacionales de venta de bienes y prestación de servicios a los consumidores difieran entre sí ya que puedan producirse distorsiones de la competencia entre los vendedores y los prestadores de servicios, en especial cuando la comercialización se realiza en otros Estados miembros;

Considerando que, en particular, las legislaciones de los Estados miembros que regulan las cláusulas abusivas de los contratos celebrados con consumidores presentan diferencias considerables;

Considerando que corresponde a los Estados miembros velar por que no se incluyan cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores;

Considerando que generalmente los consumidores no conocen las normas que regulan los contratos de venta de bienes o de prestación de servicios en los Estados miembros distintos del suyo; que esta dificultad puede disuadirles de realizar transacciones de adquisición de bienes o servicios de modo directo en otro Estado miembro;

Considerando que para facilitar el establecimiento de un mercado único y para proteger al ciudadano en su papel de consumidor al adquirir bienes y servicios mediante contratos que se rigen por leyes de Estados miembros distintos del suyo es indispensable eliminar las cláusulas abusivas de esos contratos;

Considerando que los vendedores de bienes y prestadores de servicios se verán así ayudados en sus actividades de venta de bienes y prestación de servicios, tanto dentro de su país como en todo el mercado interior; y que de este modo se verá estimulada la competencia, contribuyendo así a una mayor opción de los ciudadanos de la Comunidad como consumidores;

Considerando que los dos programas comunitarios de política de protección e información de los consumidores (4) hicieron hincapié en la importancia de proteger a los consumidores contra las cláusulas contractuales

abusivas; que esta protección deberían proporcionarla las disposiciones legales y reglamentarias armonizadas a nivel comunitario o adoptadas directamente a ese nivel;

Considerando que con arreglo al principio establecido en ambos programas en el título "Protección de los intereses económicos de los consumidores", los adquirientes de bienes y servicios deben estar protegidos contra el abuso de poder del vendedor o del prestador de servicios, en especial contra los contratos de adhesión y la exclusión abusiva de derechos esenciales en los contratos;

Considerando que puede obtenerse una protección más eficaz del consumidor mediante la adopción de normas uniformes sobre cláusulas abusivas; que tales normas deben aplicarse a todos los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor; que por consiguiente quedan excluidos de la presente Directiva, en particular, los contratos de trabajo, los contratos relativos a los derechos de sucesión, los contratos relativos al estatuto familiar, los contratos relativos a la constitución y estatutos de sociedades;

Considerando que el consumidor debe gozar de la misma protección, tanto en el marco de un contrato verbal como en el de un contrato por escrito y, en este último caso, independientemente de que los términos de dicho contrato figuren en uno o varios documentos;

Considerando no obstante que en el estado actual de las legislaciones nacionales sólo se puede plantear una armonización parcial; que, en particular, las cláusulas de la presente Directiva se refieren únicamente a las cláusulas contractuales que no hayan sido objeto de negociación individual; que es importante dejar a los Estados miembros la posibilidad, dentro del respeto del Tratado, de garantizar una protección más elevada al consumidor mediante disposiciones más estrictas que las de la presente Directiva;

Considerando que se supone que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan, directa o indirectamente, las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores no contienen cláusulas abusivas; que por consiguiente, no resulta necesario someter a las disposiciones de la presente Directiva las cláusulas que reflejan

las disposiciones legales o reglamentarias imperativas ni las disposiciones de convenios internacionales de los que los Estados miembros o la Comunidad sean parte; que a este respecto, la expresión "disposiciones legales o reglamentarias imperativas" que aparece en el apartado 2 del artículo 1 incluye también las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo;

Considerando, sin embargo, que los Estados miembros deben velar por que en ellas no figuren dichas cláusulas abusivas, en particular debido a que la presente Directiva se aplicará también a las actividades profesionales de carácter público;

Considerando que es necesario fijar de forma general los criterios de apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales;

Considerando que la apreciación, con arreglo a los criterios generales establecidos, del carácter abusivo de las cláusulas, en particular en las actividades profesionales de carácter público de prestación de servicios colectivos teniendo en cuenta una solidaridad entre usuarios, necesita completarse mediante una evaluación global de los distintos intereses en juego; que en esto consiste la exigencia de buena fe; que en la apreciación de la buena fe hay que prestar especial atención a la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes, a si se ha inducido en algún modo al consumidor a dar su acuerdo a la cláusula ya si los bienes se han vendido o los servicios se han prestado a petición especial del consumidor; que los profesionales pueden cumplir la exigencia de buena fe tratando de manera leal y equitativa con la otra parte, cuyos intereses legítimos debe tener en cuenta;

Considerando que, a los efectos de la presente Directiva, la lista de cláusulas que relaciona el Anexo no puede tener sino carácter indicativo y que, dado su carácter mínimo, los Estados miembros, en el marco de su legislación nacional, pueden someterla a añadidos o a formulaciones más restrictivas, en particular con respecto al alcance de dichas cláusulas;

Considerando que la naturaleza de los bienes o servicios deba influir en la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales;

Considerando que, a los efectos de la presente Directiva, la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto

principal del contrato ni a la relación calidad / precio de la mercancía o de la prestación; que en la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas podrán tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad / precio; que de ello se desprende, entre otras cosas, que en los casos de contratos de seguros las cláusulas que definen o delimitan claramente el riesgo asegurado y el compromiso del asegurador no son objeto de dicha apreciación, ya que dichas limitaciones se tienen en cuenta en el cálculo de la prima abonada por el consumidor;

Considerando que los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas y que, en caso de duda, deberá prevalecer la interpretación más favorable al consumidor;

Considerando que los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para evitar que se estipulen cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores por un profesional y que, si a pesar de ello figuraran tales cláusulas, éstas no obligarían al consumidor y el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que las cláusulas abusivas no afecten a su existencia;

Considerando que en ciertos casos existe el riesgo de privar al consumidor de la protección otorgada por la presente Directiva designando como ley aplicable al contrato el derecho de un país tercero; que, por consiguiente, es conveniente establecer en la presente Directiva disposiciones encaminadas a evitar dicho riesgo;

Considerando que las personas u organizaciones, que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección del consumidor, deben poder presentar un recurso contra las cláusulas contractuales redactadas con vistas a su utilización general en los contratos celebrados con consumidores, en especial las cláusulas abusivas, ya sea ante un órgano judicial o ante una autoridad administrativa con competencia para decidir sobre las demandas o para emprender las acciones judiciales adecuadas; que esta facultad, sin embargo, no supone el control sistemático previo de las condiciones generales utilizadas en tal o cual sector económico;

Considerando que los órganos judiciales y autoridades administrativas deben contar con medios apropiados y eficaces para poner fin al uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores,

HA ADOPTADO LA PRESENTE DIRECTIVA:

Artículo 1

1. El propósito de la presente Directiva es aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.
2. Las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, así como las disposiciones o los principios de los convenios internacionales, en especial en el ámbito de los transportes, donde los Estados miembros o la Comunidad son parte, no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva.

Artículo 2

A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

- a) "cláusulas abusivas": las cláusulas de un contrato tal como quedan definidas en el artículo 3;
- b) "consumidor": toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional;
- c) "profesional": toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada.

Artículo 3

1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.
2. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido

influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión.

El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión.

El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba.

3. El Anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas.

Artículo 4

1. Sin perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa.
2. La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.

Artículo 5

En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor. Esta norma de interpretación no será aplicable en el marco de los procedimientos que establece el apartado 2 del artículo 7 de la presente Directiva.

Artículo 6

1. Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.
2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección que ofrece la presente Directiva por el hecho de haber elegido el derecho de un Estado tercero como derecho aplicable al contrato cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad.

Artículo 7

1. Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.
2. Los medios contemplados en el apartado 1 incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas.
3. Los recursos mencionados en el apartado 2 podrán dirigirse, respetando la legislación nacional, por separado o conjuntamente contra varios profesionales del mismo sector económico o contra sus asociaciones que utilicen o recomienden que se utilicen las mismas cláusulas contractuales generales o cláusulas similares.

Artículo 8

Los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección.

Artículo 9

A más tardar, cinco años después de la fecha contemplada en el apartado 1 del artículo 10, la Comisión presentará al Consejo y al Parlamento Europeo un informe sobre la aplicación de la presente Directiva.

Artículo 10

1. Los Estados miembros adoptarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva, a más tardar, el 31 de diciembre de 1994. Informarán de ello inmediatamente a la Comisión.

Las disposiciones adoptadas se aplicarán a todos los contratos celebrados después del 31 de diciembre de 1994.

2. Cuando los Estados miembros adopten dichas disposiciones, éstas incluirán una referencia a la presente Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial. Los Estados miembros establecerán las modalidades de la mencionada referencia.
3. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión el texto de las principales disposiciones que adopten en el ámbito regulado por la presente Directiva.

Artículo 11

Los destinatarios de la presente Directiva serán los Estados miembros.

Hecho en Luxemburgo, el 5 de abril de 1993.

Por el Consejo El Presidente N. HELVEG PETERSEN

Anexo

Cláusulas contempladas

en el apartado 3 del Artículo 3

1. Cláusulas que tengan por objeto o por efecto:

- a) excluir o limitar la responsabilidad legal del profesional en caso de muerte o daños físicos del consumidor debidos a una acción u omisión del mencionado profesional;
- b) excluir o limitar de forma inadecuada los derechos legales del consumidor con respecto al profesional o a otra parte en caso de incumplimiento total o parcial, o de cumplimiento defectuoso de una cualquiera de las obligaciones contractuales por el profesional, incluida la posibilidad de compensar sus deudas respecto del profesional mediante créditos que ostente en contra de este último;
- c) prever un compromiso en firme del consumidor mientras que la ejecución de las prestaciones del profesional está supeditada a una condición cuya realización depende únicamente de su voluntad;
- d) permitir que el profesional retenga las cantidades abonadas por el consumidor, si éste renuncia a la celebración o la ejecución del contrato, sin disponer que el consumidor tiene derecho apercibir del profesional una indemnización por una cantidad equivalente cuando sea éste el que renuncie;
- e) imponer al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta;
- f) autorizar al profesional a rescindir el contrato discrecionalmente, si al consumidor no se le reconoce la misma facultad, o permitir que el profesional se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas si es el propio profesional quien rescinde el contrato;
- g) autorizar al profesional a poner fin aun contrato de duración indefinida, sin notificación previa con antelación razonable, salvo por motivos graves;
- h) prorrogar automáticamente un contrato de duración determinada si el consumidor no se manifiesta en contra, cuando se ha fijado una

fecha lfmite demasiado lejana para que el consumidor exprese su voluntad de no prorrogarlo;

- i) hacer constar de forma irrefragable la adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato;
- j) autorizar al profesional a modificar unilateralmente sin motivos válidos especificados en el contrato los términos del mismo;
- k) autorizar al profesional a modificar unilateralmente sin motivos válidos cualesquiera características del producto que ha de suministrar o del servicio por prestar;
- l) estipular que el precio delas mercancías se determine en el momento de su entrega, u otorgar al vendedor de mercancías o al proveedor de servicios el derecho a aumentar loS precios, sin que en ambos casos el consumidor tenga el correspondiente derecho a rescindir el contrato si el precio final resultare muy superior al precio convenido al celebrar el contrato;
- m) conceder al profesional el derecho a determinar si la cosa entregada o el servicio prestado se ajusta a lo estipulado en el contrato, o conferirle el derecho exclusivo a interpretar una cualquiera de las cláusulas del contrato;
- n) restringir la obligación del profesional de respetar loS Compromisos asumidos por sus mandatarios o supeditar sus compromisos al cumplimiento de formalidades particulares;
- o) obligar al consumidor a cumplir con todas sus obligaciones aun cuando el profesional no hubiera cumplido con las suyas;
- p) prever la posibilidad de cesión del contrato por parte del profesional, si puede engendrar merma de las garantías para el consumidor sin el consentimiento de éste;
- q) suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente loS

medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a otra parte contratante.

2. Alcance de las letras g), j), y l)

- a) La letra g) se entiende sin perjuicio de las cláusulas por las que el prestador de servicios financieros se reserve el derecho de rescindir unilateralmente, sin previo aviso en caso de razón válida, el contrato de duración indeterminada, a condición de que el profesional esté en la obligación de informar de ello inmediatamente a las demás partes contratantes.
- b) La letra j) se entiende sin perjuicio de las cláusulas por las que el prestador de servicios financieros se reserve el derecho a modificar sin previo aviso, en caso de razón válida, el tipo de interés adeudado por el consumidor o al consumidor, o el importe de cualesquiera otros gastos relacionados con servicios financieros, a condición de que el profesional esté en la obligación de informar de ello en el más breve plazo a las demás partes contratantes, y de que éstas tengan la facultad de rescindir inmediatamente el contrato.

La letra j) se entiende sin perjuicio también de las cláusulas por las que el profesional se reserve el derecho a modificar unilateralmente las condiciones de un contrato de duración indeterminada siempre que el profesional esté en la obligación de informar al consumidor con una antelación razonable, y de que éste tenga la facultad de rescindir el contrato.



PARLAMENTO LATINOAMERICANO - PARLATINO

**PUBLICACIONES Y PROYECTOS DE COMISIÓN DE
DEFENSA DEL USUARIO Y EL CONSUMIDOR**



**PROYECTO DE LEY CÓDIGO DE REFERENCIA SOBRE
PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDO**

PARLAMENTO LATINOAMERICANO – PARLATINO

**VI REUNIÓN DE LA COMISIÓN DE DEFENSA DE USUARIO Y EL
CONSUMIDOR, GUAYAQUIL, ECUADOR
5 Y 6 DE JUNIO DE 1997**

En la ciudad de Guayaquil, Ecuador, durante los días 5 y 6 de junio de 1997, se realizó la VI Reunión de la Comisión de Defensa del Usuario y del Consumidor

del Parlamento Latinoamericano. El Presidente de la Comisión, Diputado Ecuatoriano Juan José Illingworth, siendo las 10:30 a.m. y después de la inauguración conjunta con la Comisión de Asuntos Subregionales y Municipales, dio la bienvenida a los participantes y dispuso la constatación del quórum respectivo, habiéndose registrado la presencia de los siguientes legisladores, representantes de organismos internacionales y asesores de la comisión:

Paraguay, Gilberto Orella,
Paraguay, Roberto Simon Kock,
Aruba, Lee Tai Foo Ramón,
Aruba, Omar Castro Riera,
Uruguay, Arturo Guerrero Silva,
Uruguay, Luis Duràn Gamboa,
Costa Rica, Gerardo Aray P.,
Costa Rica, Hector Serrano,
Ecuador, Xavier Basantes Hernández
Ecuador, José Pileggi Veliz,
Ecuador, José Centeno Abad,
Ecuador, Franklin Moreno Q.,
Ecuador, Segundo Leonidas,
Ecuador, Miguel López Moreno,
Ecuador, Juan José Illingworth,
Ecuador, Cesar Sanjur Otero,
Panamá, Arturo Vallarino,
Panamá, Haydee Milanés de Lay,
Panamá, Celso Russomanno,
Brasil, Alfredo Jiménez Barros,
Colombia, Luis Flores,
Chile, Jazmín De La Vela de Furlan,
Guatemala, Irma Parentela

A continuación, el Presidente de la Comisión explicó el objeto de la reunión, consistente en el análisis de la "Propuesta de Consumers International para un Código Latinoamericano de Protección al Consumidor" y la adopción de resoluciones respecto del mismo, y dio la palabra a los asistentes con el fin de que propusieran metodologías de trabajo. Se optó por la lectura integral del documento y su discusión capítulo por capítulo. Igualmente se designó como relatores a los señores Luis Flores de Consumers International y Alfredo Jiménez Barros, Coordinador Técnico del Parlamento Latinoamericano.

De conformidad con la metodología adoptada, se realizó el ejercicio, dando como resultado el "CODIGO MARCO REFERENCIAL DE DEFENSA DEL USUARIO Y EL CONSUMIDOR", que se adjunta como parte inseparable de la presente acta. Una vez aprobado el documento, la Comisión emitió un acuerdo y una resolución que así mismo se anexan como parte de este instrumento. Asimismo, la Comisión acordó expresar su reconocimiento al equipo del Parlamento Latinoamericano con cuyo concurso fue posible realizar esta reunión, en especial a la Sra. Estela di Carli, Asesora de la Secretaría de Comisiones del Parlatino.

El día 6 de junio de 1997, a las 11:00 a.m. se aprueba la presente acta, en fe de lo cual se suscribe en dos ejemplares de igual tenor y valor. Juan José Illingworth Presidente de la Comisión acuerda expresar su profundo agradecimiento a CONSUMERS INTERNATIONAL por el eficiente y trascendental trabajo desarrollado, en coordinación con el Parlamento Latinoamericano, en la preparación de un proyecto de Código Latinoamericano de Defensa del Consumidor y del Usuario, que sirvió de base fundamental para la definición de un instrumento legal que resume los aspectos básicos que debe contener un cuerpo jurídico orientado a precautelar ese derecho fundamental del ciudadano, tanto en función individual como colectiva.

Dado en la ciudad de Guayaquil, Ecuador, a los 6 días del mes de junio de 1997. Juan José Illingworth, Presidente de la Comisión RESOLUCIÓN LA VI

REUNIÓN DE LA COMISIÓN DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y EL USUARIO DEL PARLAMENTO LATINOAMERICANO CONSIDERANDO Que después de un arduo, cuidadoso y eficiente proceso, Consumers International, en coordinación con el Parlamento Latinoamericano, preparó una propuesta de Código Latinoamericano de Protección al Consumidor. Que dicho documento utilizó las fuentes más autorizadas y fidedignas, tanto de los países de la región como de organismos internacionales. Que la citada propuesta, ajustada y perfeccionada por la VI Reunión de la Comisión de Defensa del Usuario y del Consumidor del Parlamento Latinoamericano, dio lugar al "CÓDIGO MARCO REFERENCIAL DE DEFENSA DEL USUARIO Y EL CONSUMIDOR", RESUELVE:

Aprobar el citado Código Marco Referencial como instrumento que, si bien de carácter no vinculante, constituye una valiosa orientación y pauta jurídica para los esfuerzos que realizan los estados de la región sobre la materia Presentar el Código aprobado en el Décimo Quinto Congreso Mundial de "Consumer International", a realizarse en Santiago de Chile, entre el 3 y 7 de noviembre de 1997, como un aporte del Parlamento Latinoamericano a los esfuerzos que sobre la materia está realizando ese importante foro a nivel mundial. Impulsar en los Parlamentos de los países miembros la utilización del Código Marco Referencial para perfeccionar sus propios sistemas normativos y, en lo posible, adoptarlo total o parcialmente, en sus aspectos conceptuales, metodológicos e instrumentales. Solicitar a los órganos pertinentes del Parlamento Latinoamericano, Mesa Directiva, Junta Directiva y Asamblea General, que ratifiquen lo actuado y dispongan las medidas necesarias para lograr el cumplimiento de la presente resolución en todos los Parlamentos Miembros. Dado en la ciudad de Guayaquil, Ecuador a los 6 días del mes de junio de 1997. JUAN JOSÉ ILLINGWORTH, PRESIDENTE DE LA COMISIÓN



PARLAMENTO LATINOAMERICANO - PARLATINO

**PROYECTO DE LEY DE CÓDIGO DE REFERENCIA SOBRE
PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR**

(Aprobado por la Comisión de Defensa del Usuario y del Consumidor del Parlamento Latinoamericano en Guayaquil, Ecuador, el 6 de junio de 1997)

CAPÍTULO PRIMERO

DISPOSICIONES GENERALES

ART. 1 - La presente ley establece normas de protección y defensa de los consumidores y usuarios, de ORDEN PÚBLICO e INTERÉS SOCIAL. Sus

disposiciones son **IRRENUNCIABLES** y prevalecerán sobre cualquier norma legal, uso, costumbre, práctica o estipulación en contrario. El objeto de esta ley es normar las relaciones entre proveedores y consumidores, promoviendo y protegiendo los derechos de los consumidores y procurando la equidad y la seguridad jurídica en dichas relaciones.

ART. 2 - Para los efectos de la presente ley, se entenderá por:

1. ACTOS DE CONSUMO: todo tipo de acto, propio de las relaciones de consumo, celebrado entre proveedores y consumidores o usuarios, referidos a la producción, distribución, depósito, comercialización, venta o arrendamiento de bienes, muebles o inmuebles, o a la contratación de servicios.

2. ANUNCIANTE: aquel proveedor de bienes o de servicios que ha encargado la difusión pública de un mensaje publicitario o de cualquier tipo de información referida a sus productos o servicios.

3. CONSUMIDOR / USUARIO: toda persona, natural o jurídica, nacional o extranjera, que adquiera, utilice o disfrute como destinatario final, bienes o servicios de cualquier naturaleza.

4. CONSUMO SUSTENTABLE: aquel acto de consumo, destinado a satisfacer necesidades humanas, realizado sin socavar, dañar o afectar significativamente la calidad del medio ambiente y su capacidad para dar satisfacción a las necesidades de las generaciones presentes y futuras.

5. CONTRATO DE ADHESIÓN: aquél cuyas cláusulas han sido establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios, sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda discutir, alterar o modificar substancialmente su contenido.

6. INTERESES DIFUSOS: aquellos intereses supra individuales, de naturaleza indivisible, del que sean titulares personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho.

7. INTERESES COLECTIVOS: aquellos intereses supraindividuales, de naturaleza indivisible, de los que sean titulares un grupo, categoría o clase de personas, ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base, cuyo resguardo interesa a toda la colectividad, por afectar a una pluralidad de sujetos que se encuentran en una misma situación.

8. PRO VEEDOR: toda persona, natural o jurídica, nacional o extranjera, de carácter público o privado, que desarrolle actividades de producción, fabricación, importación, distribución, comercialización, venta o arrendamiento de bienes o de prestación de servicios, a consumidores o usuarios, respectivamente, por los que se cobre un precio o tarifa.

ART. 3 - Los proveedores, consumidores y usuarios, en el desarrollo habitual de sus actividades; tanto como las autoridades competentes, en el cumplimiento de sus responsabilidades, procurarán que la aplicación de las diversas disposiciones establecidas por esta ley se lleve a efecto en pleno respeto de los principios propios del consumo sustentable.

ART. 4 - Las obligaciones y derechos establecidos en la presente ley no excluyen ni se oponen a las normas, derechos y obligaciones contenidos en la legislación destinada a regular la protección del medio ambiente. Las normas que esta ley contenga relacionadas a la producción, fabricación, importación, distribución o comercialización de bienes nocivos o peligrosos, o respecto de la prestación de servicios riesgosos, son plenamente compatibles con las normas y principios propios de la legislación ambiental y serán aplicadas en concordancia con las mismas.

