UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS Fundada en 1551
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
UNIDAD DE POST GRADO

El Derecho del consumidor en el Perú y en el derecho comparado

TESIS para optar el Grado Académico de: DOCTOR EN DERECHO

AUTOR
VÍCTOR MALPARTIDA CASTILLO

LIMA – PERÚ 2003

. . 1

PRÓLOGO . . 3

INTRODUCCIÓN . 5

CAPÍTULO I: ECONOMÍA Y DERECHO . . 17

1. INTRODUCCIÓN . 17

2. CAMBIO SOCIAL Y CAMBIO JURÍDICO . 21

3. ECONOMÍA Y DERECHO . 26

4. EL PROBLEMA DE LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR . . 36

CAPÍTULO II: EL DERECHO DEL CONSUMIDOR . 45

1. ORIGEN Y EVOLUCION . 45

2. CONCEPTO DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR . 54

3. FUNCIONES DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR . 58

4. ¿QUIÉN ES CONSUMIDOR O USUARIO? . . 59

CAPÍTULO III:CONSTITUCIÓN ECONOMICA Y PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR . . 65

1. INTRODUCCIÓN . 65

2. LA CONSTITUCION ECONOMICA . 66

2.1. Aspectos Históricos y Doctrinarios . 66

2.2. La Constitución Económica en 1979 . 72

2.3. La Constitución Económica en 1993 . 75

3. CONSTITUCIÓN ECONOMICA Y PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR . . 77

3.1. La Constitución de 1979 y la Protección al Consumidor . 77

3.2. La Constitución de 1993 y la Protección al Consumidor . 78

4. PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR, CONSTITUCION ECONOMICA FORMAL Y CONSTITUCION ECONOMICA MATERIAL . 79

CAPITULO IV: PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR: DERECHO DE LA COMPETENCIA . . 83

1. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA . . 83

1.1. DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA . . 86

1.2. DERECHO CONTRA LA COMPETENCIA DESLEAL . 119

CAPITULO V: PROTECCIÓN DIRECTA AL CONSUMIDOR . . 153

1. LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR . 154

1.1. ASPECTOS GENERALES . . 154

1.2. DEFENSA COLECTIVA DE LOS CONSUMIDORES . 160

1.3. LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR . . 163

1.4. OBLIGACIONES DE LOS PROVEEDORES . . 170

1.5. LA INFORMACIÓN EN LA OFERTA DE BIENES Y SERVICIOS . 177

1.6. CRÉDITO AL CONSUMIDOR . 181

1.7. LAS RESPONSABILIDADES FRENTE A LOS CONSUMIDORES . 183

1.8. MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS . 185

1.9. PROCEDIMIENTO . 186

1.10. SANCIONES Y MEDIDAS CORRECTIVAS . 187

2. NORMAS SOBRE PUBLICIDAD . . 192

2.1 INTRODUCCIÓN . . 192

2.2. DECRETO LEGISLATIVO N° 691, NORMAS DE LA PUBLICIDAD EN DEFENSA DEL CONSUMIDOR . 195

3. PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN EL DERECHO CIVIL . 224

4. PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN EL AMBITO PENAL . 230

5. OTRAS INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN DIRECTA AL CONSUMIDOR . . 240

6. APRECIACIÓN CRÍTICA: MÁS ALLÁ DE LA ASIMETRÍA INFORMATIVA . 249

CAPÍTULO VI: PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN EL DERECHO COMPARADO . . 255

1. MÉXICO . 255

1.1. Introducción . 255

1.2.Examen de la Ley Federal de Protección al Consumidor de 1975 . 256

1.3. Examen de la Ley Federal de Protección al Consumidor de 1992 . . 262

2. ARGENTINA . . 275

2.1. Introducción . 275

2.2.Examen de la Ley de Defensa del Consumidor . 275

3. CHILE . 282

3.1. Introducción . 282

3.2. Examen de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores . 282

4. ECUADOR . 290

4.1. Introducción . 291

4.2. Examen de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor . 291

5. VENEZUELA . 304

5.1.- Introducción . . 304

5.2.- Análisis de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario en Venezuela . . 304