CAPÍTULO SEGUNDO **DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES**

ART. 5 - Constituyen derechos básicos de los consumidores:

1. la libre elección del bien o servicio que se va a adquirir;
2. la información veraz, suficiente, clara y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos en el mercado, así como sus precios, características, calidad, condiciones de contratación y demás aspectos relevantes para su adquisición; tanto como los riesgos que pudieron presentar, en especial todo lo referido a su impacto ambiental;
3. la educación para un consumo responsable, particularmente en lo relativo a los aspectos y principios propios de un consumo sustentable;

4. el trato transparente, equitativo y no discriminatorio o abusivo por parte de los proveedores de bienes o servicios, especialmente en lo referido a las condiciones óptimas de calidad, precio y medida;
5. la protección contra la publicidad falsa, engañosa o abusiva, los métodos comerciales coercitivos o desleales, así como contra las prácticas y cláusulas abusivas impuestas por los proveedores en los actos de consumo;
6. la protección de la vida, la integridad física, la salud y la seguridad contra los eventuales riesgos provocados por malas prácticas en el abastecimiento de productos y servicios considerados nocivos o peligrosos;
7. la efectiva prevención y reparación integral, oportuna y adecuada de los daños y perjuicios, individuales o colectivos, sufridos por el consumidor que, de conformidad a lo establecido por esta ley o por otras leyes especiales o generales, sean de responsabilidad del proveedor;
8. la obtención de facilidades para la defensa de sus derechos mediante, entre otros, la conformación y constitución de agrupaciones de consumidores;
9. el acceso a los órganos judiciales y administrativos para la protección de sus derechos y legítimos intereses, individuales o colectivos, mediante un procedimiento simple, breve y, en la medida de lo posible, gratuito; y, 10. la facilitación de la defensa de sus derechos en juicio, inclusive con la inversión de la carga de la prueba a su favor, en los procesos de carácter civil.

CAPÍTULO TERCERO

INFORMACIÓN Y PUBLICIDAD

ART. 6 - Es obligación de todo proveedor de bienes o servicios entregar al consumidor o usuario información veraz, suficiente, clara y oportuna de los bienes o servicios ofrecidos, de modo tal que éste pueda realizar una elección adecuada y razonable.

ART. 7 - El proveedor de bienes muebles o de servicios estará obligado a entregar al consumidor o usuario, factura o comprobante que documente el negocio realizado, salvo disposición expresa en contrario, que describa las garantías otorgadas, en conformidad con el artículo décimo de esta ley. En

caso que, al momento de efectuarse la venta, no se entregue el bien, deberán indicarse en la factura o comprobante el lugar y la fecha en que se hará la entrega y las consecuencias del incumplimiento o retardo en ésta. En las prestaciones de servicios deberá, además de lo referido en los párrafos anteriores, indicarse siempre, en la factura o comprobante, los componentes o materiales que se empleen con motivo de la prestación del respectivo servicio, el precio unitario de los mismos y de la mano de obra; así como los términos en que el prestador se obliga a garantizar los servicios brindados.

ART. 8 - Los precios de los bienes y servicios deberán incluir su valor para el pago al contado, así como toda tasa, impuesto o cargo adicional a que se encuentren afectos y que sean de cargo del consumidor. El monto del precio, sea que se refiera a bienes o a servicios, deberá indicarse en moneda nacional, de manera clara e inequívoca y ser expuesto a la vista del público, con excepción de aquellos bienes o servicios que por sus características especiales tengan un precio que deba o pueda regularse de común acuerdo. Los bienes y servicios no podrán ser vendidos al consumidor o usuario a un precio mayor que aquél publicitario, informado o, en su caso, al oficialmente determinado.

ART. 9 - Los datos y la información general que ostenten en sus etiquetas, envases y empaques los bienes ofrecidos; así como la publicidad, información o anuncios relativos a la prestación de servicios, se expresarán en el idioma del país en el cual sean expandidos (español, portugués, inglés, etc.) y en la moneda nacional y las unidades de medida correspondientes al sistema general de dicho país. Todo ello, sin perjuicio de la facultad del oferente de indicar, complementariamente, esos mismos datos en otro idioma, unidad monetaria o de medida. En caso de productos de procedencia extranjera envasados en origen, deberá darse cumplimiento a lo previsto en el inciso anterior, especificándose, además, el origen del bien, sus ingredientes, su medida y cualquier otro dato que disponga el responsable de su distribución.

ART. 10 - Las leyendas "garantizado", "garantía" o cualquier otra equivalente, sólo podrán emplearse cuando indiquen claramente en qué consiste tal garantía; así como las condiciones, forma, plazo y lugar en que el consumidor pueda hacerla efectiva.

ART. 11 - Los términos de las garantías deberán ser claros y precisos; indicando su alcance, duración y condiciones, así como la individualización de las personas naturales o jurídicas que las extienden, los establecimientos en los cuales operan y las formas en que pueden hacerse efectivas.

ART. 12 - Cuando se expendan al público productos con alguna deficiencia, usados o reconstruidos; tales circunstancias deberán indicarse de manera precisa, clara y ostensible, dejándose constancia de ello en las facturas, comprobantes o remitidos correspondientes.

ART. 13 - Los productores, fabricantes, importadores, distribuidores y comerciantes de bienes deberán asegurar el suministro permanente de componentes, repuestos y servicio técnico; durante el lapso en que ellos sean producidos, fabricados, armados, importados o distribuidos y posteriormente, durante un período razonable de tiempo en función a la durabilidad de los bienes en cuestión.

ART. 14 - Salvo que por disposición legal el consumidor deba cumplir con algún requisito, no podrá negársele por otra causa la adquisición de bienes que se tengan en existencia; ni condicionársele a la adquisición de otro bien. Tampoco podrá condicionársele a la contratación de un determinado servicio. Se presumirá la existencia de productos por el solo hecho de anunciarse en vidrieras o escaparates de un local comercial. Se prohíbe toda discriminación al consumo de bienes o servicios, salvo que mediare causa fortuita o de fuerza mayor, debidamente justificadas.

ART 15 - Las empresas que se dediquen a la investigación de crédito o a la recopilación de información sobre consumidores con fines mercadotécnicos, están obligadas a informar gratuitamente a cualquier persona que lo solicite si mantienen información acerca de ella. De existir dicha información, deberán ponerla a su disposición, si ella misma o su representante lo solicitan; informar acerca de los datos que han entregado a terceros y la identidad de esos terceros; así como las recomendaciones que hayan efectuado a los mismos. En caso de existir alguna ambigüedad o inexactitud en la información, la empresa deberá efectuar de inmediato las correcciones que fundadamente

indique la persona afectada e informar de dichas correcciones a los terceros que hayan recibido dicha información.

Queda prohibido a las empresas dedicadas a la investigación de crédito o de mercadotecnia y a sus clientes, utilizar la información con fines diferentes a los crediticios o mercadotécnicos.

El consumidor o usuario podrá exigir a proveedores específicos y a las agencias de investigación de crédito o mercadotecnia, no ser molestado en su domicilio o lugar de trabajo para ofrecerle bienes o servicios, o para realizar las referidas investigaciones, salvo expresa autorización del propio consumidor o usuario.

DE LA REGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD

ART. 16 - Para los efectos de la presente ley, se entenderá por:

1. PUBLICIDAD FALSA: cualquier modalidad de información o comunicación de carácter publicitario, cuyo contenido sea totalmente contrario a la verdad.
2. PUBLICIDAD ENGAÑOSA: cualquier modalidad de información o comunicación de carácter publicitario, total o parcialmente falsa, o que de cualquier otro modo, incluso por omisión, sea capaz de inducir a error, engaño o confusión al consumidor o usuario, respecto a la naturaleza, características, calidad, cantidad, propiedades, origen, precio y cualquier otro dato sobre el bien o servicio ofrecido.
3. PUBLICIDAD ABUSIVA: cualquier modalidad de información o comunicación de carácter publicitario que tenga un carácter discriminatorio de cualquier naturaleza, capaz de, entre otros, incitar a la violencia, explotar el miedo, aprovechar la falta de madurez de los niños, infringir valores sociales y culturales o inducir al consumidor o usuario a comportarse en forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad. La carga de la prueba de la veracidad y corrección de la información o comunicación publicitaria, corresponderá al anunciante. Quedan prohibidas todas las formas de publicidad falsa, engañosa y abusiva, por incidir

directamente sobre la libertad de elección y afectar los intereses y derechos de los consumidores y usuarios.

ART. 17 - La oferta, promoción y publicidad falsas o engañosas de productos, actividades o servicios, serán perseguidas y sancionadas; especialmente cuando recaigan sobre:

1. el origen geográfico, comercial o de otra índole del bien ofrecido o sobre el lugar de prestación del servicio pactado o la tecnología empleada;
2. los componentes o ingredientes del bien ofrecido o el porcentaje en que concurren en el mismo;
3. los beneficios o implicancias del uso del bien o de la contratación del servicio;
4. las características básicas del producto a vender o el servicio a prestar, tales como dimensión, cantidad, calidad, utilidad, durabilidad u otra, juzgada razonable e indispensable en una normal contratación relativa a tales bienes o servicios;
5. la fecha de elaboración o de vida útil del bien, cuando estos datos se indiquen;
6. los términos de las garantías que se ofrezcan;
7. los reconocimientos, aprobaciones o distinciones oficiales o privadas, nacionales o extranjeras, tales como medallas, premios, trofeos o diplomas;
8. el precio del bien o servicio ofrecido, las formas de pago y los costos del crédito;
9. y cualquier otro dato significativo sobre el producto o servicio. En los casos en que la publicidad falsa o engañoso ponga en peligro o dañe la integridad física o psíquica, o la salud de los consumidores y usuarios, las sanciones serán aumentadas.

ART. 18 - En las controversias que pudieron surgir como consecuencia de lo dispuesto en los artículos precedentes, el anunciante deberá probar la veracidad de las afirmaciones contenidas en el mensaje publicitario. **ART. 19** - Cuando la gravedad de las afirmaciones hechas en un mensaje publicitario considerado falso o engañoso así lo ameriten, la autoridad correspondiente

ordenará la difusión de la rectificación de su contenido, a costa del anunciante, por los mismos medios en que fue difundido el mensaje sancionado.

DE LA OFERTA DE BIENES Y SERVICIOS

ART. 20 - Toda información o publicidad, suficientemente precisa, transmitida por cualquier forma o medio de comunicación con relación a productos o servicios ofrecidos o presentados, obliga al anunciante y aquellos que la utilizan, y será considerada parte integrante del contrato que resulte ser celebrado. La oferta y presentación de bienes y servicios deberán contener información correcta, clara, precisa y ostensible.

ART. 21 - En caso de ventas o servicios promocionales, liquidaciones u ofertas especiales, se deberá indicar, en la publicidad respectiva, el plazo de duración de las mismas y, en su caso, el volumen de mercaderías que se ofrezcan; así como las condiciones generales del negocio propuesto. Cuando no se haya fijado término de duración, se entenderá que la liquidación, promoción u oferta se extienden por un plazo de treinta días, contados a partir del último anuncio realizado. Sin embargo, el proveedor de bienes o servicios podrá eximirse de esta obligación indicando el fin de las mencionadas promociones, liquidaciones u ofertas especiales, de modo ostensible y por los mismos medios de publicidad en que éstas se anunciaron. En todos estos casos se aplicará lo dispuesto en el artículo 14 de la presente ley. Si el proveedor de bienes o servicios de una promoción, liquidación u oferta especial no diere cumplimiento a lo anunciado, el consumidor o usuario podrá optar entre: exigir el cumplimiento forzoso de la obligación a cargo del proveedor, de acuerdo al régimen general; 2. aceptar otro bien o la prestación de un servicio equivalente; y, 3. rescindir el contrato, si hubiere existido pago anticipado por parte del consumidor. En todos estos casos, el consumidor o usuario tendrá derecho a reclamar una indemnización, que será de cargo del oferente y que no podrá ser inferior a la diferencia económica existente entre el precio del bien o del servicio objeto de la promoción u oferta y su precio corriente.

CAPÍTULO CUARTO

DE LA PROTECCIÓN CONTRACTUAL DEL CONTRATO DE ADHESIÓN

ART. 22 - Todo contrato de adhesión o contrato tipo, presentado en formularios, en serie o mediante cualquier otro procedimiento similar, deberá ser redactado en el o los idiomas oficiales del respectivo Estado y con caracteres legibles a simple vista, para una persona de visión normal. El contrato en cuestión deberá estar redactado en términos claros y comprensibles para el consumidor o usuario y no podrá contener remisiones a textos o documentos que, no siendo de conocimiento público, no se faciliten al consumidor o usuario previa o simultáneamente a la celebración del contrato. De todo contrato celebrado entre proveedores y consumidores deberá darse copia a las partes.

ART. 23 - Cuando en un contrato de adhesión escrito con determinado tamaño de caracteres existiesen, además, textos escritos con caracteres de tamaño considerablemente pequeño, éstos serán anulables y se entenderán como no escritos. Derecho de Retracto

ART. 24 - El consumidor siempre tendrá el derecho a retractarse. Tal derecho deberá ser ejercido dentro de un plazo de siete días contados desde la firma del contrato o desde la recepción del producto o servicio, cuando el contrato se hubiere celebrado fuera del establecimiento comercial, especialmente si ha sido celebrado por teléfono o en el domicilio del consumidor; sean obligaciones de contado o de crédito. En caso de que el consumidor o usuario ejercite oportunamente este derecho, le serán restituidos los valores cancelados, a valor presente a la fecha de la restitución, y se entenderán extinguidas todas las obligaciones, principales y accesorias, que a ese respecto hubieren contraído el proveedor y el consumidor o usuario. De las Cláusulas Contractuales

ART. 25 - Las cláusulas de los contratos serán interpretadas del modo más favorable al consumidor.

ART. 26 - Son nulas de pleno derecho y no producirán efecto alguno las cláusulas o estipulaciones contractuales que:

1. exoneren, atenúen o limiten la responsabilidad de los proveedores por vicios de cualquier naturaleza de los bienes o servicios prestados;
2. importen renuncia a los derechos que esta ley reconoce a los consumidores o de alguna manera limiten su ejercicio;
3. inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;
4. impongan la utilización obligatoria del arbitraje;
5. permitan al proveedor la variación unilateral del precio o de otras condiciones del contrato;
6. autoricen al proveedor a resolver unilateralmente el contrato; y,
7. cualesquiera otras cláusulas o estipulaciones que impongan condiciones injustas de contratación o exageradamente gravosas para el consumidor, o que le causen indefensión, o que sean contrarias al orden público y la buena fe.

ART. 27 - El contrato será integrado, en lo que a las cláusulas nulas se refiere, cuando fuere estrictamente necesario, por las disposiciones generales de contratación civil.

CAPÍTULO QUINTO

DE LAS OPERACIONES DE CRÉDITO

ART. 28 - En los casos en que se efectúen compraventas de productos o prestaciones de servicios que incluyan el otorgamiento de créditos al consumidor o usuario, el proveedor de los respectivos bienes o servicios estará obligado a informarlo previamente, en forma clara y precisa, de:

1. el precio contado del bien o servicio en cuestión;
2. el monto de los intereses, la tasa a que serán calculados y el método de cálculo que se aplicará; así como la tasa de interés moratoria y todos los demás recargos adicionales;
3. el número de pagos a efectuar y su periodicidad;
4. la suma total a pagar por el referido bien o servicio; y,
5. los derechos y obligaciones de cada una de las partes, en caso de incumplimiento.

ART. 29 - En toda venta o prestación de servicio a crédito, el consumidor o usuario siempre tendrá derecho a pagar anticipadamente la totalidad de lo adeudado. Podrá, además, hacer pre-pagos parciales en cantidad nunca inferior a una cuota. En ambos casos, se procederá a la consiguiente reducción proporcional de los intereses.

ART. 30 - En la cobranza de créditos, el consumidor o usuario no deberá ser expuesto al ridículo o al menoscabo, ni a cualquier tipo de coacción ilícita o amenaza de cualquier naturaleza, dirigida a su persona, consorte, ascendientes o descendientes. Con todo, los actos de cobranza deberán realizarse dentro de las horas y días hábiles, preferentemente en los lugares que el deudor estableció en los documentos de crédito respectivo. La infracción a lo prescrito anteriormente será sancionada con multa, sin perjuicio de las demás sanciones procedentes.

CAPÍTULO SEXTO **DE LA RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR**

ART. 31 - Los proveedores de bienes o servicios, cualquiera sea su naturaleza jurídica, incurrirán en responsabilidad civil y administrativa, tanto por los hechos propios como por los de sus dependientes o auxiliares, permanentes o circunstanciales, aún cuando no tengan con ellos una relación laboral.
Responsabilidad Penal

ART. 32 - Incurrirán en responsabilidad penal los proveedores y sus representantes y agentes, sólo en aquellos casos tipificados expresamente en esta ley, sin perjuicio de las disposiciones del Código Penal o de otras leyes especiales aplicables al caso en cuestión. Responsabilidad Civil

ART. 33 - Serán solidariamente responsables por las indemnizaciones civiles derivadas de los daños ocasionados por los bienes o servicios prestados, los productores, los fabricantes, los importadores, los distribuidores, los comerciantes y, en general, todos aquellos que hayan participado de la cadena

de distribución. Esta responsabilidad será objetiva y no se estará al grado de diligencia o negligencia con que haya actuado cualquiera de ellos.

ART. 34 - El consumidor podrá optar por pedir la rescisión del contrato o la reducción del precio, sin perjuicio de indemnización por daños y perjuicios, cuando la cosa o del contrato tenga defectos o vicios ocultos que la hagan impropia o que disminuyan de tal modo su calidad o la posibilidad de uso al que normalmente se le destina que, de haberlos conocido el consumidor, no la habría adquirido o hubiera dado un menor precio por ella.

ART. 35 - Los consumidores tendrán derecho, además de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, a reparación gratuita del bien, en un plazo razonable no superior a 30 días, y, cuando ello no sea posible, a su reposición o a la devolución de la cantidad pagada en los siguientes casos:

1. cuando los productos sujetos a normas de calidad de cumplimiento obligatorio no cumplen las especificación correspondientes;
2. cuando los materiales, elementos, sustancias o ingredientes que constituyen o integren los productos no corresponda a las especificaciones que ostentan;
3. cuando la «ley de los metales» de los artículos de joyería u orfebrería sea inferior a la que en ellos se indica;
4. cuando el producto se hubiere adquirido con determinada garantía y, dentro del plazo de ella, se pusiera de manifiesto la deficiencia de la calidad, característica propiedad garantizada, siempre que se hubiere destinado a un uso o consumo normal de acuerdo a las circunstancias y a su naturaleza;
5. cuando cualquier producto, por sus deficiencias de fabricación, elaboración, estructura, calidad o condiciones sanitarias, en su caso, no sea apto para el uso al cual está destinado;
6. cuando el proveedor y consumidor hubieron convenido que los productos objeto del contrato debieran reunir determinadas especificaciones que no se cumplieron;
7. además, los consumidores tendrán derecho a la reposición del bien, o en su caso, a la devolución de la suma pagada en exceso por el mismo, en los siguientes casos: a) cuando, considerados los límites de tolerancia permitidos, el contenido neto de un producto sea inferior al que debiera ser o la cantidad

sea menor a la indicada en el envase o empaque; y, b) cuando el instrumento empleado en la medición del contenido, cantidad, volumen u otra enunciación semejante, haya sido utilizado en perjuicio del consumidor o fuera de los límites de tolerancia permitidos en este tipo de mediciones.

ART. 36 - Cuando los servicios prestados sean manifiestamente defectuosos e inefectivos o no se ajusten a lo expresamente acordado, los consumidores o usuarios tendrán derecho, además de la correspondiente indemnización de perjuicios, a que les sea restituido el valor cancelado.

ART. 37 - Cuando un bien objeto de reparación presente defectos relacionados con el servicio realizado e imputables al prestador del mismo, el consumidor tendrá derecho, dentro de los ciento ochenta días contados a partir de la recepción del bien, a que se le repare sin costo adicional en el plazo más breve posible no superior a 15 días, sin perjuicio de la indemnización que corresponda. Si se hubiere otorgado garantía por un plazo mayor, se estará a este término.

ART. 38 - Cuando el bien u objeto de un servicio de acondicionamiento, reparación, limpieza u otro similar sufre tal menoscabo o deterioro que disminuya su valor o lo torne total o parcialmente inapropiado para el uso normal a que está destinado, el prestador del servicio deberá indemnizar al consumidor por la pérdida ocasionada.

ART 39 - En los contratos de prestación de servicios cuyo objeto sea la reparación de cualquier tipo de bienes, se entenderá implícita la obligación de cargo del prestador del servicio, de emplear en tal reparación componentes o repuestos nuevos y adecuados al bien de que se trate, sin perjuicio de la libertad de las partes para convenir expresamente lo contrario. El incumplimiento de esta obligación dará lugar, además de las sanciones e indemnizaciones que correspondan, a que se obligue al prestador del servicio a sustituir, sin cargo adicional alguno, los componentes o repuestos de que se trate.

ART. 40 - Las acciones emanadas de los artículos anteriores del presente capítulo, podrán interponerse en contra de cualquiera de los integrantes de la cadena de comercialización del bien o servicio, quienes responderán en forma

solidaria, sin perjuicio del derecho de repetición que les asiste a cada uno de ellos. **ART. 41** - La mora en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del proveedor de bienes o prestador de servicios permitirá al consumidor pedir la rescisión del contrato, sin perjuicio de las indemnizaciones que pudieren corresponder.

ART. 42 - Las acciones que se conceden en este capítulo, salvo disposición expresa en contrario, deberán ejercerse dentro del plazo de un año, contado a partir de la fecha en que se haya recibido el bien o terminado de prestar el servicio.

CAPÍTULO SÉPTIMO **DE LOS PRODUCTOS NOCIVOS O PELIGROSOS**

ART. 43 - Todos los proveedores de bienes nocivos o peligrosos para la integridad física, la salud y la seguridad de las personas, tendrán la responsabilidad de incorporar a los mismos o a sus instructivos anexos, señales de advertencia fácilmente perceptibles, a fin de que su consumo y empleo se efectúe con la mayor seguridad posible y el menor riesgo para el consumidor o usuario. Deberá aportar la misma información, en forma notoria, el prestador de servicios peligrosos; sin perjuicio de su obligación de adoptar las correspondientes medidas de seguridad y de desarrollar su actividad con toda la diligencia y cuidado que, de conformidad con la legislación vigente, le pueda ser exigida. La omisión, por parte de los proveedores, de las obligaciones establecidas en los párrafos anteriores los hará responsables de sanción penal.

ART. 44 - Todo proveedor de bienes de consumo que, con posterioridad a la introducción de los productos al mercado, se percate de la existencia de peligros imprevistos o riesgos para la integridad física, la salud y la seguridad de las personas, deberá comunicar el hecho a la brevedad posible a la autoridad competente e informar al público consumidor y usuario sobre la existencia de tales riesgos o peligros. Los avisos destinados a informar a la población serán de cargo del proveedor del bien o bienes en cuestión, y deberán hacerse por los medios adecuados y pertinentes, de manera tal que se

asegure a toda la población una completa y oportuna información acerca de los riesgos y peligros del o los productos en cuestión. La omisión, por parte de los proveedores, de las obligaciones establecidas en los párrafos anteriores los hará responsables de sanción penal.

ART. 45 - La autoridad arbitrará los medios necesarios para las personas, tendrán la responsabilidad de incorporar a los mismos o a sus instructivos anexos, señales de advertencia fácilmente perceptibles, a fin de que su consumo y empleo se efectúe con la mayor seguridad posible y el menor riesgo para el consumidor o usuario. Deberá aportar la misma información, en forma notoria, el prestador de servicios peligrosos; sin perjuicio de su obligación de adoptar las correspondientes medidas de seguridad y de desarrollar su actividad con toda la diligencia y cuidado que, de conformidad con la legislación vigente, le pueda ser exigida. La omisión, por parte de los proveedores, de las obligaciones establecidas en los párrafos anteriores los hará responsables de sanción penal.

ART. 44 - Todo proveedor de bienes de consumo que, con posterioridad a la introducción de los productos al mercado, se percate de la existencia de peligros imprevistos o riesgos para la integridad física, la salud y la seguridad de las personas, deberá comunicar el hecho a la brevedad posible a la autoridad competente e informar al público consumidor y usuario sobre la existencia de tales riesgos o peligros. Los avisos destinados a informar a la población serán de cargo del proveedor del bien o bienes en cuestión, y deberán hacerse por los medios adecuados y pertinentes, de manera tal que se asegure a toda la población una completa y oportuna información acerca de los riesgos y peligros del o los productos en cuestión. La omisión, por parte de los proveedores, de las obligaciones establecidas en los párrafos anteriores los hará responsables de sanción penal.

ART. 45 - La autoridad arbitrará los medios necesarios para el fiel, oportuno e íntegro cumplimiento de las obligaciones señaladas en el artículo anterior.

ART. 46 - En caso de constatarse que un bien de consumo adolece de un defecto de entidad o constituye un peligro o riesgo de importancia, aún cuando se utilice en forma adecuada, el proveedor del mismo deberá, sin perjuicio de

las responsabilidades a que hubiere lugar, retirarlo del mercado y, cuando sea procedente, sustituirlo o reemplazarlo a su costo. La omisión, por parte de los proveedores, de la obligación establecida en el inciso anterior los hará responsables de sanción penal. Informada la población respecto de los referidos riesgos o peligros, el proveedor deberá establecer un plazo prudencial, no superior a 30 días, para devolver al consumidor lo abonado por bienes ya adquiridos, contra la presentación del producto, su envase u otro medio que acredite dicha adquisición.

ART. 47 - Comprobada por cualquier medio idóneo, la peligrosidad o toxicidad de un producto destinado al consumo humano, en niveles considerados como nocivos o peligrosos para la salud de la población, la autoridad competente dispondrá el retiro inmediato de dicho bien o producto del mercado y la prohibición de circulación para el mismo. La contravención por parte de los proveedores de la prohibición antes referida, los hará responsables de sanción penal. Los daños y perjuicios producidos por la acción de dichos bienes o productos serán de cargo del proveedor, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que proceda.

ART. 48 - Las patentes, autorizaciones, licencias u otros documentos o permisos otorgados por el Estado a proveedores de bienes o servicios para la investigación, desarrollo o comercialización de bienes o servicios que puedan resultar peligrosos o nocivos para la salud de la población, en ningún caso eximirán de la responsabilidad por los daños y perjuicios efectivamente ocasionados a los consumidores, que de conformidad a lo dispuesto por esta ley u otras, sean de cargo de los proveedores, en general, incluidos los productores, fabricantes, importadores, distribuidores y quienes hayan participado en la cadena de distribución los respectivos bienes o servicios peligrosos o nocivos.

ART. 49 - Lo dispuesto en el artículo anterior es sin perjuicio del derecho que tiene cualquiera de los participantes en la cadena de distribución del bien o servicio nocivo o peligroso, para repetir por las indemnizaciones pagadas, en contra de quien resulte ser efectivamente responsable de los efectos ocasionados por dicho bien o servicio.

CAPÍTULO OCTAVO DE LA DEFENSA EN JUICIO DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

ART. 50 - La defensa en juicio de los derechos que esta ley cautela, podrá ser ejercida tanto a título individual como a título colectivo. Será ejercida colectivamente cuando se encuentren involucrados intereses difusos o colectivos. **ART. 51** - Estarán legitimadas para actuar judicialmente en la defensa colectiva de los derechos que esta ley les reconoce a los consumidores, las asociaciones de consumidores constituidas como tales de acuerdo a las respectivas disposiciones de la legislación general y en conformidad a las normas del capítulo décimo de esta ley. Todo ello, sin perjuicio de la legitimidad activa que para estos efectos gocen los organismos de la administración del Estado, centralizados o descentralizados, tales como agencias de protección al consumidor, Ministerio Público, Ombudsman u otros. **ART. 52** - Las sentencias dictadas en procedimientos colectivos tendrán eficacia general, salvo si fuere absolutorio por falta de prueba, en cuyo caso otro legitimado podrá replantear el asunto en otro proceso. **ART. 53** - En todos los procedimientos judiciales, individuales o colectivos, derivados de la aplicación de esta ley se invertirá el peso de la prueba en favor de la parte que litigue en defensa de los derechos que esta ley consagra.

CAPÍTULO NOVENO DE LAS ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES

ART. 54 - Se entenderá por asociación de consumidores y usuarios toda organización constituida por personas naturales, independiente de todo interés económico, comercial o político, cuyo objeto sea garantizar y procurar la protección y la defensa de los consumidores y promover la información, la educación, la representación y el respeto de sus derechos.

ART. 55 - Para poder actuar válida y legítimamente en la promoción y defensa de los derechos que esta ley consagra, las asociaciones de consumidores deberán cumplir, además de los exigidos por la legislación general, con los siguientes requisitos:

1. estar completamente desinteresados en la promoción de causas comerciales o políticas;
2. no tener fines de lucro;
3. no aceptar anuncios de carácter comercial en sus publicaciones; y,
4. no realizar una explotación comercial selectiva en la información y consejo que ofrezcan al consumidor.

ART. 56 - Entre otras, serán finalidades de las asociaciones de consumidores:

1. promover y proteger los derechos de los consumidores;
2. representar los intereses individuales o colectivos de los consumidores ante las autoridades jurisdiccionales o administrativas, mediante el ejercicio de las acciones, recursos, trámites o gestiones que procedan;
3. representar los intereses de los consumidores ante los proveedores y ante las respectivas autoridades de gobierno;
4. recopilar, elaborar, procesar y divulgar información objetiva acerca de los bienes y servicios existentes en el mercado;
5. realizar programas de capacitación, orientación y educación del consumidor;
- y, 6. promover los principios del consumo sustentable y educar a los consumidores en relación a un consumo responsable y armónico con el respeto al medio ambiente.

CAPÍTULO DÉCIMO DE LOS DEBERES DEL ESTADO

ART. 57 - Será deber del Estado dar cumplimiento a las directrices contenidas en la Resolución 39/248 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, de fecha 9 de abril de 1985, relativa a la protección del consumidor. Así como también, arbitrar los medios para el fiel cumplimiento de las disposiciones de la presente ley, velando por la protección de los derechos

de los consumidores, principalmente a través de la promoción de formas de producción y consumo responsables y sustentables.

ART. 58 - El Estado tendrá la responsabilidad de elaborar una política nacional de las relaciones de consumo y la protección del consumidor, cuyo objetivo será la atención de las necesidades de los consumidores; el respecto a su dignidad, salud y seguridad; la protección de sus intereses económicos; la mejoría de su calidad de vida, y la promoción de la transparencia y armonía en las relaciones de consumo.

ART. 59 - El Estado reconocerá los derechos de los consumidores como derechos fundamentales del ser humano y facilitará los medios, legales y materiales, y los recursos necesarios para promover su protección y desarrollo; particularmente, a través de los diversos mecanismos de participación ciudadana y de la promoción de las asociaciones de consumidores dentro de todo su territorio nacional. Así también, deberán establecer o mantener medidas jurídicas, legislativas, administrativas y judiciales, para permitir que los consumidores y, en su caso, las organizaciones competentes, puedan obtener un efectivo reconocimiento de sus derechos y un eficiente cumplimiento de las disposiciones de esta ley, mediante procedimientos, oficiales o extraoficiales, que sean rápidos, justos, poco costosos y fácilmente asequibles, tomando en cuenta, especialmente, las necesidades de los consumidores de bajos ingresos.

ART. 60 - En los casos en los que las entidades estatales competentes impongan multas, comisos u otras sanciones o cargas pecuniarias a los proveedores, el Estado se comprometerá a que el producto de ellas sea destinado, totalmente o en un porcentaje significativo (mayor al 50%), a la protección y promoción de los derechos de los consumidores.



**VIII REUNIÓN DE LA COMISIÓN DE DEFENSA DEL
USUARIO Y EL CONSUMIDOR**

**CIUDAD DE MÉXICO, MÉXICO
12, 13 Y 14 DE SEPTIEMBRE DE 1999**



**VIII REUNIÓN DE LA COMISIÓN DE DEFENSA DEL USUARIO Y
EL CONSUMIDOR
CIUDAD DE MÉXICO, MÉXICO
12, 13 Y 14 DE SEPTIEMBRE DE 1999**

En la ciudad de México se realizó como estaba previsto, durante los días 12, 13 y 14 de Septiembre de 1999 la reunión de la Comisión de Defensa del Usuario y del Consumidor bajo la Presidencia del Diputado Ing. Rafael Dávila Egüez de Ecuador. El acto de instalación de la Comisión, se efectuó en forma conjunta con las comisiones de Niñez y Juventud; Lucha contra el Narcotráfico y Crimen Organizado; Asuntos Jurídicos; Economías Emergentes; Asuntos Culturales,

Educación, Ciencia y Tecnología y Medio Ambiente en su sesión inaugural con la asistencia del Diputado Luis Rubeo, vicepresidente de Comisiones, Humberto Celli y otros integrantes de la Junta Directiva del Parlamento Latinoamericano con la asistencia de los participantes de los países miembros, que integran las mmencionadas comisiones. El señor Humberto Peláez Secretario Ejecutivo del Parlamento Latinoamericano y los Vicepresidentes alternos Henry Bencid Scotch de Venezuela, Laura Carneiro de Brasil, Jorge Machiniena de Uruguay y María Teresa Torres de Lara de México estuvieron presentes en este inicio del cronograma de actividades En la sesión de trabajo del lunes 13 de septiembre, el Diputado Rafael Dávila Egüez en su condición de Presidente de la Comisión de Defensa del Usuario y del Consumidor declaró formalmente iniciada la VIII reunión de la Comisión, con una salutación a los asistentes. Cada uno de los Parlamentarios se presentó y explicó en forma breve la situación en su país, sobre la materia objeto de la reunión en el siguiente orden:

Diputada María Annery González de Vivas, Venezuela

Diputado Arturo Guerrero, Uruguay

Lic. Leonardo Martínez, México

Lic. Ma. Nella Luz Gómez, México

Diputado Tobias Murillo, Costa Rica

Diputado César García, Venezuela

Diputada Laura Carneiro, Brasil

Diputada Gladys Sofia Azcona, República Dominicana

Diputado Marcelo Duarte, Paraguay

Diputada Dolores González, República Dominicana

Diputada Yudelka de la Rosa, República Dominicana

Diputado Rafael Mena Castro, República Dominicana

Diputada Fátima Pérez, República Dominicana

Diputado Xavier Noriega; Perú

Diputado José Gazcón Mercado, México

Con relación al temario propuesto, el presidente de la Comisión informó sobre la imposibilidad del expositor invitado Sr. José Vargas Niello Director Regional para América Latina y el Caribe de "Consumers International" para asistir a esta reunión, por tener en su ámbito familiar, una grave situación de salud. En tal sentido propuso que se postergara el estudio del Tema I, "Informe de los Avances en la Legislación de Protección al Consumidor de América Latina y El Caribe", para una próxima reunión. Para dar facilidades a la reproducción del material sobre el análisis comparativo de las diferentes legislaciones de América Latina y el Caribe, a la luz de la Ley Marco sobre Defensa del Consumidor aprobada por el Parlamento Latinoamericano, propuso que el Tema II "Análisis de la Ley Marco del Parlamento Latinoamericano en el Contexto de la Legislación Vigente en los distintos Países de América Latina y El Caribe con miras a homogenizar la norma existente", sea analizado y debatido en la jornada de trabajo de la tarde, y que el tema III pasará a ser considerado en primer término, fueron aprobadas por unanimidad las propuestas; se designó a la Dip. María Anneri de Vivas como relatora de la reunión y se pasó al análisis del Tema III sobre "Seguridad Alimentaria, plantas y alimentos genéticamente modificados, necesidad de regulaciones técnicas". La diputada Laura Carneiro propuso que para iniciar este tema se discutiera la versión presentada por Consumers International sobre "Alimentos transgénicos y la posición de los Consumidores", y presentó dos propuestas:

1. Solicitar a la Vice Presidencia de Comisiones una reunión conjunta con la comisión de Asuntos Económicos.
2. Producir una declaración o resolución que emane de esta comisión de Defensa del Usuario y del Consumidor sobre la base del análisis del documento de Consumers International, especialmente en el contenido de las páginas 8 a 10. Esta resolución deberá ser remitida a la Secretaría de Comisiones para que esta a su vez la envíe a cada uno de los Parlamentos nacionales. La Diputada María Anneri de Vivas de Venezuela se sumó a las propuestas de la Diputada Laura Carneiro de Brasil, y propuso a su vez que la resolución o declaración se le haga llegar a las Comisiones de Salud, Medio

Ambiente, Agricultura, Deuda Social y Derechos Humanos, para que sean considerados en sus temarios, los aspectos referidos a los alimentos genéticamente modificados y la necesidad de regulaciones técnicas, ya que, están íntimamente ligadas a las materias que son de su competencia, por sus efectos económicos sociales, riesgo para la salud, efectos sobre el medio ambiente que repercuten en la agricultura y atentan contra los derechos humanos. Fueron aprobadas las propuestas por unanimidad y la Presidencia designó una subcomisión para preparar un proyecto de esta declaración, integrada por las Diputadas Laura Carneiro, María Annery de Vivas y el Asistente Leonardo Martínez de México, para ser presentado en la próxima sesión de trabajo. El Diputado Tobías Murillo de Costa Rica, se refirió a la preocupación sobre los productos transgénicos provenientes de los países desarrollados que ignoran las peticiones de países de América Latina, tales como las de Costa Rica a los Estado Unidos. Mencionó que en su país hay más de tres mil trabajadores esterilizados en compañías bananeras por la utilización de agroquímicos y que el etiquetado es Ley, por lo cual los importadores están obligados a traducir las instrucciones y demás referencias, al idioma español. Concluyó con las siguientes propuestas:

Que se tomen medidas en los países de cultivos y productos transgénicos, que irrespetan las normas de seguridad y salud, poniendo en peligro y riesgo de vida del ser humano.

La obligación de etiquetar todos los productos transgénicos y de traducir o transcribir al idioma oficial de cada País, las recomendaciones de uso y los componentes químicos de cada producto.

El Diputado Marcelo Duarte del Paraguay, propuso en su intervención, que el Parlamento Latinoamericano exhorte a los gobiernos de los países miembros a que regulen la introducción de productos transgénicos, en el caso de que en dichos países permitan su consumo, debiendo, en su criterio alertar en todos

los casos que tienen que incluir las advertencias referentes a los riesgos para la salud del ser humano.

El Diputado Rafael Mena de República Dominicana mencionó la afectación en la producción de caña de azúcar en su país, debido a la presencia de edulcorantes importados y además, se refirió al daño que se produce en la fertilidad de la tierra por el uso de productos agro químicos, expresó que no podemos desligar los modelos económicos que nos imponen con el Tema "Consumidores". La Diputada Gladys Sofía Azcona de la República Dominicana, expresó: "Los productos transgénicos causan infertilidad en hombres y mujeres", además, las sustancias estrógenas de estos productos, causan cáncer de mamas, por lo que propone;

1°. Que en los países consumidores, sea obligatorio incluir en el etiquetado la fecha de caducidad;

2°. El símbolo que los identifique y

3° que se hagan todas las pruebas obligatorias, tales como: pruebas de evaluación de toxicidad, seguridad en animales, degradabilidad de las proteínas, alergenicidad de contenido nutritivo y genes marcadores. Propuso que la declaración que emane de esta comisión sea leída en Panamá en la reunión de los consumidores que se celebrará en Octubre del presente año. Fue aprobada esta propuesta.

El Diputado César García de Venezuela, propuso que se invite a la próxima reunión a la Organización Panamericana de la Salud, quien tiene celebrado convenio con el Parlamento Latinoamericano y puede contribuir a profundizar los conocimientos sobre el tema en discusión y muy especialmente los riesgos para la salud que causan los alimentos transgénicos que pueden acortar la vida de los seres humanos o causar severos trastornos como alergias, resistencias a los antibióticos, etc; manifestó su aprobación a las propuestas formuladas. Se acordó la invitación a la O.P.S.

El Diputado Arturo Guerrero de Uruguay, apoyó las propuestas presentadas y se refirió a lo importante del tema que aún no ha sido considerado con detenimiento en las diferentes legislaciones, por lo cual, llevará la propuesta de que sea incluida en su país; se refirió a la Ley sobre Defensa del Consumidor recientemente aprobada en Uruguay a raíz de la ley Marco del Parlatino.

El Diputado Rafael Dávila de Ecuador, presidente de la Comisión enfatizó la importancia de producir la declaración sobre el tema, hizo una acertada síntesis de todas las intervenciones de los participantes y se refirió a las experiencias de Ecuador, mencionó que en el Ecuador en la Constitución se establece en el artículo 89, "la necesidad de regular bajo estrictas normas de bio-seguridad, la propagación en el medio ambiente, la experimentación, el uso, la comercialización y la importación de organismos genéticamente modificados". El Diputado Marcelo Duarte habló sobre la red de organizaciones ambientalistas de su país Paraguay, que es una organización privada, sin fuerza coercitiva ni carácter vinculante. Después de un breve receso, en la continuación de la sesión, el Diputado Dávila presidente de la Comisión dio la más cordial bienvenida al Licenciado Eduardo Almeida Armenta, Procurador Federal del Consumidor de México y a sus colaboradores inmediatos: Lic. Manuel Fernández Allende, Sub/procurador de Servicios a los Consumidores; Lic. Miguel Angel Gutiérrez Cantú, Sub/Procurador de Verificación y vigilancia y al Lic. Felipe López, Coordinador de Comunicación Social de Profeco, a quienes agradeció su presencia y participación. En una clara y completa exposición sobre la labor Institucional que se lleva en México, en donde existen dos (2) organismos INCO y PROFECO el Lic. Almeida explicó los programas y experiencias efectuadas en México, extendió una invitación a los integrantes de esta Comisión para visitar el día de mañana la sede de la Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO); seguidamente desarrollo su ponencia sobre el tema en tratamiento cuyo contenido se anexa a la presente acta y con la colaboración de sus acompañantes dio respuesta a todas las interrogantes que le fueron formuladas.

El Presidente de la Comisión Diputado Dávila, agradeció al distinguido expositor y sus colaboradores la interesante conferencia y la invitación efectuada. En la continuación de la Sesión de Trabajo se procedió a la consideración del Tema II referido al "Análisis de la Ley Marco del Parlamento Latinoamericano en el Contexto de la Legislación Vigente en los distintos países de América Latina y el Caribe con miras a homogenizar la norma existente".

El Presidente propuso otorgar un reconocimiento a los integrantes de la Legislación de Venezuela Diputados María Annery González de Vivas y César García por el trabajo realizado sobre el análisis comparativo de la Ley de Protección al Consumidor en los diferentes países de América Latina en relación a la Ley Marco que sobre esta materia fue aprobada por el Parlamento Latinoamericano. Fue aprobada la propuesta por unanimidad.

La Diputada María Annery de Vivas, en nombre de la Delegación de Venezuela, agradeció el reconocimiento aprobado y se refirió a los aspectos que fueron considerados en la elaboración del trabajo presentado, así como a los alcances del mismo, hizo mención que este trabajo había sido iniciado por el grupo venezolano del Parlamento Latinoamericano, respecto a las legislaciones de Argentina, Chile, México, Venezuela y la propuesta del I.O.C.U. Se actualizó este estudio y fueron agregadas las legislaciones del Ecuador, Costa Rica, Perú y Uruguay a la luz de la Ley Marco sobre Defensa del Consumidor aprobada por el PARLATINO.

En Venezuela la Corte Suprema de Justicia, declaró la nulidad de algunos artículos de la Ley de Protección del Usuario y del Consumidor, por lo cual existe en la Cámara de Diputados del Congreso nacional, un anteproyecto de Ley sobre la materia, en el cual fueron tomadas muy en cuenta las disposiciones contenidas en la Ley Marco.

El Diputado Tobías Murillo de Costa Rica, expresó: los orígenes de la Ley de Defensa del Consumidor datan desde el año de 1975, pero fue aprobada hasta 1973 cuando se formó una verdadera Ley defensora de los habitantes. En Costa Rica se nombran comités regionales o locales de los pueblos en defensa del consumidor, estos comités intervienen para proteger al consumidor directa o indirectamente, mencionó que hay similitudes entre las Leyes del Consumidor de Costa Rica y Venezuela

.El Diputado de Uruguay Arturo Guerrero, informó que oportunamente junto con el Presidente del PARLATINO, Juan Adolfo Singer y el también Diputado Omar Castro, habían presentado en la Cámara de Diputados un proyecto de Ley de Defensa del Usuario y el Consumidor, tomando para ello el aprobado por la Asamblea en Guayaquil, el 6 de julio de 1997. Dicha iniciativa, con algunas modificaciones, fue aprobada por el Poder Legislativo y pasó al Poder Ejecutivo para su promulgación. Existe una dirección de defensa del usuario y del consumidor, la cual no tenía marco regulatorio y ahora con la aprobación de esta Ley ya la tiene.

El Diputado José Gazcón Mercado de México, observó que los consumidores o usuarios de telemarketing y tarjetas de crédito, no tienen ley que los proteja, existen casos en los cuales sólo se protege a los consumidores finales. México a tomado como referencia la Ley Marco de Defensa del Consumidor.

El Diputado Javier Noriega de Perú, hizo referencia a que en su legislación no se ha utilizado como fuente la Ley Marco ya que en su opinión la legislación del Perú es completa y esta sustentada por la Constitución.

El Diputado Rafael Dávila de Ecuador, expresó que cada país tiene diferencias de distinta índole, no obstante es importante que recojan la mayor parte de la Ley Marco aprobada por el PARLATINO, y la adapte a su legislación sobre la defensa del consumidor.

El Diputado Marcelo Duarte de Paraguay, mencionó: "La Ley de Defensa del Usuario y el Consumidor fue aprobada en 1998, tuvo una vacatio legis de seis meses, lo que hizo que entrará en vigor este año, fue elaborada tomando como base las legislaciones brasileña y argentina".

La Diputada Laura Carneiro de Brasil, informó que para la elaboración de la Ley Marco de defensa del Usuario y el Consumidor del PARLATINO, se tomó como base el trabajo de Brasil, por lo tanto, lo que existe en la Ley Marco del PARLATINO esta acorde a la Ley Brasileña en esta materia, y aún más avanzada que la Ley Marco.

El Diputado Rafael Mena Castro de República Dominicana, piensa que la voracidad del neoliberalismo afecta a los consumidores. Dice que en su país existe una Ley que protege las economías populares y un Instituto de estabilización de precios que cuenta con una Dirección General de Precios de 3.500 funcionarios. Sin embargo, República Dominicana tiene que redefinir su posición y tomar en cuenta la Ley Marco de Defensa del Usuario y el Consumidor del Parlatino que está en lo correcto, ya que no existe Ley de esta naturaleza en su país.

El Diputado Rafael Noriega de Perú, propuso modificar los Artículo 14 en el párrafo 3° y el Artículo 16 numeral 3.

La Comisión consideró que no es adecuado hacer modificaciones con la salvedad de que cada país atiende a sus propias realidades. Y acordó efectuar una evaluación en el tiempo de la Ley Marco e incluir en sus propias legislaciones el espíritu y contenido de la Ley Marco con miras a facilitar el trabajo que en un futuro cercano deberá realizar un Parlamento Latinoamericano, debidamente fortalecido, para que América Latina y el Caribe cuenta con una legislación única sobre la materia. La Comisión consideró la propuesta del Diputado Enrique Villegas Bautista de México, presentada en la Comisión de Agricultura y traída al seno de esta Comisión. Los Diputados

Arturo Guerrero de Uruguay, Rafael Dávila de Ecuador Marcelo Duarte de Paraguay y José Gazcón de México, consignaron copia de sus respectivas legislaciones sobre la materia. La Comisión entró a considerar el documento presentado por la sub-comisión designada sobre la declaración con relación a los alimentos genéticamente modificados. PRODUCTOS TRANSGÉNICOS:

La Comisión de Defensa del Usuario y del Consumidor, en la reunión celebrada el 13 y 14 de Septiembre de 1999, en México, D.F., con relación a los alimentos genéticamente modificados, y utilizando como referencia el documento "Alimentos Transgénicos y la Posición de los Consumidores" realizado por Consumers International.

Concluyó, que la producción, comercialización y consumo de estos productos aún no cuentan con las debidas y adecuadas medidas de seguridad y evaluación que habiliten su consumo sin riesgo para la salud humana. Y en virtud de la existencia de las aún numerosas interrogantes científicas al respecto, la comercialización de alimentos genéticamente modificados sea limitada y condicionada a la promulgación de regulaciones que garanticen la seguridad alimenticia de los consumidores.

Es necesaria la aplicación de pruebas para evaluar los riesgos y daños que causan los alimentos genéticamente modificados a la salud de la población, y de igual manera, modificar los que todavía contienen productos de genes transferidos. De igual manera tienen que ser etiquetados para informar al consumidor respecto a su origen, sus riesgos y para permitir el rastreo de posibles nuevas alergias alimenticias, en este sentido debe haber un reforzamiento de las reglamentaciones de seguridad, sobre los alimentos genéticamente modificados, en el ámbito nacional e Internacional.

Esta norma sobre alimentos genéticamente modificados debe de incluir:
Establecimiento de una autorización, caso por caso, para los alimentos producidos genéticamente. · Formación de comités de consultores

expertos a nivel nacional e internacional. · Ejecución de la evaluación de seguridad de alimentos producidos genéticamente por institutos de investigación independientes.

Establecimiento de estrictos requerimientos para la publicación de datos de seguridad y decisiones oficiales. · Obligatoriedad de etiquetar clara, adecuada y completamente, aquellos alimentos alterados genéticamente.

Promulgación de requisitos estrictos para el etiquetado.

Obligación para el fabricante de hacerse responsable de los efectos negativos sobre la salud. Otros aspectos importantes a considerar deben ser, políticas de inspección máxima, realización de evaluaciones minuciosas y monitoreos obligatorios, participación ciudadana en la toma de decisiones respecto a los alimentos producidos genéticamente. Propuestas generadas en la reunión:

Que se transmita esta resolución de la Comisión de Defensa del Usuario y del Consumidor, con referencia a los alimentos transgénicos, a todos los parlamentos miembros. Que se requiera a la Secretaría de Comisiones la inclusión de este temario en las Comisiones de: Deuda Social, Agricultura, Medio Ambiente, Salud, y Derechos Humanos, para futuras reuniones.

Exhortar a los respectivos gobiernos a una pronta y adecuada regulación de la materia en cuanto al ingreso, consumo, etiquetado, y las correspondientes advertencias relacionadas con los posibles riesgos para la salud, que conlleva el consumo de estos alimentos.

Se propone una reunión conjunta entre las Comisiones de Defensa del Usuario y del Consumidor y Asuntos Económicos tomando en cuenta la importancia que representa este problema en relación con la economía de los países Latinoamericanos.

Que se invite a la Organización Panamericana de la Salud a participar junto con la Comisión de Defensa del Usuario y del Consumidor, en los trabajos de

análisis de este problema. Es evidente, que la sustitución de cultivos tradicionales y naturales, por los genéticamente modificados, provocará un cambio en los patrones de consumo que ira en detrimento de la economía de los pequeños productores. Este problema de alimentos transgénicos, deja en riesgo a los productores y a las economías de los países menos desarrollados, a merced de las transnacionales, que bajo el amparo de un marco legal de derechos de propiedad intelectual, se convierten en las dueñas de las fuentes, que ellos llaman, la seguridad alimentaria de nuestros países, pues estos productos no son una respuesta a la falta de alimento pues se ha comprobado que el objetivo de las empresas transnacionales es la ganancia y no la solución de las necesidades humanas.

TEMA IV: "ELABORACIÓN DEL PROGRAMA A DESARROLLAR EN EL AÑO 2000. En el año 2000 se llevarán a cabo dos reuniones de la Comisión de Defensa del Usuario y del Consumidor. En vista de que la Asamblea General del PARLATINO se llevará a cabo en marzo del siguiente año, donde se renovará todo su directorio, la Comisión de Defensa del Usuario y del Consumidor convocará a que la primera reunión se lleve a cabo en la primera quincena de febrero con sede en la República Dominicana.

Los temas a tratar por la Comisión de Defensa del Usuario y del Consumidor, en sus dos reuniones del año 2000 son:

Efectos de la privatización, de los usuarios por la privatización de los servicios públicos. .

Utilización de medicamentos genéricos. .

Evaluación de los avances efectuados por las legislaciones de los diferentes países en materia de Defensa del Usuario y del Consumidor, particularmente en aquellos países que no tienen una Ley en la materia y conocimiento de las reformas e inclusiones desarrolladas en el resto de países.

Conocimiento de nuevas formas de control popular en diferentes ámbitos relacionados con la defensa del consumidor.

Dar seguimiento al tema de alimentos transgénicos.

Se procedió a la lectura del acta, la misma que fue aprobada por unanimidad.

México, D.F. Septiembre 14 de 1999

Dip. Rafael Dávila Egeuz, Presidente

Dip. Maria Annery de Vivas, Relatora



**LEY ARGENTINA DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR
N° 24.240**



**LEY ARGENTINA DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR
N° 24.240**

TITULO I

**Normas de Protección y Defensa de los Consumidores
Capítulo I
Disposiciones Generales**

ARTICULO 1 °.- Objeto. La presente ley tiene por objeto la defensa de los consumidores o usuarios. Se consideran consumidores o usuarios, las

personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social:

- a) La adquisición o locación de cosas muebles;
- b) La prestación de servicios;
- c) La adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda, incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a personas indeterminadas.

ARTICULO 2 °.- Proveedores de cosas o servicios. Quedan obligados al cumplimiento de esta ley todas las personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública o privada que, en forma profesional, aun ocasionalmente, produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores o usuarios. Se excluyen del ámbito de esta ley los contratos realizados entre consumidores cuyo objeto sean cosas usadas.

No tendrán el carácter de consumidores o usuarios quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros. No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento.

ARTICULO 3 °.- Interpretación. Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones jurídicas antes definidas, en particular las de Defensa de la Competencia y de Lealtad Comercial. En caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor.

Capítulo II

Información al consumidor y protección de su salud

ARTICULO 4 °.- Información. Quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios, deben suministrar a los consumidores

o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos.

ARTICULO 5 °.- Protección al consumidor. Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios.

ARTICULO 6 °.- Cosas y servicios riesgosos. Las cosas y servicios, incluidos los servicios públicos domiciliarios, cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos.

En tales casos debe entregarse un manual en idioma nacional sobre el uso, la instalación y mantenimiento de la cosa o servicio de que se trate y brindarle adecuado asesoramiento. Igual obligación regirá en todos los casos en que se trate de artículos importados, siendo los sujetos anunciados en el artículo 4° responsables del contenido de la traducción.

Capítulo III

Condiciones de la oferta y venta

ARTICULO 7 °.- Oferta. La oferta dirigida a consumidores potenciales indeterminados, obliga a quien la emite durante el tiempo en que se realice, debiendo contener la fecha precisa de comienzo y de finalización, como así también sus modalidades, condiciones o limitaciones.

La revocación de la oferta hecha pública es eficaz una vez que haya sido difundida por medios similares a los empleados para hacerla conocer.

ARTICULO 8 °.- Efectos de la publicidad. Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios prospectos, circulares u otros medios de difusión obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor.

ARTICULO 9 °.- Cosas deficientes, usadas o reconstituidas. Cuando se ofrezcan en forma pública a consumidores potenciales indeterminados cosas que presenten alguna deficiencia, que sean usadas o reconstituidas debe indicarse la circunstancia en forma precisa y notoria.

ARTICULO 10.- Contenido del documento de venta. En el documento que se extienda por la venta de cosas muebles, sin perjuicio de la información exigida por otras leyes o normas, deberá constar:

- a) La descripción y especificación de la cosa;
- b) El nombre y domicilio del vendedor;
- c) El nombre y domicilio del fabricante, distribuidor o del importador cuando correspondiere;
- d) La mención de las características de la garantía conforme a lo establecido en esta ley;
- e) Los plazos y condiciones de entrega;
- f) El precio y las condiciones de pago.

La redacción debe ser hecha en idioma nacional, ser completa, clara y fácilmente legible, sin reenvíos a textos o documentos que no se entreguen previa o simultáneamente. Un ejemplar debe ser entregado al consumidor. Cuando se incluyan cláusulas adicionales a las aquí indicadas o exigibles en virtud de lo previsto en esta ley, aquéllas deberán ser escritas en letra destacada y suscritas por ambas partes.

La reglamentación establecerá modalidades más simples cuando la índole de la cosa objeto de la contratación así lo determine, siempre que asegure la finalidad perseguida por esta ley.

Capítulo IV

Cosas muebles no consumibles

ARTICULO 1 1.- Garantías. Cuando se comercialicen cosas muebles de consumo durable el consumidor y los sucesivos adquirentes tienen garantía legal por los defectos o vicios de cualquier índole, aunque hayan sido ostensibles o manifiestos al tiempo del contrato, cuando afecten la identidad entre lo ofrecido y lo entregado o su correcto funcionamiento.

La garantía legal tendrá vigencia por seis (6) meses a partir de la entrega, pudiendo las partes convenir un plazo mayor. En caso en que la cosa deba trasladarse a la fábrica o taller habilitado, el transporte será realizado por el

responsable de la garantía y serán a su cargo los gastos de flete y seguros y cualquier otro que deba realizarse para la ejecución del mismo.

ARTICULO 12.- Servicio técnico. Los fabricantes, importadores y vendedores de las cosas mencionadas en el artículo anterior, deben asegurar un servicio técnico adecuado y el suministro de partes y repuestos.

ARTICULO 13.- Responsabilidad solidaria. Son solidariamente responsables del otorgamiento y cumplimiento de la garantía legal, los productores, importadores, distribuidores y vendedores de las cosas comprendidas en el artículo 11.

ARTICULO 14.- Certificado de garantía. El certificado de garantía deberá estar escrito en idioma nacional de fácil comprensión y con letra legible y contendrá como mínimo:

- a) La identificación del vendedor, fabricante, importador o distribuidor;
- b) La identificación de la cosa con las especificaciones técnicas necesarias para su correcta individualización;
- c) Las condiciones de uso, de instalación y mantenimiento necesarias para su funcionamiento
- d) Las condiciones de validez de la garantía y su plazo de extensión;
- e) Las condiciones de reparación de la cosa con especificación del lugar donde se hará efectiva.

En caso de ser necesaria la notificación al fabricante o importador de la entrada en vigencia de la garantía de una cosa, dicho acto deberá estar a cargo del vendedor. La falta de notificación, no libera al fabricante o importador de la responsabilidad solidaria establecida en el artículo 13.

Cualquier cláusula cuya redacción o interpretación contraríen las normas del presente artículo será nula de pleno derecho y se tendrá por no escrita.

ARTICULO 15.- Constancia de reparación. Cuando la cosa hubiese sido reparada bajo los términos de una garantía legal, el garante estará obligado a entregar al consumidor una constancia de reparación en donde se indique:

- a) La naturaleza de la reparación;
- b) Las piezas reemplazadas o reparadas;
- c) La fecha en que el consumidor le hizo entrega de la cosa;

d) La fecha de devolución de la cosa al consumidor.

ARTICULO 16.- Prolongación del plazo de garantía. El tiempo durante el cual el consumidor está privado del uso de la cosa en garantía, por cualquier causa relacionada con su reparación, debe computarse como prolongación del plazo de garantía legal.

ARTICULO 17.- Reparación no satisfactoria. En los supuestos en que la reparación efectuada no resulte satisfactoria por no reunir la cosa reparada, las condiciones óptimas para cumplir con el uso al que está destinada, el consumidor puede:

a) Pedir la sustitución de la cosa adquirida por otra de idénticas características. En tal caso el plazo de la garantía legal se computa a partir de la entrega de la nueva cosa;

b) Devolver la cosa en el estado en que se encuentre a cambio de recibir el importe equivalente a las sumas pagadas, conforme el precio actual en plaza de la cosa, al momento de abonarse dicha suma o parte proporcional, si hubiere efectuado pagos parciales;

c) Obtener una quita proporcional del precio.

En todos los casos, la opción por parte del consumidor no impide la reclamación de los eventuales daños y perjuicios que pudieren corresponder.

ARTICULO 18.- Vicios Redhibitorios. La aplicación de las disposiciones precedentes, no obsta a la subsistencia de la garantía legal por vicios redhibitorios. En caso de vicio redhibitorio:

a) A instancia del consumidor se aplicará de pleno derecho el artículo 2.176 del Código Civil;

c) El artículo 2.170 del Código Civil no podrá ser opuesto al consumidor.

Capítulo V

De la prestación de los servicios

ARTICULO 19.- Modalidades de prestación de servicios. Quienes presten servicios de cualquier naturaleza están obligados a respetar los términos,

plazos, condiciones, modalidades, reservas y demás circunstancias conforme a las cuales hayan sido ofrecidos, publicitados o convenidos.

ARTICULO 20.- Materiales a utilizar en la reparación. En los contratos de prestación de servicios cuyo objeto sea la reparación, mantenimiento, acondicionamiento, limpieza o cualquier otro similar, se entiende implícita la obligación a cargo del prestador del servicio de emplear materiales o productos nuevos o adecuados a la cosa de que se trate, salvo pacto escrito en contrario.

ARTICULO 21.- Presupuesto. En los supuestos contemplados en el artículo anterior, el prestador del servicio debe extender un presupuesto que contenga como mínimo los siguientes datos:

- a) Nombre, domicilio y otros datos de identificación del prestador del servicio;
- b) La descripción del trabajo a realizar;
- c) Una descripción detallada de los materiales a emplear;
- d) Los precios de éstos y la mano de obra;
- e) El tiempo en que se realizará el trabajo;
- f) Si otorga o no garantía y en su caso, el alcance y duración de ésta;
- g) El plazo para la aceptación del presupuesto;
- h) Los números de inscripción en la Dirección General Impositiva y en el Sistema Provisional.

ARTICULO 22.- Supuestos no incluidos en el presupuesto. Todo servicio, tarea o empleo material o costo adicional, que se evidencie como necesario durante la prestación del servicio y que por su naturaleza o características no pudo ser incluido en el presupuesto original, deberá ser comunicado al consumidor antes de su realización o utilización. Queda exceptuado de esta obligación el prestador del servicio que, por la naturaleza del mismo, no pueda interrumpirlo sin afectar su calidad o sin daño para las cosas del consumidor.

ARTICULO 23.- Deficiencias en la prestación del servicio. Salvo previsión expresa y por escrito en contrario, si dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que concluyó el servicio se evidenciaren deficiencias o defectos en el trabajo realizado, el prestador del servicio estará obligado a corregir todas las deficiencias o defectos o a reformar o a reemplazar los materiales y productos utilizados sin costo adicional de ningún tipo para el consumidor.

ARTICULO 2 4.- Garantía. La garantía sobre un contrato de prestación de servicios deberá documentarse por escrito haciendo constar:

- a) La correcta individualización del trabajo realizado;
- b) El tiempo de vigencia de la garantía, la fecha de iniciación de dicho período y las condiciones de validez de la misma;
- d) La correcta individualización de la persona, empresa o entidad que la hará efectiva.

Capítulo VI

Usuarios de servicios públicos domiciliarios

ARTICULO 2 5.- Constancia escrita. Información al usuario. Las empresas prestadoras de servicios públicos a domicilio deben entregar al usuario constancia escrita de las condiciones de la prestación y de los derechos y obligaciones de ambas partes contratantes. Sin perjuicio de ello, deben mantener tal información a disposición de los usuarios en todas las oficinas de atención al público.

Los servicios públicos domiciliarios con legislación específica y cuya actuación sea controlada por los organismos que ella contempla, serán regidos por esas normas, aplicándose la presente ley supletoriamente.

ARTICULO 26.- Reciprocidad en el trato. Las empresas indicadas en el artículo anterior deben otorgar a los usuarios reciprocidad de trato, aplicando para los reintegros o devoluciones los mismos criterios que establezcan para los cargos por mora.

ARTICULO 2 7.- Registro de reclamos. Las empresas prestadoras deben habilitar un registro de reclamos, en donde quedarán asentadas las presentaciones de los usuarios. Dichos reclamos deben ser satisfechos en plazos perentorios conforme la reglamentación de la presente ley.

ARTICULO 28.- Seguridad de las instalaciones. Información. Los usuarios de servicios públicos que se prestan a domicilio y requieren instalaciones específicas, deben ser convenientemente informados sobre las condiciones de seguridad de las instalaciones

y de los artefactos.

ARTICULO 29.- Instrumentos y unidades de medición. La autoridad competente queda facultada para intervenir en la verificación del buen funcionamiento de los instrumentos de medición de energía, combustibles, comunicaciones, agua potable o cualquier otro similar; cuando existan dudas sobre las lecturas efectuadas por las empresas prestadoras de los respectivos servicios.

Tanto los instrumentos como las unidades de medición, deberán ser los reconocidos y legalmente autorizados. Las empresas prestatarias garantizarán a los usuarios el control individual de los consumos. Las facturas deberán ser entregadas al usuario con no menos de diez (10) días de anticipación a la fecha de su vencimiento.

ARTICULO 30.- Interrupción de la prestación del servicio. Cuando la prestación del servicio público domiciliario se interrumpa o sufra alteraciones, se presume que es por causa imputable a la empresa prestadora. Efectuado el reclamo por el usuario, la empresa dispone de un plazo máximo de treinta (30) días para demostrar que la interrupción o alteración no le es imputable. En caso contrario, la empresa deberá reintegrar el importe total del servicio no prestado dentro del plazo establecido precedentemente. Esta disposición no es aplicable cuando el valor del servicio no prestado sea deducido de la factura correspondiente. El usuario puede interponer el reclamo desde la interrupción o alteración del servicio y hasta los quince (15) días posteriores al vencimiento de la factura.

ARTICULO 31.- Facturación de consumo excesivo. Cuando una empresa de servicio público domiciliario facture en un período un importe que exceda en un cincuenta por ciento (50%) el promedio de consumo efectivo del usuario en los doce (12) meses inmediatos anteriores, se presume error en la facturación.

En tal caso, el usuario debe abonar únicamente el valor de dicho consumo promedio.

A los efectos de ejercer este derecho el usuario deberá presentar, hasta diez (10) días después del vencimiento de la factura en cuestión, las

correspondientes al período de doce (12) meses inmediatos anteriores a la objetada.

En el caso que la empresa prestadora reclamare el pago de una suma indebida, la misma deberá indemnizar al usuario con un crédito idéntico al reclamado indebidamente el que deberá hacerse efectivo en la factura inmediata siguiente.

La empresa prestadora dispondrá de un plazo de treinta (30) días a partir del reclamo del usuario para acreditar que el consumo facturado fue efectivamente realizado, en cuyo caso tendrá derecho a reclamar el pago de la diferencia adeudada con más los intereses

legales correspondientes. En caso contrario, el pago efectuado tiene efectos cancelatorios.

La autoridad de aplicación intervendrá en los casos en que los recargos por mora en facturas de servicios públicos pagadas fuera de término, fuesen excesivamente elevadas en relación a las tasas activas vigentes en el mercado.

Capítulo VII

De la venta domiciliaria por correspondencia y otras

ARTICULO 32.- Venta domiciliaria. Es aquella propuesta de venta de una cosa o prestación de un servicio efectuada al consumidor en el lugar donde reside, en forma permanente o transitoria o en su lugar de trabajo. En ella el contrato debe ser celebrado por escrito y con las precisiones del artículo 10.

Lo dispuesto precedentemente no es aplicable a la compraventa de bienes perecederos recibidos por el consumidor y abonados al contado.

ARTICULO 33.- Venta por correspondencia y otras. Es aquella en que la propuesta se efectúa por medio postal, telecomunicaciones, electrónico o similar y la respuesta a la misma se realiza por iguales medios.

No se permitirá la publicación del número postal como domicilio.

ARTICULO 34.- Revocación de la aceptación. En los casos de los artículos 32 y 33, el consumidor tiene derecho a revocar la aceptación durante el plazo de

cinco (5) días corridos, contados a partir de la fecha en que se entregue la cosa o se celebre el contrato, lo ultimo que ocurra, sin responsabilidad alguna. Esa facultad no puede ser dispensada ni renunciada.

E1 vendedor debe informar por escrito al consumidor de esta facultad de revocación en todo documento que, con motivo de la venta le sea presentado al consumidor.

Tal información debe ser incluida en forma clara y notoria.

E1 consumidor debe poner la cosa a disposición del vendedor y los gastos de devolución son por cuenta de este último.

ARTICULO 35.- Prohibición. Queda prohibida la realización de propuesta al consumidor, por cualquier tipo de medio, sobre una cosa o servicio que no haya sido requerido previamente y que genere un cargo automático en cualquier sistema de débito, que obligue al consumidor a manifestarse por la negativa para que dicho cargo no se efectivice.

Si con la oferta se envió una cosa, el receptor no está obligado a conservarla ni a restituirla al remitente aunque la restitución pueda ser realizada libre de gastos.

Capítulo VIII

De las operaciones de venta de créditos

ARTICULO 36.- Requisitos. En las operaciones de crédito para la adquisición de cosas o servicios deberá consignarse, bajo pena de nulidad: el precio de contado, el saldo de deuda, el total de los intereses a pagar, la tasa de interés efectiva anual, la forma de amortización de los intereses, otros gastos si los hubiere, cantidad de pagos a realizar y su periodicidad, gastos extras o adicionales si los hubiera y monto total financiado a pagar.

E1 Banco Central de la República Argentina adoptará las medidas conducentes para que las entidades sometidas a su jurisdicción cumplan, en las operaciones de crédito para consumo, con lo indicado en esta ley.

Capítulo IX

De los términos abusivos y cláusulas ineficaces

ARTICULO 37.- Interpretación. Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas:

- a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños;
- b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción a los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte;
- c) Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa.

En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario.

ARTICULO 38.- Contrato de adhesión. Contratos en formularios. La autoridad de aplicación vigilará que los contratos de adhesión o similares, no contengan cláusulas de las previstas en el artículo anterior. La misma atribución se ejercerá respecto de las cláusulas uniformes, generales o estandarizadas de los contratos hechos en formularios, reproducidos en serie y en general, cuando dichas cláusulas hayan sido redactadas unilateralmente por el proveedor de la cosa o servicio, sin que la contraparte tuviera posibilidades de discutir su contenido.

ARTICULO 39.- Modificación contratos tipo. Cuando los contratos a los que se refiere el artículo anterior requieran la aprobación de otra autoridad nacional o provincial, ésta tomará las medidas necesarias para la modificación del contrato tipo a pedido de la autoridad de aplicación.

Capítulo X

Responsabilidad por daños

ARTICULO 40.- Responsabilidad solidaria. Si el daño al consumidor resulta del vicio o defecto de la cosa o de la prestación del servicio responderá el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio.

La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.

TITULO II

Autoridad de Aplicación. Procedimiento y Sanciones

Capítulo XI

Autoridad de aplicación

ARTICULO 41.- Aplicación nacional y local. La Secretaría de Industria y Comercio será la autoridad nacional de aplicación de la presente ley. Los gobiernos provinciales y la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires actuarán como autoridades locales de aplicación ejerciendo el control y vigilancia sobre el cumplimiento de la presente ley y sus normas reglamentarias respecto a los hechos sometidos a su jurisdicción. Las provincias, en ejercicio de sus atribuciones, podrán delegar sus funciones en organismos de su dependencia o en los gobiernos municipales.

ARTICULO 42.- Funciones concurrentes. La autoridad nacional de aplicación, sin perjuicio de las funciones que se encomiendan a las autoridades locales de aplicación en el artículo 41 de la presente ley, podrá actuar concurrentemente en la vigilancia, contralor y juzgamiento de la misma, aunque las presuntas infracciones ocurran exclusivamente en el ámbito de las provincias o de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires.

ARTICULO 4 3.- Facultades y atribuciones. La Secretaría de Industria y Comercio, sin perjuicio de sus funciones específicas, en su carácter de autoridad de aplicación de la presente ley tendrá las siguientes facultades y atribuciones:

- a) Proponer el dictado de la reglamentación de esta ley y elaborar políticas tendientes a la defensa del consumidor e intervenir en su instrumentación mediante el dictado de las resoluciones pertinentes;
- b) Mantener un registro Nacional de Asociaciones de Consumidores;
- c) Recibir y dar curso a las inquietudes y denuncias de los consumidores;
- d) Disponer la realización de inspecciones y pericias vinculadas con la aplicación de esta ley;
- e) Solicitar informes y opiniones a entidades publicas y privadas, en relación con la materia de esta ley;
- f) Disponer de oficio o a requerimiento de parte, la celebración de audiencias con la participación de denunciantes damnificados, presuntos infractores, testigos y peritos.

La Secretaria de Industria y Comercio podrá delegar, de acuerdo con la reglamentación que se dicte, en la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires o gobiernos provinciales las facultades mencionadas en los incisos c), d) y f) de este artículo.

ARTICULO 4 4.- Auxilio de la fuerza pública. Para el ejercicio de las atribuciones a que se refieren los incisos d) y f) del artículo 43 de la presente ley la autoridad de aplicación podrá solicitar el auxilio de la fuerza pública.

Capítulo XII

Procedimiento y sanciones

ARTICULO 4 5.- Actuaciones administrativas. La autoridad nacional de aplicación iniciará actuaciones administrativas en caso de presuntas infracciones a las disposiciones de la presente ley, sus normas reglamentarias y resoluciones que en consecuencia se dicten, de oficio o por denuncia de

quien invocare un interés particular o actuare en defensa del interés general de los consumidores.

Previa instancia conciliatoria, se procederá a labrar acta, en la que se dejará constancia del hecho denunciado o verificado y de la disposición presuntamente infringida.

En la misma acta se dispondrá agregar la documentación acompañada y citar al presunto infractor para que, dentro del plazo de cinco (5) días hábiles, presente por escrito su descargo y ofrezca las pruebas que hacen a su derecho.

Si se tratare de un acta de inspección, en que fuere necesaria una comprobación técnica posterior a los efectos de la determinación de la presunta infracción y que resultare positiva, se procederá a notificar al presunto responsable la infracción verificada, intimándolo para que en el plazo de cinco (5) días hábiles presente por escrito su descargo. En su primera presentación, el presunto infractor deberá constituir domicilio y acreditar personería.

Cuando no acredite personería se le intimará para que en el término de cinco (5) días hábiles subsane la omisión bajo apercibimiento de tenerlo por no presentado.

La constancia del acta labrada conforme a lo previsto en este artículo, así como las comprobaciones técnicas que se dispusieren constituirán prueba suficiente de los hechos así comprobados, salvo en los casos en que resulten desvirtuados por otras pruebas.

Las pruebas se admitirán solamente en caso de existir hechos controvertidos y siempre que no resulten manifiestamente inconducentes. Contra la resolución que deniegue medidas de prueba sólo se concederá el recurso de reconsideración. La prueba deberá producirse entre el término de diez (10) días hábiles, prorrogables cuando haya causas justificadas, teniéndose por desistidas aquellas no producidas dentro de dicho plazo, por causa imputable al infractor.

En el acta prevista en el presente artículo, así como en cualquier momento durante la tramitación del sumario, la autoridad de aplicación podrá ordenar

como medida preventiva, el cese de la conducta que se reputa en violación de esta ley y sus reglamentaciones.

Concluidas las diligencias sumariales, se dictará la resolución definitiva dentro del término de veinte (20) días hábiles.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, la autoridad de aplicación gozará de la mayor aptitud para disponer medidas técnicas, admitir pruebas o dictar medidas de no innovar.

Contra los actos administrativos que dispongan sanciones se podrá recurrir por ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, o ante las Cámaras Federales de Apelaciones con asiento en las provincias, según corresponda de lugar de comisión del hecho.

El recurso deberá interponerse ante la misma autoridad que dictó la resolución, dentro de los diez (10) días hábiles de notificada y será concedido en relación y con efecto suspensivo, excepto cuando se hubiera denegado medidas de prueba, en que será concedido libremente.

Las provincias, dictarán las normas referidas a la actuación de las autoridades administrativas locales, estableciendo un régimen de procedimiento en forma compatible con el de sus respectivas constituciones.

ARTICULO 46.- Incumplimiento de acuerdos conciliatorios. El incumplimiento de los acuerdos conciliatorios se considerará violación a esta ley. En tal caso, el infractor será pasible de las sanciones establecidas en la presente, sin perjuicio del cumplimiento imperativo de las obligaciones que las partes hubieren acordado.

ARTICULO 47.- Sanciones. Verificada la existencia de la infracción, quienes la hayan cometido se harán pasibles de las siguientes sanciones, las que se podrán aplicar independiente o conjuntamente, según resulte de las circunstancias del caso:

- a) Apercibimiento;
- b) Multa de quinientos pesos (\$ 500) a quinientos mil pesos (\$ 500.000), hasta alcanzar el triple de la ganancia o beneficio ilegal obtenido por la infracción;
- c) Decomiso de las mercaderías y productos objeto de la infracción;

- d) Clausura del establecimiento o suspensión del servicio afectado por un plazo de hasta treinta (30) días;
- e) Suspensión de hasta cinco (5) años en los registros de proveedores que posibilitan contratar con el Estado;
- f) La pérdida de concesiones, privilegios, regímenes impositivos o crediticios especiales de que gozare.

En todos los casos, se dispondrá la publicación de la resolución condenatoria, a costa del infractor en el diario de mayor circulación de la jurisdicción donde se cometió la infracción.

ARTICULO 4 8.- Denuncias maliciosas. Quienes presentaren denuncias maliciosas o sin justa causa ante la autoridad de aplicación, serán sancionados según lo previsto en los incisos a) y b) del artículo anterior, sin perjuicio de las que pudieren corresponder por aplicación de las normas civiles y penales.

ARTICULO 49.- Aplicación y graduación de las sanciones. En la aplicación y graduación de las sanciones previstas en el artículo 47 se tendrá en cuenta el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos, o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho.

Se considerará reincidente a quien, habiendo sido sancionado por una infracción a esta ley incurra en otra de similar naturaleza dentro del término de tres (3) años.

ARTICULO 5 0.- Prescripción. Las acciones y sanciones emergentes de la presente ley prescribirán en el término de tres (3) años. La prescripción se interrumpirá por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas o judiciales.

ARTICULO 5 1.- Comisión de un delito. Si del sumario surgiese la eventual comisión de un delito, se remitirán las actuaciones al juez competente.

Capítulo XIII

De las acciones

ARTICULO 5 2.- Acciones judiciales. Sin perjuicio de lo expuesto, el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados.

La acción corresponderá al consumidor o usuario, a las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas, a la autoridad de aplicación nacional o local y al ministerio público. El Ministerio Público cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley. Las asociaciones de consumidores estarán habilitadas como litisconsorte de cualesquiera de las partes.

En caso de desistimiento o abandono de la acción de las referidas asociaciones legitimadas, la titularidad activa será asumida por el Ministerio Público.

ARTICULO 53.- Normas del proceso. Se aplicarán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente.

Quienes ejerzan las acciones previstas en; esta ley representando un derecho o interés individual podrán acreditar mandato mediante simple acta poder en los términos que establezca la reglamentación.

Las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley gozarán del beneficio de justicia gratuita.

ARTICULO 54.- Efectos de la sentencia. La sentencia dictada en un proceso no promovido por el consumidor o usuario, se tendrá autoridad de cosa juzgada para el demandado, cuando la acción promovida en los términos establecidos en el segundo párrafo del artículo 52 sea admitida y la cuestión afecte un interés general.

Cuando la sentencia acogiere la pretensión, la apelación será concedida al solo efecto devolutivo.

Capítulo XIII

De las asociaciones de consumidores

ARTICULO 55.- Legitimación. Las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas están legitimadas para accionar cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores, sin perjuicio de la intervención del usuario o consumidor prevista en el segundo párrafo del artículo 58.

ARTICULO 56.- Autorización para funcionar. Las organizaciones que tengan como finalidad la defensa, información y educación del consumidor, deberán requerir autorización de la autoridad de aplicación para funcionar como tales. Se entenderá que cumplen con dicho objetivo, cuando sus fines sean los siguientes:

- a) Velar por el fiel cumplimiento de las leyes, decretos y resoluciones de carácter nacional, provincial o municipal, que hayan sido dictadas para proteger al consumidor;
- b) Proponer a los organismos competentes el dictado de normas jurídicas o medidas de carácter administrativo o legal, destinadas a proteger o a educar a los consumidores;
- c) Colaborar con los organismos oficiales o privados, técnicos o consultivos para el perfeccionamiento de la legislación del consumidor o materia inherente a ellos;
- d) Recibir reclamaciones de consumidores y promover soluciones amigables entre ellos y los responsables del reclamo;
- e) Defender y representar los intereses de los consumidores, ante la justicia, autoridad de aplicación y/u otros organismos oficiales o privados;
- f) Asesorar a los consumidores sobre el consumo de bienes y/o uso de servicios, precios, condiciones de compra, calidad y otras materias de interés;
- g) Organizar, realizar y divulgar estudios de mercado, de control de calidad, estadísticas de precios y suministrar toda otra información de interés para los consumidores. En los estudios sobre controles de calidad, previo a su divulgación, se requerirá la certificación de los mismos por los organismos de contralor correspondientes, quienes se expedirán en los plazos que establezca la reglamentación;
- h) Promover la educación del consumidor;

i) Realizar cualquier otra actividad tendiente a la defensa o protección de los intereses del consumidor.

ARTICULO 5 7.- Requisitos para obtener el reconocimiento. Para ser reconocidas como organizaciones de consumidores, las asociaciones civiles deberán acreditar, además de los requisitos generales, las siguientes condiciones especiales:

a) No podrán participar en actividades políticas partidarias;

b) Deberán ser independientes de toda forma de actividad profesional, comercial y productiva;

c) No podrán recibir donaciones, aportes o contribuciones de empresas comerciales, industriales o proveedoras de servicios, privadas o estatales, nacionales o extranjeras;

d) Sus publicaciones no podrán contener avisos publicitarios.

ARTICULO 5 8.- Promoción de reclamos. Las asociaciones de consumidores podrán sustanciar los reclamos de los consumidores de bienes y servicios ante los fabricantes, productores, comerciantes, intermediarios o prestadores de servicios que correspondan, que se deriven del incumplimiento de la presente ley.

Para promover el reclamo, el consumidor deberá suscribir la petición ante la asociación correspondiente, adjuntando la documentación e información que obre en su poder, a fin de que la entidad promueva todas las acciones necesarias para acercar a las partes.

Formalizado el reclamo, la entidad invitará a las partes a las reuniones que considere oportunas, con el objetivo de intentar una solución al conflicto planteado a través de un acuerdo satisfactorio.

En esta instancia, la función de las asociaciones de consumidores es estrictamente conciliatoria y extrajudicial, su función se limita a facilitar el acercamiento entre las partes.

Capitulo XIV

Arbitraje

ARTICULO 59.- Tribunales Arbitrales. La autoridad de aplicación propiciará la organización de tribunales arbitrales, que actuarán como amigables componedores o árbitros de derecho según el caso, para resolver las controversias que se susciten con motivo de lo previsto en esta ley. Podrá invitar para que integren estos tribunales arbitrales, en las condiciones que establezca la reglamentación, a las personas que teniendo en cuenta las competencias, propongan las asociaciones de consumidores y cámaras empresarias.

Regirá el procedimiento del lugar en que actúa el tribunal arbitral.

TITULO III

Disposiciones Finales

Capitulo XV

Educación al consumidor

ARTICULO 60.- Planes educativos. Incumbe al Estado nacional, las provincias y municipalidades, la formulación de planes generales de educación para el consumo y su difusión pública, fomentando la creación y el funcionamiento de las asociaciones de consumidores y la participación de la comunidad en ellas, debiendo propender a que dentro de los planes oficiales de educación primaria y media se enseñen los preceptos y alcances de esta ley.

ARTICULO 61.- Formación del consumidor. La formación del consumidor debe tender a:

- a) Hacerle conocer, comprender y adquirir habilidades para ayudarlo a evaluar las alternativas y emplear sus recursos en forma eficiente;
- b) Facilitar la comprensión y utilización de información sobre temas inherentes al consumidor;

- c) Orientarlo a prevenir los riesgos que puedan derivarse del consumo de productos o de la utilización de servicios;
- d) Impulsarlo para que desempeñe un papel activo que regule, oriente y transforme el mercado a través de sus decisiones.

ARTICULO 62.-Contribuciones estatales. El Estado nacional podrá disponer el otorgamiento de contribuciones financieras con cargo al presupuesto nacional a las asociaciones de consumidores para cumplimentar con los objetivos mencionados en los artículos anteriores.

En todos los casos estas asociaciones deberán acreditar el reconocimiento conforme a los artículos 56 y 57 de la presente ley. La autoridad de aplicación seleccionara a las asociaciones en función de criterios de representatividad, autofinanciamiento, actividad y planes futuros de acción a cumplimentar por éstas

Capítulo XVI

Disposiciones finales

ARTICULO 63.- Para el supuesto de contrato de transporte aéreo, se aplicarán las normas del Código Aeronáutico, los tratados internacionales y, supletoriamente, la presente ley.

ARTICULO 64.- Modificase el artículo 13 de la ley 22.802, que quedará redactado de la siguiente forma:

Los gobiernos provinciales y la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires actuarán como autoridades locales de aplicación ejerciendo el control y vigilancia sobre el cumplimiento de la presente ley y sus normas reglamentarias, con respecto a los hechos cometidos en su jurisdicción y que afecten exclusivamente al comercio local, juzgando las presuntas infracciones. A ese fin determinarán los organismos que cumplirán tales funciones, pudiendo los gobiernos provinciales delegar sus atribuciones en los gobiernos municipales, excepto la de Juzgamiento que sólo será delegable en el caso de exhibición de precios previsto en el inciso i) del artículo 12.

ARTICULO 65.- La presente ley es de orden público, rige en todo el territorio nacional y entrará en vigencia a partir de la fecha de su publicación en el

Boletín Oficial. El Poder Ejecutivo debe reglamentar la presente ley dentro de los ciento veinte (120) días a partir de su publicación.

ARTICULO 6 6.- Comuníquese al Poder Ejecutivo.- ALBERTO PIERRI. - EDUARDO MENEM- Juan Estrada. - Edgardo Piuzzi.

DADO EN LA SALA DE SESIONES DEL CONGRESO ARGENTINO, EN BUENOS AIRES, A LOS VEINTIDOS DOS DIAS DEL MES DE SETIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES.



**LEY ESPAÑOLA DE DEFENSA CONSUMIDORES Y
USUARIOS LEY 26/1984**



LEY ESPAÑOLA DE DEFENSA CONSUMIDORES Y USUARIOS

LEY 26/1984

- 1. CAPITULO I.-** **Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores.**
- 2. CAPITULO II.-** **Protección de la salud y seguridad.**
- 3. CAPITULO III.-** **Protección de los intereses económicos y sociales.**
- 4. CAPITULO IV.-** **Derecho a la información.**
- 5. CAPITULO V.-** **Derecho a la educación y formación en materia de consumo.**
- 6. CAPITULO VI.-** **Derecho de representación, consulta y participación.**
- 7. CAPITULO VII.-** **Situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión.**
- 8. CAPITULO VIII.-** **Garantías y responsabilidades.**
- 9. CAPITULO IX.-** **Infracciones y sanciones.**
- 10. CAPITULO X.-** **Competencias.**
- 11. DISPOSICIONES FINALES**
- 12. DISPOSICIONES DEROGATORIAS**

El artículo 51 de la Constitución de 27 de diciembre de 1978, establece que los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

Asimismo,

Promoverán su información y educación, fomentarán sus organizaciones y las oirán en las cuestiones que puedan afectarles.

Con el fin de dar cumplimiento al citado mandato constitucional, la presente Ley, para cuya redacción se han contemplado los principios y directrices vigentes en esta materia en la Comunidad Económica Europea, aspira a dotar a los consumidores y usuarios de un instrumento legal de protección y defensa,

que no excluye ni suplanta otras actuaciones y desarrollos normativos derivados de ámbitos competenciales cercanos o conexos, tales como la legislación mercantil, penal o procesal y las normas sobre seguridad industrial, higiene y salud pública, ordenación de la producción y comercio interior.

Los objetivos de la Ley se concretan en:

1. Establecer, sobre bases firmes y directas, los procedimientos eficaces para la defensa de los consumidores y usuarios.

2. Disponer del marco legal adecuado para favorecer un desarrollo óptimo del movimiento asociativo en este campo.

3. Declarar los principios, criterios, obligaciones y derechos que configuran la defensa de los consumidores y usuarios y que, en el ámbito de sus competencias, habrán de ser tenidos en cuenta por los poderes públicos en las actuaciones y desarrollos normativos futuros en el marco de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional.

CAPITULO I

ÁMBITO DE APLICACIÓN Y DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES.

Artículo 1

1. En desarrollo del Art. 51.1 y 2 de la Constitución, esta Ley tiene por objeto la defensa de los consumidores y usuarios, lo que, de acuerdo con el Art. 53.3 de la misma tiene el carácter de principio general informador del ordenamiento jurídico.

En todo caso la defensa de los consumidores y usuarios se hará en el marco del sistema económico diseñado en los artículos 38 y 128 de la Constitución y con sujeción a lo establecido en el artículo 139.

2. A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden.

3. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.

Artículo 2.

1. Son derechos básicos de los consumidores y usuarios:

a) La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad.

b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales.

c) La indemnización o reparación de los daños y perjuicios sufridos.

d) La información correcta sobre los diferentes productos o servicios y la educación y divulgación, para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute.

e) La audiencia en consulta, la participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que les afectan directamente y la representación de sus intereses, todo ello a través de las asociaciones,

agrupaciones o confederaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas.

f) La protección jurídica, administrativa y técnica en las situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión.

2. Los derechos de los consumidores y usuarios serán protegidos prioritariamente cuando guarden relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado.

3. La renuncia previa de los derechos que esta Ley reconoce a los consumidores y usuarios en la adquisición y utilización de bienes o servicios es nula.

Asimismo son nulos los actos realizados en fraude de esta Ley, de conformidad con el art. 6.º del Código Civil.

CAPITULO II

-PROTECCIÓN DE LA SALUD Y SEGURIDAD.

Artículo 3

1. Los productos, actividades y servicios puestos en el mercado a disposición de los consumidores o usuarios, no implicarán riesgos para su salud o seguridad, salvo los usual o reglamentariamente admitidos en condiciones normales y previsibles de utilización.

2. Con carácter general, los riesgos susceptibles de provenir de una utilización previsible de los bienes y servicios, habida cuenta de su naturaleza y de las personas a las que van destinados, deben ser puestos en conocimiento previo de los consumidores o usuarios por medios apropiados, conforme a lo indicado en el art. 13, f).

Artículo 4

1. Los reglamentos reguladores de los diferentes productos, actividades o servicios determinarán al menos:

- a) Los conceptos, definiciones, naturaleza, características y clasificaciones.
- b) Las condiciones y requisitos de las instalaciones y del personal cualificado que deba atenderlas.
- c) Los procedimientos o tratamientos usuales de fabricación, distribución y comercialización, permitidos, sujetos a autorización previa o prohibidos.
- d) Las listas positivas de aditivos autorizadas y revisadas por el Ministerio de Sanidad y Consumo.
- e) El etiquetado, presentación y publicidad.
- f) Las condiciones y requisitos técnicos de distribución, almacenamiento, comercialización, suministro, importación y exportación, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación arancelaria y en la reguladora del comercio exterior.
- g) Los métodos oficiales de análisis, toma de muestras, control de calidad e inspección.
- h) Las garantías, responsabilidades, infracciones y sanciones.
- i) El régimen de autorización, registro y revisión.

2. Los fertilizantes, plaguicidas y todos los artículos que en su composición lleven sustancias tóxicas, cáusticas, corrosivas o abrasivas deberán ir envasados con las debidas garantías y llevar de forma visible las oportunas

indicaciones que adviertan el riesgo de su manipulación.

3. Los extremos citados podrán ser objeto de codificación mediante normas comunes o generales, especialmente en materia de aditivos, productos tóxicos, material envasado, etiquetado, almacenaje, transporte y suministro, tomas de muestras, métodos de análisis, registro, inspección, responsabilidad y régimen sancionador.

Artículo 5.

1. Para la protección de la salud y seguridad física de los consumidores y usuarios se regulará la importación, producción, transformación, almacenamiento, transporte, distribución y uso de los bienes y servicios, así como su control, vigilancia e inspección, en especial para los bienes de primera necesidad.

2. En todo caso, y como garantía de la salud y seguridad de las personas, se observará:

a) La prohibición de utilizar cualquier aditivo que no figure expresamente citado en las listas positivas autorizadas y publicadas por el Ministerio de Sanidad y Consumo, y siempre teniendo en cuenta la forma, límites y condiciones que allí se establezcan. Dichas listas serán permanentemente revisables por razones de salud pública o interés sanitario, sin que, por tanto, generen ningún tipo de derecho adquirido.

b) La prohibición de tener o almacenar productos reglamentariamente no permitidos o prohibidos, en los locales o instalaciones de producción, transformación, almacenamiento o transporte de alimentos o bebidas.

c) Las exigencias de control de los productos tóxicos o venenosos incluidos los resultantes de mezclas y otras manipulaciones industriales, de forma que pueda comprobarse con rapidez y eficacia su origen, distribución, destino y utilización.

d) La prohibición de venta a domicilio de bebidas y alimentos, sin perjuicio del reparto, distribución o suministro de los adquiridos o encargados por los consumidores en establecimientos comerciales autorizados para venta al público. Reglamentariamente, se regulará el régimen de autorización de ventas directas a domicilio que vengán siendo tradicionalmente practicadas en determinadas zonas del territorio nacional.

e) El cumplimiento de la normativa que establezcan las Corporaciones Locales o, en su caso, las Comunidades Autónomas sobre los casos, modalidades y condiciones en que podrá efectuarse la venta ambulante de bebidas y alimentos.

f) La prohibición de venta o suministro de alimentos envasados, cuando no conste en los envases, etiquetas, rótulos, cierres o precintos, el número del Registro General Sanitario de Alimentos, en la forma reglamentariamente establecida.

g) La obligación de retirar o suspender, mediante procedimientos eficaces, cualquier producto o servicio que no se ajuste a las condiciones y requisitos exigidos o que, por cualquier otra causa, suponga un riesgo previsible para la salud o seguridad de las personas.

h) La prohibición de importar artículos que no cumplan lo establecido en la presente Ley y disposiciones que la desarrollen.

i) Las exigencias de control de los productos manufacturados susceptibles de afectar a la seguridad física de las personas, prestando a este respecto la debida atención a los servicios de reparación y mantenimiento.

j) La prohibición de utilizar en la construcción de viviendas y locales de uso público materiales y demás elementos susceptibles de generar riesgos para la salud y seguridad de las personas.

k) La obligación de que las especialidades farmacéuticas se presenten envasadas y cerradas con sistemas apropiados aportando en sus envases o prospectos información sobre composición, indicaciones y efectos adversos, modo de empleo y caducidad, de suerte que los profesionales sanitarios sean convenientemente informados y se garantice la seguridad, especialmente de la infancia, y se promueva la salud de los ciudadanos.

Artículo 6.

Los poderes públicos, directamente o en colaboración con las organizaciones de consumidores o usuarios, organizarán en el ámbito de sus competencias, campañas o actuaciones programadas de control de calidad, especialmente en relación con los siguientes productos y servicios:

a) Los de uso o consumo común, ordinario y generalizado.

b) Los que reflejen una mayor incidencia en los estudios estadísticos o epidemiológicos.

c) Los que sean objeto de reclamaciones o quejas, de las que razonablemente se deduzcan las situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión a que se refiere el art. 23, e).

d) Los que sean objeto de programas específicos de investigación.

e) Aquellos otros que, en razón de su régimen o proceso de producción y comercialización, puedan ser más fácilmente objeto de fraude o adulteración.

CAPITULO III

PROTECCIÓN DE LOS INTERESES ECONÓMICOS Y SOCIALES.

Artículo 7.

Los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios deberán ser respetados en los términos establecidos en esta Ley, aplicándose además lo previsto en las normas civiles y mercantiles y en las que regulan el comercio exterior e interior y el régimen de autorización de cada producto o servicio.

Artículo 8.

1. La oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios, se ajustarán a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad. Su contenido, las prestaciones propias de cada producto o servicio, y las condiciones y garantías ofrecidas, serán exigibles por los consumidores o usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, éstas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad.

3. La oferta, promoción y publicidad falsa o engañosa de productos, actividades o servicios, será perseguida y sancionada como fraude. Las asociaciones de consumidores y usuarios, constituidas de acuerdo con lo establecido en esta

Ley, estarán legitimadas para iniciar e intervenir en los procedimientos administrativos tendentes a hacerla cesar.

Artículo 9.

La utilización de concursos, sorteos, regalos, vales premio o similares, como métodos vinculados a la oferta, promoción o venta de determinados bienes, productos o servicios será objeto de regulación específica, fijando los casos, forma, garantías y efectos correspondientes.

Artículo 10.

1. Las cláusulas, condiciones o estipulaciones que, con carácter general, se apliquen a la oferta, promoción o venta de productos o servicios, incluidos los que faciliten las Administraciones públicas y las Entidades y Empresas de ellas dependientes, deberán cumplir los siguientes requisitos:

a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.

b) Entrega, salvo renuncia del interesado, de recibo, justificante, copia o documento acreditativo de la operación, o, en su caso, de presupuesto, debidamente explicado.

c) Buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones lo que, entre otras cosas, excluye:

1.º La omisión, en casos de pago diferido en contratos de compra-venta, de la cantidad aplazada, tipo de interés anual sobre saldos pendientes de

amortización y las cláusulas que, de cualquier forma, faculten al vendedor a incrementar el precio aplazado del bien durante la vigencia del contrato.

2.º Las cláusulas que otorguen a una de las partes la facultad de resolver discrecionalmente el contrato, excepto, en su caso, las reconocidas al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio y por muestrario.

3.º Las cláusulas abusivas, entendiendo por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios.

4.º Condiciones abusivas de crédito.

5.º Los incrementos de precio por servicio, accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnizaciones o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales, susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso y expresados con la debida claridad y separación.

6.º Las limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor o usuario y las relativas a utilidad o finalidad esencial del producto o servicio.

7.º La repercusión sobre el consumidor o usuario de fallos, defectos o errores administrativos, bancarios o de domiciliación de pagos, que no le sean directamente imputables, así como el coste de los servicios que en su día y por un tiempo determinado se ofrecieron gratuitamente.

8.º La inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario.

9.º La negativa expresa al cumplimiento de las obligaciones o prestaciones propias del productor o suministrador, con reenvío automático a procedimientos administrativos o judiciales de reclamación.

10.º La imposición de renunciaciones a los derechos del consumidor y usuario reconocidos en esta Ley.

11.º En la primera venta de viviendas, la estipulación de que el comprador ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación, que por su naturaleza correspondan al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación).

12.º La obligada adquisición de bienes o mercancías complementarias o accesorios no solicitados.

2. A los efectos de esta Ley se entiende por cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general, el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una Empresa o grupo de Empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquélla o éste celebren, y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate.

Las dudas en la interpretación se resolverán en contra de quien las haya redactado, prevaleciendo las cláusulas articulares sobre las condiciones generales, siempre que aquéllas sean más beneficiosas que éstas.

3. Las cláusulas, condiciones o estipulaciones que, con carácter general, utilicen las Empresas públicas o concesionarias de servicios públicos en régimen de monopolio, estarán sometidas a la aprobación y a la vigilancia y control de las Administraciones públicas competentes, con independencia de la consulta prevista en el Art. 22 de esta Ley. Todo ello, sin perjuicio de su sometimiento a las disposiciones generales de esta Ley.

4. Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan los anteriores requisitos.

No obstante, cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual, será ineficaz el contrato mismo.

5. Los poderes públicos velarán por la exactitud en el peso y medida de los bienes y productos, la transparencia de los precios y las condiciones de los servicios postventa de los bienes duraderos.

Artículo 11.

1. El régimen de comprobación, reclamación, garantía y posibilidad de renuncia o devolución que se establezca en los contratos, deberá permitir que el consumidor o usuario se asegure de la naturaleza, características, condiciones y utilidad o finalidad del producto o servicio; pueda reclamar con eficacia en caso de error, defecto o deterioro; pueda hacer efectivas las garantías de calidad o nivel de prestación, y obtener la devolución equitativa del precio de mercado del producto o servicio, total o parcialmente, en caso de incumplimiento.

2. En relación con los bienes de naturaleza duradera, el productor o suministrador deberá entregar una garantía que, formalizada por escrito, expresará necesariamente:

a) El objeto sobre el que recaiga la garantía.

b) El garante.

c) El titular de la garantía.

d) Los derechos del titular de la garantía.

e) El plazo de duración de la garantía.

3. Durante el período de vigencia de la garantía, el titular de la misma tendrá derecho como mínimo a:

a) La reparación totalmente gratuita de los vicios o defectos originarios y de los daños y perjuicios por ellos ocasionados.

b) En los supuestos en que la reparación efectuada no fuera satisfactoria y el objeto no revistiese las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviese destinado, el titular de la garantía tendrá derecho a la sustitución del objeto adquirido por otro de idénticas características o a la devolución del precio pagado.

4. Queda prohibido incrementar los precios de los repuestos al aplicarlos en las reparaciones y cargar por mano de obra, traslado o visita cantidades superiores a los costes medios estimados en cada sector, debiendo diferenciarse en la factura los distintos conceptos. La lista de precios de los repuestos deberá estar a disposición del público.

5. En los bienes de naturaleza duradera, el consumidor o usuario tendrá derecho a un adecuado servicio técnico y a la existencia de repuestos durante un plazo determinado.

Artículo 12.

No se podrá hacer obligatoria la comparecencia personal del consumidor o usuario para realizar cobros, pagos o trámites similares.

CAPITULO IV

DERECHO A LA INFORMACIÓN.

Artículo 13.

1. Los bienes, productos y, en su caso, los servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán incorporar, llevar consigo o permitir de forma cierta y objetiva una información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales, y al menos sobre las siguientes:

- a) Origen, naturaleza, composición y finalidad.
- b) Aditivos autorizados que, en su caso, lleven incorporados.
- c) Calidad, cantidad, categoría o denominación usual o comercial si la tienen.
- d) Precio completo o presupuesto, en su caso, y condiciones jurídicas y económicas de adquisición o utilización, indicando con claridad y de manera diferenciada el precio del producto o servicio y el importe de los incrementos o descuentos en su caso, y de los costes adicionales por servicios, accesorios, financiación, aplazamiento o similares.
- e) Fecha de producción o suministro, plazo recomendado para el uso o consumo o fecha de caducidad.
- f) Instrucciones o indicaciones para su correcto uso o consumo, advertencias y riesgos previsibles.

2. Las exigencias concretas en esta materia se determinarán en los Reglamentos de etiquetado, presentación y publicidad de los productos o servicios, en las reglamentaciones o normativas especiales aplicables en cada caso, para garantizar siempre el derecho de los consumidores y usuarios a una

información cierta, eficaz, veraz y objetiva. En el caso de viviendas cuya primera transmisión se efectúe después de la entrada en vigor de esta Ley, se facilitará además al comprador una documentación completa suscrita por el vendedor, en la que se defina, en planta a escala, la vivienda y el trazado de todas sus instalaciones, así como los materiales empleados en su construcción, en especial aquellos a los que el usuario no tenga acceso directo.

Artículo 14.

1. Las oficinas y servicios de información al consumidor o usuarios tendrán las siguientes funciones:

a) La información, ayuda y orientación a los consumidores y usuarios para el adecuado ejercicio de sus derechos.

b) La indicación de las direcciones y principales funciones de otros centros, públicos o privados, de interés para el consumidor o usuario.

c) La recepción, registro y acuse de recibo de quejas y reclamaciones de los consumidores o usuarios y su remisión a las Entidades u Organismos correspondientes.

d) En general la atención, defensa y protección de los consumidores y usuarios, de acuerdo con lo establecido en esta Ley y disposiciones que la desarrollen.

2. Las oficinas de información de titularidad pública, sin perjuicio de las que verifiquen las organizaciones de consumidores y usuarios, podrán realizar tareas de educación y formación en materia de consumo y apoyar y servir de sede al sistema arbitral previsto en el art. 31.

3. Queda prohibida toda forma de publicidad expresa o encubierta en las oficinas de información.

Artículo 15.

De acuerdo con su ámbito y su carácter general o especializado, las oficinas de información al consumidor o usuario de titularidad pública podrán recabar información directamente de los Organismos públicos.

Tendrán obligación de facilitar a los consumidores y usuarios, como mínimo los siguientes datos:

1. Referencia sobre la autorización y registro de productos o servicios.
2. Productos o servicios que se encuentran suspendidos, retirados o prohibidos expresamente por su riesgo o peligrosidad para la salud o seguridad de las personas.
3. Sanciones firmes, impuestas por infracciones relacionadas con los derechos de los consumidores y usuarios. Esta información se facilitará en los casos, forma y plazos que reglamentariamente se establezca.
4. Regulación de precios y condiciones de los productos y servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado.

Artículo 16.

1. Las oficinas de información al consumidor o usuario de titularidad pública podrán facilitar los resultados de los estudios, ensayos, análisis o controles de calidad realizados, conforme a las normas que reglamentariamente se determinen, en Centros públicos o privados oficialmente reconocidos, y dichos

resultados podrán ser reproducidos en los medios de comunicación en los siguientes casos:

a) Cuando, previa iniciativa de la Administración, exista conformidad expresa de la persona, Empresa o Entidad que suministra los correspondientes productos o servicios.

b) Cuando dichos resultados hayan servido de base a los supuestos 2 y 3 del artículo 15.

c) Cuando reflejen defectos o excesos que superen los índices o márgenes de tolerancia reglamentariamente establecidos y se haya facilitado su comprobación como garantía para los interesados o éstos hayan renunciado a la misma.

d) Cuando reflejen datos sobre composición, calidad, presentación, etc., dentro de los índices o márgenes de tolerancia reglamentariamente establecidos.

e) Cuando se trate de campañas o actuaciones programadas de control de calidad y se hagan constar sus condiciones de amplitud, extensión, precisión, comprobación y objetividad.

2. En los supuestos a que se refieren las letras a), c) y d) del apartado anterior, la Administración titular de la oficina de información al consumidor oirá, antes de autorizar la publicación de los resultados de los estudios, ensayos, análisis o controles de calidad, y por plazo de diez días, a los fabricantes o productores implicados.

Artículo 17.

Los medios de comunicación social de titularidad pública dedicarán espacios y programas, no publicitarios, a la información y educación de los consumidores

o usuarios. En tales espacios y programas, de acuerdo con su contenido y finalidad, se facilitará el acceso o participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y demás grupos o sectores interesados, en la forma que reglamentariamente se determine por los poderes públicos competentes en la materia.

CAPITULO V

DERECHO A LA EDUCACIÓN Y FORMACIÓN EN MATERIA DE CONSUMO.

Artículo 18.

1. La educación y formación de los consumidores y usuarios tendrá como objetivos:

- a) Promover la mayor libertad y racionalidad en el consumo de bienes y la utilización de servicios.
- b) Facilitar la comprensión y utilización de la información a que se refiere el capítulo IV.
- c) Difundir el conocimiento de los derechos y deberes del consumidor o usuario y las formas más adecuadas para ejercerlos.
- d) Fomentar la prevención de riesgos que puedan derivarse del consumo de productos o de la utilización de servicios.
- e) Adecuar las pautas de consumo a una utilización racional de los recursos naturales.
- f) Iniciar y potenciar la formación de los educadores en este campo.

2. Para la consecución de los objetivos previstos en el número anterior, el sistema educativo incorporará los contenidos en materia de consumo adecuados a la formación de los alumnos.

Artículo 19.

Se fomentará la formación continuada del personal de los Organismos, Corporaciones y Entidades, públicos y privados, relacionados con la aplicación de esta Ley, especialmente de quienes desarrollen funciones de ordenación, inspección, control de calidad e información.

CAPITULO VI

DERECHO DE REPRESENTACIÓN, CONSULTA Y PARTICIPACIÓN.

Artículo 20.

1. Las Asociaciones de consumidores y usuarios se constituirán con arreglo a la Ley de Asociaciones y tendrán como finalidad la defensa de los intereses, incluyendo la información y educación de los consumidores y usuarios, bien sea con carácter general, bien en relación con productos o servicios determinados; podrán ser declaradas de utilidad pública, integrarse en agrupaciones y federaciones de idénticos fines, percibir ayudas y subvenciones, representar a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos, de la asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios, y disfrutarán del beneficio de justicia gratuita en los casos a que se refiere el art. 2.º,

1. Su organización y funcionamiento serán democráticos.

2. También se considerarán Asociaciones de consumidores y usuarios las Entidades constituidas por consumidores con arreglo a la legislación cooperativa, entre cuyos fines figure, necesariamente la educación y formación de sus socios y estén obligados a constituir un fondo con tal objeto, según su legislación específica.

3. Para poder gozar de cualquier beneficio que les otorgue la presente Ley y disposiciones reglamentarias y concordantes deberán figurar inscritas en un libro registro, que se llevará en el Ministerio de Sanidad y Consumo, y reunir las condiciones y requisitos que reglamentariamente se establezcan para cada tipo de beneficio.

En la determinación reglamentaria de las condiciones y requisitos se tendrán en cuenta, entre otros, criterios de implantación territorial, número de asociados y programas de actividades a desarrollar.

Artículo 21.

No podrán disfrutar de los beneficios reconocidos en esta Ley las Asociaciones en que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Incluir como asociados a personas jurídicas con ánimo de lucro.
- b) Percibir ayudas o subvenciones de las Empresas o agrupaciones de Empresas que suministran bienes, productos o servicios a los consumidores o usuarios.
- c) Realizar publicidad comercial o no meramente informativa de bienes, productos o servicios.
- d) Dedicarse a actividades distintas de la defensa de los intereses de los consumidores o usuarios, salvo lo previsto en el segundo párrafo del artículo anterior.
- e) Actuar con manifiesta temeridad, judicialmente apreciada.

Artículo 22.

1. Las Asociaciones de consumidores y usuarios serán oídas, en consulta, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general relativas a materias que afecten directamente a los consumidores o usuarios.

2. Será preceptiva su audiencia en los siguientes casos:

a) Reglamentos de aplicación de esta Ley.

b) Reglamentaciones sobre productos o servicios de uso y consumo.

c) Ordenación del mercado interior y disciplina del mercado.

d) Precios y tarifas de servicios, en cuanto afecten directamente a los consumidores o usuarios, y se encuentren legalmente sujetos a control de las Administraciones públicas.

e) Condiciones generales de los contratos de Empresas que prestan servicios públicos en régimen de monopolio.

f) En los casos en que una Ley así lo establezca.

3. Las Asociaciones empresariales serán oídas en consulta en el procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general relativas a materias que les afecten directamente.

Será preceptiva su audiencia en los supuestos contenidos en los apartados a), b), c) y f) del apartado anterior.

4. Se entenderá cumplido dicho trámite preceptivo de audiencia cuando las Asociaciones citadas se encuentren representadas en los órganos colegiados que participen en la elaboración de la disposición. En los demás casos, la

notificación o comunicación se dirigirá a la federación o agrupación empresarial correspondiente y al Consejo a que se refiere el número siguiente.

5. Como órgano de representación y consulta a nivel nacional, el Gobierno determinará la composición y funciones de un Consejo, integrado por representantes de las Asociaciones a que se refiere el art. 20.

6. La Administración fomentará la colaboración entre organizaciones de consumidores y de empresarios.

CAPITULO VII

SITUACIONES DE INFERIORIDAD, SUBORDINACIÓN O INDEFENSIÓN.

Artículo 23.

Los poderes públicos y, concretamente, los órganos y servicios de las Administraciones públicas competentes en materia de consumo, adoptarán o promoverán las medidas adecuadas para suplir o equilibrar las situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión en que pueda encontrarse, individual o colectivamente, el consumidor o usuario. Sin perjuicio de las que en cada caso procedan, se promoverán las siguientes:

- a) Organización y funcionamiento de las oficinas y servicios de información a que se refiere el art. 14.
- b) Campañas de orientación del consumo, generales o selectivas, dirigidas a las zonas geográficas o grupos sociales más afectados.
- c) Campañas o actuaciones programadas de control de calidad, con mención expresa de las personas, Empresas o Entidades que, previa y voluntariamente, se hayan incorporado.

d) Análisis comparativo de los términos, condiciones, garantías, repuestos y servicios de mantenimiento o reparación de los bienes o servicios de consumo duradero, todo ello de acuerdo con la regulación correspondiente sobre práctica de tales análisis que garantice los derechos de las partes afectadas.

e) Análisis de las reclamaciones o quejas y, en general, de todas aquellas actuaciones de personas o Entidades, públicas o privadas, que impliquen:

1.º Obligaciones innecesarias o abusivas de cumplimentar impresos, verificar cálculos y aportar datos en beneficio exclusivo de la Entidad correspondiente.

2.º Trámites, documentos o mediaciones sin utilidad para el consumidor o usuario o a costes desproporcionados.

3.º Esperas, permanencias excesivas o circunstancias lesivas para la dignidad de las personas.

4.º Limitaciones abusivas de controles, garantías, repuestos o reparaciones.

5.º Dudas razonables sobre la calidad o idoneidad del producto o servicio.

6.º Otros supuestos similares.

Los resultados de estos estudios o análisis podrán ser hechos públicos, conforme a lo establecido en el capítulo IV.

f) Otorgamiento de premios, menciones o recompensas a las personas, Empresas o Entidades que se distingan en el respeto, defensa y ayuda al consumidor, faciliten los controles de calidad y eviten obligaciones, trámites y costes innecesarios.

Artículo 24.

En los supuestos más graves de ignorancia, negligencia o fraude que determinen una agresión indiscriminada a los consumidores o usuarios, el Gobierno podrá constituir un órgano excepcional que, con participación de representantes de las Comunidades Autónomas afectadas, asumirá, con carácter temporal, los poderes administrativos que se le encomienden para garantizar la salud y seguridad de las personas, sus intereses económicos, sociales y humanos, la reparación de los daños sufridos, la exigencia de responsabilidades y la publicación de los resultados.

CAPITULO VIII GARANTÍAS Y RESPONSABILIDADES.

Artículo 25.

El consumidor y el usuario tienen derecho a ser indemnizados por los daños y perjuicios demostrados que el consumo de bienes o la utilización de productos o servicios les irroguen salvo que aquellos daños y perjuicios estén causados por su culpa exclusiva o por la de las personas de las que deba responder civilmente.

Artículo 26.

Las acciones u omisiones de quienes producen, importan, suministran o facilitan productos o servicios a los consumidores o usuarios, determinantes de daños o perjuicios a los mismos, darán lugar a la responsabilidad de aquellos, a menos que conste o se acredite que se han cumplido debidamente las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del producto, servicio o actividad.

Artículo 27.

1. Con carácter general, y sin perjuicio de lo que resulte más favorable al consumidor o usuario, en virtud de otras disposiciones o acuerdos convencionales, regirán los siguientes criterios en materia de responsabilidad:

a) El fabricante, importador, vendedor o suministrador de productos o servicios a los consumidores o usuarios, responde del origen, identidad e idoneidad de los mismos, de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que los regulan.

b) En el caso de productos a granel responde el tenedor de los mismos, sin perjuicio de que se pueda identificar y probar la responsabilidad del anterior tenedor o proveedor.

c) En el supuesto de productos envasados, etiquetados y cerrados con cierre íntegro, responde la firma o razón social que figure en su etiqueta, presentación o publicidad. Podrá eximirse de esa responsabilidad probando su falsificación o incorrecta manipulación por terceros, que serán los responsables.

2. Si a la producción de daños concurren varias personas, responderán solidariamente ante los perjudicados. El que pague al perjudicado tendrá derecho a repetir de los otros responsables, según su participación en la causación de los daños.

Artículo 28.

1. No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, se responderá de los daños originados en el correcto uso y consumo de bienes y servicios, cuando por su propia naturaleza o estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario.

2. En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los productos alimenticios, los de higiene y limpieza, cosméticos, especialidades y productos farmacéuticos, servicios sanitarios, de gas y electricidad, electrodomésticos y ascensores, medios de transporte, vehículos a motor y juguetes y productos dirigidos a los niños.

3. Sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones legales, las responsabilidades derivadas de este artículo tendrán como límite la cuantía de 500 millones de pesetas. Esta cantidad deberá ser revisada y actualizada periódicamente por el Gobierno, teniendo en cuenta la variación de los índices de precios al consumo.

Artículo 29.

1. El consumidor o usuario tiene derecho a una compensación, sobre la cuantía de la indemnización, por los daños contractuales y extracontractuales durante el tiempo que transcurra desde la declaración judicial de responsabilidad hasta su pago efectivo.

2. Dicha compensación se determinará según lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Artículo 30.

El Gobierno, previa audiencia de los sectores interesados y de las Asociaciones de consumidores y usuarios, adoptará las medidas o iniciativas necesarias para establecer un sistema obligatorio de seguro y fondo de garantía que cubran, para sectores determinados, los riesgos de intoxicación, lesión o muerte derivados del mal estado de los productos, servicios o actividades a que se refiere el art. 28.

Artículo 31.

1. Previa audiencia de los sectores interesados y de las Asociaciones de consumidores y usuarios, el Gobierno establecerá un sistema arbitral que, sin formalidades especiales, atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios, siempre que no concurra intoxicación, lesión o muerte, ni existan indicios racionales de delito, todo ello sin perjuicio de la protección administrativa y de la judicial, de acuerdo con lo establecido en el art. 24 de la Constitución.

2. El sometimiento de las partes al sistema arbitral será voluntario y deberá constar expresamente por escrito.

3. Los órganos de arbitraje estarán integrados por representantes de los sectores interesados, de las organizaciones de consumidores y usuarios y de las Administraciones públicas dentro del ámbito de sus competencias.

CAPITULO IX

INFRACCIONES Y SANCIONES.

Artículo 32.

1. Las infracciones en materia de consumo serán objeto de las sanciones administrativas correspondientes, previa instrucción del oportuno expediente, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que puedan concurrir.

3. La instrucción de causa penal ante los Tribunales de Justicia suspenderá la tramitación del expediente administrativo sancionador que hubiera sido incoado por los mismos hechos, y en su caso la eficacia de los actos administrativos de imposición de sanción. Las medidas administrativas que hubieran sido adoptadas para salvaguardar la salud y seguridad de las

personas se mantendrán en tanto la autoridad judicial se pronuncie sobre las mismas.

Artículo 33.

En ningún caso se producirá una doble sanción por los mismos hechos y en función de los mismos intereses públicos protegidos, si bien deberán exigirse las demás responsabilidades que se deduzcan de otros hechos o infracciones concurrentes.

Artículo 34.

Se consideran infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios:

1. El incumplimiento de los requisitos, condiciones, obligaciones o prohibiciones de naturaleza sanitaria.
2. Las acciones u omisiones que produzcan riesgos o daños efectivos para la salud de los consumidores o usuarios, ya sea en forma consciente o deliberada, ya por abandono de la diligencia y precauciones exigibles a en la actividad, servicio o instalación de que se trate.
3. El incumplimiento o trasgresión de los requerimientos previos que concretamente formulen las autoridades sanitarias para situaciones específicas, al objeto de evitar contaminaciones o circunstancias nocivas de otro tipo que puedan resultar gravemente perjudiciales para la salud pública.
4. La alteración, adulteración o fraude en bienes y servicios susceptibles de consumo por adición o sustracción de cualquier sustancia o elemento, alteración de su composición o calidad, incumplimiento de las condiciones que correspondan a su naturaleza o la garantía, arreglo o reparación de bienes

duraderos y en general cualquier situación que induzca a engaño o confusión o que impida reconocer la verdadera naturaleza del producto o servicio.

5. El incumplimiento de las normas reguladoras de precios, la imposición injustificada de condiciones sobre prestaciones no solicitadas o cantidades mínimas o cualquier otro tipo de intervención o actuación ilícita que suponga un incremento de los precios o márgenes comerciales.

6. El incumplimiento de las normas relativas a registro, normalización o tipificación, etiquetado, envasado y publicidad de bienes y servicios.

7. El incumplimiento de las disposiciones sobre seguridad en cuanto afecten o puedan suponer un riesgo para el usuario o consumidor.

8. La obstrucción o negativa a suministrar datos o a facilitar las funciones de información, vigilancia o inspección.

9. En general, el incumplimiento de los requisitos, obligaciones o prohibiciones establecidas en esta Ley y disposiciones que la desarrollen.

Artículo 35.

Las infracciones se calificarán como leves, graves y muy graves atendiendo a los criterios de riesgo para la salud, posición en el mercado del infractor, cuantía del beneficio obtenido, grado de intencionalidad, gravedad de la alteración social producida, generalización de la infracción y la reincidencia.

Artículo 36.

1. Las infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios serán sancionadas con multas de acuerdo con la siguiente graduación:

-Infracciones leves, hasta 500.000 pesetas.

-Infracciones graves, hasta 2.500.000 pesetas, pudiendo rebasar dicha cantidad hasta alcanzar el quíntuplo del valor de los productos o servicios objeto de la infracción.

-Infracciones muy graves, hasta 100.000.000 de pesetas, pudiendo rebasar dicha cantidad hasta alcanzar el quíntuplo del valor de los productos o servicios objeto de la infracción.

2. En los supuestos de infracciones muy graves, el Consejo de Ministros podrá acordar el cierre temporal del establecimiento, instalación o servicio por un plazo máximo de cinco años. En tal caso, será de aplicación lo prevenido en el art. 57,4 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, por la que se aprueba el Estatuto de los Trabajadores.

3. Las cuantías señaladas anteriormente deberán ser revisadas y actualizadas periódicamente por el Gobierno, teniendo en cuenta la variación de los índices de precios al consumo.

Artículo 37.

No tendrán carácter de sanción la clausura o cierre de establecimientos, instalaciones o servicios que no cuenten con las autorizaciones o registros sanitarios preceptivos, o la suspensión de su funcionamiento hasta tanto se rectifiquen los defectos o se cumplan los requisitos exigidos por razones de sanidad, higiene o seguridad, ni la retirada del mercado precautoria o definitiva de productos o servicios por las mismas razones.

Artículo 38.

La autoridad a que corresponda resolver el expediente podrá acordar, como sanción accesoria, el decomiso de la mercancía adulterada, deteriorada, falsificada, fraudulenta, no identificada o que pueda entrañar riesgo para el consumidor.

Los gastos de transporte, distribución, destrucción, etc., de la mercancía señalada en el párrafo anterior, serán por cuenta del infractor.

CAPITULO X COMPETENCIAS.

Artículo 39.

Corresponderá a la Administración del Estado promover y desarrollar la protección y defensa de los consumidores y usuarios, especialmente en los siguientes aspectos:

1. Elaborar y aprobar el Reglamento General de esta Ley, las Reglamentaciones Técnico-Sanitarias, los Reglamentos sobre etiquetado, presentación y publicidad, la ordenación sobre aditivos y las demás disposiciones de general aplicación en todo el territorio español. Asimismo, la aprobación o propuesta, en su caso, de las disposiciones que regulen los productos a que se refiere el art. 5.º, 1.

El Reglamento General de la Ley determinará, en todo caso, los productos o servicios a que se refieren los arts. 2.º, 2 y 5.º, 1, de esta Ley, los casos, plazos y formas de publicidad de las sanciones, el régimen sancionador, los supuestos de concurrencia de dos o más Administraciones públicas y la colaboración y coordinación entre las mismas.

Lo dispuesto en este número se entiende sin perjuicio de las potestades normativas que corresponden a las Comunidades Autónomas de acuerdo con sus respectivos Estatutos.

2. Apoyar y, en su caso, subvencionar las asociaciones de consumidores y usuarios.

3. Apoyar la actuación de las autoridades y corporaciones locales y de las Comunidades Autónomas, especialmente en los casos a que se refieren los apartados 3 y 5 del art. 41.

4. Promover la actuación de las demás Administraciones públicas y, en caso de necesidad o urgencia, adoptar cuantas medidas sean convenientes para proteger y defender los derechos de los consumidores o usuarios, especialmente en lo que hace referencia a su salud y seguridad.

5. Ejercer la potestad sancionadora con el alcance que se determine en sus normas reguladoras.

6. En general, adoptar en el ámbito de sus competencias cuantas medidas sean necesarias para el debido cumplimiento de lo establecido en esta Ley.

Artículo 40.

Corresponderá a las Comunidades Autónomas promover y desarrollar la protección y defensa de los consumidores o usuarios, de acuerdo con lo establecido en sus respectivos Estatutos y, en su caso, en las correspondientes Leyes Orgánicas complementarias de transferencia de competencias.

Artículo 41.

Corresponderá a las autoridades y Corporaciones locales promover y desarrollar la protección y defensa de los consumidores y usuarios en el ámbito

de sus competencias y de acuerdo con la legislación estatal y, en su caso, de las Comunidades Autónomas, y especialmente en los siguientes aspectos:

1. La información y educación de los consumidores y usuarios, estableciendo las oficinas y servicios correspondientes, de acuerdo con las necesidades de cada localidad.
2. La inspección de los productos y servicios a que se refiere el art. 28.2, para comprobar su origen e identidad, el cumplimiento de la normativa vigente en materia de precios, etiquetado, presentación y publicidad y los demás requisitos o signos externos que hacen referencia a sus condiciones de higiene, sanidad y seguridad.
3. La realización directa de la inspección técnica o técnico-sanitaria y de los correspondientes controles y análisis, en la medida en que cuenten con medios para su realización, o promoviendo, colaborando o facilitando su realización por otras Entidades y Organismos.
4. Apoyar y fomentar las asociaciones de consumidores y usuarios.
5. Adoptar las medidas urgentes y requerir las colaboraciones precisas en los supuestos de crisis o emergencias que afecten a la salud o seguridad de los consumidores o usuarios.
6. Ejercer la potestad sancionadora con el alcance que se determine en sus normas reguladoras.

DISPOSICIONES FINALES

Primera

Dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigor de esta Ley, el Ministerio de Sanidad y Consumo promoverá, en colaboración con las Comunidades Autónomas, un plan para el tratamiento informático del Registro

General Sanitario de Alimentos y de los demás registros sanitarios y datos de interés general para la defensa del consumidor o usuario.

Segunda.

A efectos de lo establecido en el capítulo IX, será de aplicación el Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio, sin perjuicio de sus ulteriores modificaciones o adaptaciones por el Gobierno.

Tercera

Dentro del año siguiente a la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno adaptará la estructura organizativa y las competencias del Instituto Nacional del Consumo y de los restantes órganos de la Administración del Estado con competencia en la materia, al contenido de la misma.

Cuarta

El Gobierno, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta Ley, aprobará el Reglamento o Reglamentos necesarios para su aplicación y desarrollo.

DISPOSICIONES DEROGATORIAS

Disposición única. Quedan derogadas todas las disposiciones que se opongan a lo dispuesto



**TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL DECRETO LEGISLATIVO 716
LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR**

TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL DECRETO LEGISLATIVO 716

LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

TITULO PRIMERO

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1.- Están sujetas a la presente Ley todas las personas, naturales o jurídicas, de derecho público o privado, que se dediquen en establecimientos abiertos al público, o en forma habitual, a la producción o comercialización de bienes o la prestación de servicios en el territorio nacional.

Artículo 2.- La protección al consumidor se desarrolla en el marco del sistema de economía social de mercado establecido en el Capítulo I, del Régimen Económico de la Constitución Política del Perú, debiendo ser interpretado en el sentido más favorable al consumidor. **(Texto según el Artículo 1º de la Ley Nº 27251).**

Artículo 3.- Para los efectos de esta ley, se entiende por:

a) **Consumidores o usuarios.-** Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios.

b) **Proveedores.-** Las personas naturales o jurídicas que fabrican, elaboran, manipulan, acondicionan, mezclan, envasan, almacenan, preparan, expenden o suministran bienes o prestan servicios a los consumidores. En forma enunciativa y no limitativa se considera proveedores a:

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

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

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

b.4. **Prestadores.**- Las personas naturales o jurídicas que en forma habitual prestan servicios a los consumidores.

c) **Producto.**- Es cualquier bien mueble o inmueble, material o inmaterial, producido o no en el país, materia de una transacción comercial con un consumidor.

d) **Servicios.**- Cualquier actividad de prestación de servicios, que se ofrece en el mercado a cambio de una retribución, inclusive las de naturaleza bancaria, financiera, de crédito, de seguridad y los servicios profesionales. Se exceptúan los servicios que se brindan bajo relación de dependencia.

(Texto modificado por el Artículo 18º del Decreto Legislativo N° 807).

Artículo 4º.- Las Asociaciones de Consumidores son organizaciones que se constituyen de conformidad con las normas establecidas para tal efecto en el Código Civil.

Su finalidad es la protección de los consumidores. Su representación se limita a sus asociados y a las personas que hayan otorgado poder en su favor y puedan interponer a nombre de ellos denuncias y reclamos ante las autoridades competentes.

TITULO SEGUNDO

DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

Artículo 5.- En los términos establecidos por el presente Decreto Legislativo, los consumidores tienen los siguientes derechos:

a) Derecho a una protección eficaz contra los productos y servicios que, en condiciones normales o previsibles, representen riesgo o peligro para la salud o la seguridad física;

b) Derecho a recibir de los proveedores toda la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la adquisición de productos y servicios, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios;

c) Derecho a acceder a una variedad de productos y servicios, valorativamente competitivos, que les permitan libremente elegir los que deseen;

d) Derecho a la protección de sus intereses económicos, mediante el trato equitativo y justo en toda transacción comercial; y a la protección contra métodos comerciales coercitivos o que impliquen desinformación o información equivocada sobre los productos o servicios;

Precísase que al establecer el inciso d) del artículo 5º del Decreto Legislativo Nº 716, que todos los consumidores tienen el derecho a la protección de sus intereses económicos, mediante el trato equitativo y justo en toda transacción comercial, se establece que los consumidores no podrán ser discriminados por motivo de raza, sexo, nivel socioeconómico, idioma, discapacidad, preferencias políticas, creencias religiosas o de cualquier índole, en la adquisición de productos y prestación de servicios que se ofrecen en locales abiertos al público.

(Texto precisado por el artículo 1º de la Ley Nº 27049)

e) Derecho a la reparación por daños y perjuicios, consecuencia de la adquisición de los bienes o servicios que se ofrecen en el mercado o de su uso o consumo;

f) Derecho a ser escuchado de manera individual o colectiva a fin de defender sus intereses por intermedio de entidades públicas o privadas de defensa del consumidor, empleando los medios que el ordenamiento jurídico permita.

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

(Texto adicionado por el Artículo 2º de la Ley Nº 27251).

TITULO TERCERO

DE LAS OBLIGACIONES DE LOS PROVEEDORES

Artículo 6º.- Es obligación inexcusable e ineludible del proveedor de bienes o servicios, otorgar factura al consumidor en todas las transacciones que realice.

Artículo 7º.- Los proveedores están obligados a cumplir con las normas de seguridad, calidad y rotulado del producto o servicio, en lo que corresponda.

Artículo 7Aº.- Constituye obligación de los proveedores que en sus listas de precios o en sus rótulos, letreros, etiquetas o envases, u otros en los que figure el precio de los bienes o servicios que ofrecen, se consigne el precio total del bien o servicio en Nuevos Soles.

En los casos en que los precios de los bienes o servicios se difundan en moneda extranjera, se deberá consignar también los precios en moneda nacional, en caracteres y condiciones iguales, y adicionalmente se deberá ubicar en lugares visibles del local o establecimiento comercial carteles, avisos u otros similares en los cuales se consigne el tipo de cambio aceptado para efectos de pago. Esta norma no es de aplicación para aquellos proveedores que ofrezcan directamente al público bienes y servicios desde y hacia el exterior.

Los precios que seña consignados tanto en moneda nacional como extranjera, deben incluir el Impuesto General a las Ventas.

Cuando se trate de ventas al crédito se consignará, además, las especificaciones previstas en los incisos b), c), d) y e) del artículo 24 de la presente ley.

Los consumidores no podrán ser obligados al pago de sumas o recargos adicionales al precio fijado.

(Artículo adicionado por el Artículo 2º de la Ley N° 26506 y modificado por Artículo 1 de la Ley No 28300).

Artículo 7Bº.- Los proveedores no podrán establecer discriminación alguna respecto a los solicitantes de los productos y servicios que los primeros ofrecen en locales abiertos al público.

Está prohibido realizar selección de clientela, excluir a personas o realizar otras prácticas similares, sin que medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas y justificadas.

La carga de la prueba sobre la existencia de un trato desigual corresponde al consumidor afectado o, de ser el caso, a quien lo represente en el proceso o a la administración cuando ésta actúe de oficio. Acreditar la existencia de una causa objetiva y justificada le corresponde al proveedor del bien o servicio. Si el proveedor demuestra la existencia de una causa objetiva y justificada, le corresponde a quien alegue tal hecho, probar que ésta es en realidad un pretexto o una simulación para incurrir en prácticas discriminatorias.

Para todos estos efectos, será válida la utilización de indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios.

(Artículo adicionado por el artículo 2º de la Ley N° 27049).

Artículo 8º.- Los proveedores son responsables, además, por la idoneidad y calidad de los productos y servicios; por la autenticidad de las marcas y leyendas que exhiben los productos; por la veracidad de la propaganda comercial de los productos; y por el contenido y la vida útil del producto indicados en el envase, en lo que corresponde.

Artículo 9º.- Los productos y servicios puestos a disposición del consumidor no deben conllevar riesgo injustificado o no advertido para la salud o seguridad de los consumidores o sus bienes.

En caso que, por la naturaleza del producto o del servicio, el riesgo sea previsible, deberá advertirse al consumidor de dicho riesgo, así como del modo correcto de la utilización del producto o servicio.

Artículo 10º.- En el caso que se coloque en el mercado productos o servicios, en los que posteriormente se detecta la existencia de peligros no previstos, el proveedor se encuentra obligado a adoptar las medidas razonables para eliminar o reducir el peligro, tales como notificar a las autoridades competentes esta circunstancia, retirar los productos o servicios, disponer su sustitución o reparación, e informar a los consumidores oportunamente con las advertencias del caso.

Artículo 11º.- En el caso de la producción, fabricación, ensamble, importación, distribución o comercialización de bienes respecto de los que no se brinde el suministro oportuno de partes y accesorios o servicios de reparación y mantenimiento o en los que dichos suministros o servicios se brinden con limitaciones, los proveedores deberán informar de tales circunstancias de manera clara e inequívoca al consumidor. De no brindar dicha información, quedarán obligados y serán responsables por el oportuno suministro de partes y accesorios, servicios de reparación y de mantenimiento de los bienes que produzcan, fabriquen, ensamblen, importen o distribuyan, durante el lapso en que los comercialicen en el mercado nacional y, posteriormente, durante un lapso razonable en función de la durabilidad de los productos.

(Texto según el Artículo 18º del Decreto Legislativo N° 807).

Artículo 12º.- El prestador de servicios de reparación está obligado a brindar el servicio diligentemente y a emplear componentes o repuestos nuevos y apropiados al bien de que se trate, salvo que, en cuanto a esto último, el consumidor autorice expresamente y por escrito lo contrario.

Artículo 13º.- De manera enunciativa, mas no limitativa, el derecho de todo consumidor a la protección contra los métodos comerciales coercitivos implica que los proveedores no podrán:

- a) Modificar, sin consentimiento expreso de los consumidores, las condiciones y términos en los que adquirió un producto o contrató un servicio. No se puede presumir el silencio del consumidor como aceptación, salvo que éste así lo hubiese autorizado expresamente y con anterioridad.
- b) Realizar ofertas al consumidor, por cualquier tipo de medio, sobre un bien o servicio que no hayan sido requeridos previamente y que generen un cargo automático en cualquier sistema de débito, o interpretar el silencio del consumidor como aceptación a dicho cargo, salvo que aquel lo hubiese expresamente autorizado con anterioridad. Si con la oferta se envió un bien, incluso si se indicara que su devolución puede ser realizada sin costo alguno para el receptor, éste no está obligado a conservarlo ni a restituirlo al remitente.

c) Completar los títulos valores emitidos incompletos por el consumidor de manera distinta a la que fuera expresa o implícitamente acordada al momento de su suscripción. **(Texto según el Artículo 1° de la Ley N°27311)**

Artículo 1 4º.- Las empresas que prestan servicios públicos no podrán condicionar la atención de los reclamos formulados por los consumidores o usuarios al pago previo de la retribución facturada.

TITULO CUARTO

DE LA INFORMACIÓN EN LA OFERTA

DE BIENES Y SERVICIOS

Artículo 15 0.- El proveedor está obligado a consignar en forma veraz, suficiente, apropiada muy fácilmente accesible al consumidor o usuario, la información sobre los productos y servicios ofertados. Tratándose de productos destinados a la alimentación y la salud de las personas, esta obligación se extiende a informar sobre sus ingredientes y componentes.

Está prohibida toda información o presentación que induzca al consumidor a error respecto a la naturaleza, origen, modo de fabricación, componentes, usos, volumen, peso, medidas, precios, forma de empleo, características, propiedades, idoneidad, cantidad, calidad o cualquier otro dato de los productos o servicios ofrecidos.

Artículo 16º .- Toda información sobre productos de manufactura nacional proporcionada a los consumidores deberá efectuarse en términos comprensibles en idioma castellano y de conformidad con el sistema legal de unidades de medida. Tratándose de productos de manufactura extranjera, deberá brindarse en idioma castellano la información relacionada con la condiciones de las garantías, las advertencias y riesgos previsibles, así como los cuidados a seguir en caso de que se produzca un daño.

(Texto según el Artículo 18º del Decreto Legislativo N° 807).

Artículo 17º .- Los establecimientos comerciales deberán exhibir en su vitrinas, de manera fácilmente perceptible para el consumidor, los precios de los productos exhibidos en ellas.

Asimismo, los establecimientos en los que ofrezcan productos o servicios a los consumidores, deberán contar con una lista de precios, en la que consten los de todos los productos y servicios ofertados, la misma que deberá proporcionarse a todo consumidor que lo solicite.

Artículo 18º .- Los establecimientos que expenden comidas y bebidas, están obligados a colocar sus listas de precios en el exterior de los mismos.

Artículo 19º .- Cuando se expende al público productos con alguna deficiencia, usados o reconstruidos, deberá informarse claramente esta circunstancia al consumidor y hacerlo constar en los propios artículos, etiquetas, envolturas o empaques, y en las facturas correspondientes.

Artículo 20º .- La oferta, promoción y publicidad de los productos o servicios se ajustará a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad. Su contenido, las características y funciones propias de cada producto y las condiciones y garantías ofrecidas, dan lugar a obligaciones de los proveedores que serán exigibles por los consumidores o usuarios, aun cuando no figuren en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido.

Artículo 21º .- El precio a considerar a efectos del pago con tarjeta de crédito será el precio al contado; el proveedor deberá informar, previa y expresamente, la existencia de cargos adicionales. Toda oferta, promoción, rebaja o descuento exigible respecto de la modalidad de pago al contado, será también exigible por el consumidor que efectúa pagos mediante el uso de tarjetas de crédito, salvo que se ponga en conocimiento adecuadamente del consumidor, en la publicidad o información respectiva y de manera expresa, lo contrario.

(Texto según el Artículo 18º del Decreto Legislativo N° 807).

Artículo 22 º .- La publicidad relativa a ofertas, rebajas de precios y promociones deberá indicar la duración de las mismas y el número de unidades a ofertar. En caso contrario, el proveedor estará obligado a proporcionar a los

consumidores que lo soliciten los productos o servicios ofertados, en las condiciones señaladas.

(Texto según Artículo 18° del Decreto Legislativo N° 807).

Artículo 23° .- Las rifas, sorteos, concursos, canjes de envases o cualquier otro sistema análogo que realice el proveedor con fines de promoción comercial, deberá ser previamente autorizado de acuerdo a la legislación pertinente. La publicidad comercial que se haga para el efecto deberá indicar la autorización obtenida para la promoción.

TITULO QUINTO

DEL CRÉDITO AL CONSUMIDOR

Artículo 24° .- En toda operación comercial en que se conceda crédito al consumidor, el proveedor está obligado a informar previamente lo siguiente:

- a) El precio de contado del bien o servicio de que se trate;
- b) La cuota inicial;
- c) El monto total de los intereses y la tasa de interés efectiva anual;
- d) El monto y detalle de cualquier cargo adicional, si lo hubiere;
- e) El número de cuotas o pagos a realizar, su periodicidad y la fecha de pago;
- f) La cantidad total a pagar por el producto o servicio, que no podrá superar el precio al contado más los intereses y gastos administrativos;
- g) El derecho que tiene el consumidor a liquidar anticipadamente el saldo del crédito, con la consiguiente reducción de los intereses y la indicación de los cargos y costos de esta operación para el consumidor.

(Texto adicionado por el Artículo 18° del Decreto Legislativo N° 807).

Cuando una entidad bancaria o financiera conceda crédito al consumidor, estará obligada a informar previamente los datos a que se refieren los incisos b), c), d), e) y g) del presente artículo.

(Texto adicionado por el Artículo 19° del Decreto Legislativo N° 807).

El consumidor, en toda operación de crédito, tiene derecho a efectuar pagos anticipados de las cuotas o saldos, en forma total o parcial, con la consiguiente

liquidación de intereses al día del pago, incluyéndose asimismo, los gastos derivados de las cláusulas contractuales pactadas entre las partes.

(Texto adicionado por el Artículo 3° de la Ley N° 27251).

Artículo 25° .- Las operaciones a que se refiere el artículo anterior deben constar en documentos de los que deberá entregarse copia debidamente firmada por el proveedor o persona autorizada al consumidor. En tales documentos se señalará específicamente todos los datos a que se refiere dicho artículo y la fecha en que se entregará el producto o será prestado el servicio.

Artículo 26° .- En los contratos de compra venta a plazo o prestación de servicios con pago diferido, se calcularán los intereses sobre el precio de contado, menos la cuota inicial que se hubiera pagado. Los intereses se calcularán exclusivamente sobre los saldos insolutos del crédito concedido y su pago no podrá ser exigido por adelantado, sino únicamente por períodos vencidos.

Artículo 27° .- **(Artículo de rogado por el Artículo 20° del Decreto Legislativo N° 807)**

Artículo 28° .- Los sistemas de comercialización consistentes en la integración de grupos de consumidores que aportan periódicamente sumas de dinero para constituir un fondo común administrado por un tercero, destinado a la adquisición de determinados bienes o servicios sólo podrá ponerse en práctica previa autorización de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores, CONASEV, con arreglo a las normas sobre la materia.

TITULO SEXTO

DE LAS RESPONSABILIDADES FRENTE A LOS CONSUMIDORES

Artículo 29° .- Los pagos hechos en exceso del precio estipulado son recuperables por el consumidor, y devengarán hasta su devolución el máximo de los intereses compensatorios y moratorios que se hubieren pactado, y en su defecto el interés legal. La acción para solicitar la devolución de estos pagos, prescribe en un año contado a partir de la fecha en que tuvo lugar el pago.

Artículo 30º .- Los consumidores tendrán derecho a la reposición del producto o la devolución de la cantidad pagada en exceso, en los casos siguientes:

I) Cuando considerados los límites de tolerancia permitidos, el contenido neto de un producto sea inferior al que debiera ser o menor al indicado en el envase o empaque; y

II) Cuando el consumidor advierta que un instrumento empleado para la medición opera o ha sido utilizado en su perjuicio, fuera de los límites de tolerancia fijados por la autoridad competente para este tipo de instrumentos.

La reclamación del derecho establecido en los párrafos precedentes deberá presentarse al proveedor dentro de los diez días hábiles siguientes a la fecha en que se advierta la deficiencia de la medición o del instrumento empleado para ella.

El proveedor incurrirá en mora si no satisface la reclamación dentro de un plazo de quince días útiles.

Artículo 31º .- Los consumidores tendrán derecho a la reparación gratuita del producto; y, cuando ello no sea posible a su reposición; o, de no ser ello posible, a la devolución de la cantidad pagada, en los casos siguientes:

I) Cuando los que ostenten una certificación de calidad no cumplan con las especificaciones correspondientes.

II) Cuando los materiales, elementos, sustancias o ingredientes que constituyan o integren los productos no correspondan a las especificaciones que ostenten;

III) Cuando la ley de los metales de los artículos de joyería u orfebrería sea inferior a la que en ellos se indique.

IV) Cuando el producto se hubiese adquirido con determinada garantía y dentro de la vigencia de la misma, se pusiera de manifiesto la deficiencia de la cualidad o propiedad garantizada.

V) Cuando cualquier producto, por sus deficiencias de fabricación, elaboración, estructura, calidad o condiciones sanitarias, en su caso, no sea apto para el uso al cual está destinado; y,

VI) Cuando el producto o servicio no se adecua a los términos de la oferta, promoción o publicidad.

Artículo 3 2º .- El proveedor es responsable de los daños causados a la integridad física de los consumidores o a sus bienes por los defectos de sus productos.

Se considera que un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad a que las personas tiene derecho, tomando en consideración todas las circunstancias, tales como:

- a) El diseño del producto;
- b) La manera en la cual el producto ha sido puesto en el mercado, incluyendo su apariencia, el uso de cualquier marca, la publicidad referida al mismo o el empleo de instrucciones o advertencias;
- c) El uso previsible del producto; y,
- d) Los materiales, el contenido y la condición del producto.

La indemnización comprende todas las consecuencias causadas por el defecto, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral.

La responsabilidad de los diversos proveedores de un producto conforme a este artículo es solidaria. Sin perjuicio de ello, cada proveedor tiene derecho a repetir contra el que le suministró el producto defectuoso u originó el defecto.

Artículo 33º .- En caso que el proveedor estuviera obligado a restituir el precio o retribución abonado por el consumidor, deberá tomarse como base el valor del bien al momento de la devolución. Si el valor del producto o servicio es menor al momento de la devolución, se deberá restituir el precio o retribución originalmente abonado por el consumidor más los intereses legales o convencionales.

Artículo 3 4º .- Cuando un producto objeto de reparación presente defectos relacionados con el servicio realizado y éstos sean imputables al prestador del mismo, el consumidor tendrá derecho dentro de los treinta (30) días contados a partir de la recepción del producto a que se le repare nuevamente sin costo adicional.

Artículo 35º .- Cuando por deficiencia del servicio que otorgue el prestador, el bien objeto de reparación, limpieza, mantenimiento u otro similar se perdiere o sufriere menoscabo, deterioro o modificación que disminuya su valor, lo haga total o parcialmente inapropiado para el uso normal al que está destinado, o lo

convierta en peligroso, el prestador de servicios deberá indemnizar al consumidor por los daños y perjuicios ocasionados.

Artículo 36° .- El incumplimiento de la obligación a que se refiere el artículo 12° del presente Decreto Legislativo dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios y a la obligación del prestador del servicio de sustituir, sin cargo alguno, los componentes o repuestos de que se trate.

Artículo 37° .- Las autorizaciones por parte de los organismos del Estado para la fabricación de un producto o la prestación de un servicio en los casos que ello fuere necesaria, no eximen de responsabilidad al proveedor frente al consumidor.

Artículo 38° .- La Comisión de Protección al Consumidor, en coordinación con el Directorio del INDECOPI, establecerá, directamente o mediante convenios con instituciones públicas o privadas, mecanismos alternativos de resolución de disputas del tipo de arbitraje, mediación, conciliación o mecanismos mixtos, que, mediante procedimientos sencillos y rápidos, atiendan y resuelvan con carácter vinculante y definitivo para ambas partes las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios, sin perjuicio de las competencias administrativas.

El acta que contiene un acuerdo celebrado entre consumidor y proveedor en virtud de los mecanismos señalados en el párrafo precedente constituye Título Ejecutivo conforme a lo dispuesto en el Artículo 693° del Código Procesal Civil. El laudo arbitral firme emitido en virtud de los mecanismos señalados en el párrafo precedente constituye Título de Ejecución conforme a lo señalado en el artículo 713° del Código Procesal Civil.

Sin perjuicio de la validez de los acuerdos o laudos celebrados o emitidos en virtud a los mecanismos antes señalados, la Comisión podrá iniciar de oficio un procedimiento conforme a su competencia si considerase que los hechos materia del acuerdo o laudo afectan intereses de terceros.

El incumplimiento de un acuerdo o laudo celebrado entre consumidor y proveedor constituye una infracción a la presente Ley. En estos casos, si el obligado a cumplir con un acuerdo o laudo no lo hiciera, se le impondrá automáticamente una sanción de hasta el máximo de la multa permitida, para cuya graduación se tomará en cuenta los criterios que emplea la Comisión al emitir resoluciones finales. Dicha multa deberá ser pagada dentro del plazo de

5 (cinco) días de notificada, vencidos los cuales se ordenará su cobranza coactiva. Si el obligado persiste en el incumplimiento, la Comisión podrá imponer una nueva multa duplicando sucesiva e ilimitadamente el monto de la última multa impuesta hasta que se cumpla con la medida cautelar o la medida correctiva y sin perjuicio de poder denunciar al responsable ante el Ministerio Público para que éste inicie el proceso penal que corresponda. Las multas impuestas no impiden a la Comisión imponer una multa o sanción distinta al final del procedimiento, de ser el caso. Asimismo, la Comisión es competente para ordenar las medidas correctivas enunciadas en el Título VII de la presente Ley.

Este párrafo será de aplicación para todos los acuerdos conciliatorios válidos celebrados entre consumidor y proveedor, incluidos aquellos obtenidos ante instituciones sin convenio con INDECOPI.

(Texto según el Artículo 1° de la Ley N° 27311)

TITULO SÉPTIMO

DE LAS INFRACCIONES Y SANCIONES

Artículo 39° .- La Comisión de Protección al Consumidor es el único órgano administrativo competente para conocer de las presuntas infracciones a las disposiciones contenidas en la presente Ley, así como para imponer las sanciones administrativas y medidas correctivas establecidas en el presente Título. La competencia de la Comisión de Protección al Consumidor sólo podrá ser negada por norma expresa con rango de ley.

Las sanciones administrativas y medidas correctivas detalladas en el presente Título se aplicarán sin perjuicio de las indemnizaciones de carácter civil y la aplicación de las sanciones penales a que hubiera lugar.

(Texto según el Artículo 1° de la Ley N° 27311)

Artículo 40° .- El procedimiento administrativo para hacer cumplir las disposiciones de la presente Ley se iniciará de oficio, a pedido del consumidor afectado, o del que potencialmente pudiera verse afectado, o por una

Asociación de Consumidores, y se regirá por lo dispuesto en el Título Quinto del Decreto Legislativo N° 807.

En el caso de productos adquiridos o servicios contratados por una sociedad conyugal u otros patrimonios autónomos, y cuando se solicite la imposición de una medida correctiva de devolución o reposición, la legitimidad para obrar corresponderá al patrimonio autónomo, mientras que la representación procesal será de cada uno de sus integrantes, de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 65° del Código Procesal Civil.

La interposición de denuncias por parte de las Asociaciones de Consumidores por infracción a las normas administrativas de protección al consumidor queda sujeta a la reglamentación que apruebe el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual.

(Texto según el Artículo 1° de la Ley N° 27311)

Artículo 41° .- Los proveedores son objetivamente responsables por infringir las disposiciones contenidas en la presente Ley. Los proveedores infractores podrán ser sancionados administrativamente con una Amonestación o con una Multa, hasta por un máximo de 100 (cien) Unidades Impositivas Tributarias, sin perjuicio de las medidas correctivas a que se refiere el artículo siguiente, que se dicten para revertir los efectos que las conductas infractoras hubieran ocasionado o para evitar que éstas se produzcan nuevamente en el futuro.

La imposición y la graduación de la sanción administrativa a que se refiere el párrafo precedente serán determinadas atendiendo a la gravedad de la falta, el daño resultante de la infracción, los beneficios obtenidos por el proveedor, la conducta del infractor a lo largo del procedimiento, los efectos que se pudiesen ocasionar en el mercado y otros criterios que, dependiendo del caso particular, considere adecuado adoptar la Comisión. Las multas impuestas constituyen en su integridad recursos propios del INDECOPI, salvo por lo dispuesto en el artículo 45 de la presente Ley.

(Texto según el Artículo 1° de la Ley N° 27311)

Artículo 42° .- Sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiera lugar, la Comisión de Protección al Consumidor, actuando de oficio o a pedido de parte, podrá imponer a los proveedores que incurran en alguna de las

infracciones tipificadas en la presente Ley, una o más de las siguientes medidas correctivas:

- a) Decomiso y destrucción de mercadería, envases, envolturas y/o etiquetas;
- b) Clausura temporal del establecimiento o negocio hasta por un máximo de 60 (sesenta) días calendario;
- c) Publicación de avisos rectificatorios o informativos en la forma que determine la Comisión, tomando en consideración los medios que resulten idóneos para revertir los efectos que el acto objeto de sanción hubiera ocasionado. La publicación se realizará por cuenta y costo del infractor, hasta por un máximo de 30 (treinta) días calendario;
- d) Reposición y reparación de productos;
- e) Devolución de la contraprestación pagada por el consumidor; y/o,
- f) Cualquier otra medida que tenga por finalidad revertir los efectos que la conducta infractora hubiera ocasionado o evitar que ésta se produzca nuevamente en el futuro.

Los bienes o montos que sean objeto de medidas correctivas serán entregados por el proveedor directamente al consumidor que los reclama, salvo mandato distinto contenido en la resolución.

Aquellos bienes o montos materia de una medida correctiva, que por algún motivo se encuentren en posesión del INDECOPI y deban ser entregados a los consumidores beneficiados, serán puestos a disposición de éstos. En el caso de bienes o montos que no hayan sido reclamados al cabo de un año, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 45 de este Decreto Legislativo.

(Texto según el Artículo 1° de la Ley N° 27311)

Artículo 43° .- Las resoluciones finales que ordenen medidas correctivas a favor del consumidor constituyen Títulos de Ejecución conforme con lo dispuesto en el Artículo 713° inciso 3) del Código Procesal Civil, una vez que queden consentidas o causen estado en la vía administrativa.

En caso de resoluciones finales que ordenen medidas correctivas a favor de consumidores, la legitimidad para obrar en los procesos civiles de ejecución corresponde a tales consumidores.

(Texto según el Artículo 1° de la Ley N° 27311)

Artículo 44° .- El incumplimiento por parte de los proveedores de lo ordenado en las resoluciones finales emitidas por la Comisión de Protección al Consumidor constituye una infracción a la presente Ley. En estos casos, la Comisión de Protección al Consumidor es competente para imponer las sanciones y medidas correctivas enunciadas en el presente Título, independientemente de que la parte legitimada opte por la ejecución de lo incumplido en la vía legal correspondiente, conforme a lo dispuesto en el Artículo 43° de la presente Ley.

(Texto según el Artículo 1° de la Ley N° 27311)

TITULO OCTAVO

DE LA PROMOCIÓN DE LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

Artículo 45° .- El Directorio del INDECOPI podrá celebrar convenios de cooperación interinstitucional con Asociaciones de Consumidores de reconocida trayectoria. Igualmente, podrá disponer que un porcentaje de las multas administrativas impuestas en los procesos promovidos por estas Asociaciones de Consumidores sea destinado a financiar publicaciones, labores de investigación o programas de difusión a cargo de las mismas.

Mediante Resolución del Directorio del INDECOPI se establecerán los alcances y mecanismos para llevar a cabo el adecuado uso de los recursos mencionados en el párrafo anterior.

(Texto según el Artículo 1° de la Ley N° 27311).

Artículo 46° .- La Comisión de Protección al Consumidor, previo acuerdo del Directorio del INDECOPI, podrá delegar sus facultades o las de su Secretaría Técnica a otras instituciones públicas o privadas, para conocer acerca de las presuntas infracciones cometidas en determinados sectores de consumo o dentro de un ámbito geográfico específico.

(Texto según el Artículo 1° de la Ley N° 27311).

Artículo 47° .- El monto de las multas será calculado en base a la Unidad Impositiva Tributaria (UIT) vigente en la fecha del pago voluntario o en la fecha

en que se haga efectiva la cobranza coactiva. Las multas constituirán en su integridad recursos propios de INDECOPI.

(Texto precisado por el Artículo 1º de la Ley N° 27311).

DISPOSICIONES FINALES

Artículo 48º .- Derogase el Decreto Supremo No.036-83-JUS y la Ley 23863, así como las demás disposiciones legales y reglamentarias que se opongan a lo dispuesto en el presente Decreto Legislativo.

Artículo 49º .- El presente Decreto Legislativo entrará en vigencia a los 30 días de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

Artículo 5 0º . - El Secretario Técnico y la Comisión de Protección al Consumidor están facultados para reunir información relativa a las características y condiciones de los productos o servicios que se expenden en el mercado, con el objeto de informar al consumidor para permitirle tomar una adecuada decisión de consumo. La información que se ofrezca tendrá el carácter de una opinión y generará responsabilidad en caso de que la misma haya sido emitida de manera maliciosa.

Los procedimientos seguidos ante la Comisión de Protección al Consumidor tienen carácter público. En esa medida, el Secretario Técnico y la Comisión de Protección al Consumidor se encuentran facultados para disponer la difusión de información vinculada a los mismos, siempre que lo consideren pertinente en atención a los intereses de los consumidores afectados y no constituya violación de secretos comerciales o industriales.

(Artículo adicionado por el Artículo 21º del Decreto Legislativo N° 807).

Artículo 51º .- El Indecopi, previo acuerdo de su Directorio, se encuentra legitimado para promover procesos judiciales relacionados a los temas de su competencia, en defensa de los intereses de los consumidores, conforme a lo señalado por el artículo 82 del Código Procesal Civil, los mismos que se tramitarán en la vía sumarísima. En estos procesos se podrán acumular de manera genérica las pretensiones de indemnización por daños y perjuicios, reparación o sustitución de productos, reembolso de cantidades indebidamente

pagadas y en general cualquier otra pretensión necesaria para tutelar el interés y los derechos de los consumidores afectados, que guarde conexidad con aquéllas. El Indecopi podrá delegar esta facultad en entidades públicas y privadas que estén en capacidad de representar los intereses de los consumidores. El Juez admitirá la legitimidad para obrar de la entidad respectiva, sin más trámite que la presentación del documento en que consta la delegación efectuada por Indecopi.

El Juez conferirá traslado de la demanda el mismo día que se efectúen las publicaciones a la que se hace referencia en la norma mencionada en el párrafo anterior. El Indecopi representará a todos los consumidores afectados por los hechos en que se funde el petitorio si aquéllos no manifestaran expresamente y por escrito su voluntad de no hacer valer su derecho o de hacerlo por separado, dentro del plazo de 30 días de realizadas dichas publicaciones, vencido el cual se citará a la audiencia de conciliación.

Una vez consentida o ejecutoriada la sentencia que ordena el cumplimiento de la obligación demandada, ésta será cobrada por el Indecopi, quien luego prorrateará su monto o velará por su ejecución entre los consumidores que se apersonen ante dicho organismo, acreditando ser titulares del derecho discutido en el proceso.

Transcurrido un año desde la fecha en que el Indecopi cobre efectivamente la indemnización, el saldo no reclamado se destinará a un fondo especial para el financiamiento y la difusión de los derechos de los consumidores, de información relevante para los mismos y del sistema de patrocinio de intereses difusos.

Mediante Decreto Supremo se establecerán los alcances y mecanismos para llevar a cabo el adecuado uso del fondo mencionado en el párrafo anterior, así como para regular los procedimientos de distribución del monto obtenido o de ejecución de las obligaciones en favor de los consumidores afectados.

Sin perjuicio de lo establecido en los párrafos anteriores, el Indecopi podrá representar los intereses individuales de los consumidores ante cualquier autoridad pública o cualquier otra persona o entidad privada, bastando para ello la existencia de una simple carta poder suscrita por el consumidor afectado. Tal

poder faculta al Indecopi a exigir y ejecutar cualquier derecho del consumidor en cuestión.

(Artículo adicionado por el Artículo 21° del Decreto Legislativo N° 807).