6. ESPAÑA . . 312

6.1. Introducción . 312

6.2. Análisis de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios . 312

7. CONCLUSIONES . . 322

CAPÍTULO VII: INFORMACIÓN ESTADÍSTICA SOBRE LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR . . 327

1. INTRODUCCION . 327

2. CIFRAS DE LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN INDECOPI . 328

3. CIFRAS DE LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN LOS ORGANISMOS REGULADORES . 333

4.- CONCLUSIONES . 336

CONCLUSIONES . . 339

RECOMENDACIONES . 345

BIBLIOGRAFÍA . 349

Dedicatoria Para Mélida Castillo Pantoja

PRÓLOGO

El presente trabajo tiene como tema central el tratamiento del Derecho del Consumidor,preferencialmente en lo que respecta al derecho nacional.La presencia de este derecho no solo hay que observarla en la normatividad especial surgida sino en los criterios novedosos que influencian la interpretación de otra normatividad de directa protección al consumidor, mantiene si una relación directa y expectante.

Había entonces,que comenzar estudiando los orígenes del Derecho del Consumidor, sus implicancias en lo que respecta a la relación entre Economía y Derecho y cómo dentro de esta relación, puede ser observado el problema de la protección al consumidor. Es así, que comenzando la Primera Parte denominada Aspectos Conceptuales y Doctrinarios, se establecen en el Capítulo I, cuáles son los criterios que predominan en la relación entre Economía y Derecho y, cuál puede ser el criterio válido para analizar de manera integral el problema de protección al consumidor.

Por su parte, en el Capítulo II, se da algunos alcances del origen y evolución del Derecho al Consumidor,como disciplina novedosa e importante en el contexto contemporáneo.

Asimismo, se planteaba como principal interés rastrear el tratamiento constitucional nacional de la protección al consumidor, encuadrado en lo que se ha venido en llamar Constitución Económica. Como se recuerda, con éste último término se denomina no solamente al tratamiento constitucional de los aspectos económicos, sino también que dicho tratamiento sea sistemático, lo que en el Perú se alcanza con la constitución de 1979.Como se deja establecido en este trabajo, en su Capítulo III, en la constitución mencionada se da un tratamiento marginal a la protección al consumidor, ara en la Constitución vigente, dar una consideración mayor y mejor a dicho tema.

Un repaso a la normatividad vigente se encuentra en los Capítulos IV y V cuando se analiza la protección indirecta y directa al consumidor respectivamente. Allí damos espacio al derecho de la competencia, en tanto derecho de la libre competencia y derecho de represión de competencia desleal. Igualmente, en lo que respecta a la protección directa al consumidor, se encuentra los decretos legislativos correspondientes a la Ley de Protección al Consumidor, Ley de Publicidad Comercial,así como a la normatividad sobre contratación en masa establecida en el Código Civil y además la normatividad incluida en el Código Penal sobre el mismo tema.

Se incluye también dentro de la Primera Parte, en el Capítulo VI, cómo se ha presentado el derecho del consumidor en lo que respecta al derecho comparado.Sobre todo se ha dado preferencia a la normatividad perteneciente a los países latinoamericanos, al compartir mayormente una misma situación económica con nuestro país.

En la Segunda Parte, denominada Investigación para el caso del Perú de la protección al consumidor, en el Capítulo VII se presenta la información estadística sobre el consumidor y su problema en la relación al Indecopi, como frente a los organismos reguladores.

Finalmente, quisiera dejar establecido un especial reconocimiento al profesor Ulises Montoya Alberti asesor de esta investigación, quien tuvo la enorme paciencia de leer los borradores de esta tesis durante ocho meses, planteando valiosas sugerencias para su mejoramiento. Asimismo, nuestro profundo agradecimiento a los profesores Juan Vicente Ugarte del Pino y Dennis Chávez de Paz, ya que sus valiosas opiniones metodológicas, fueron fundamentales en el momento propicio.

VÍCTOR MALPARTIDA CASTILLO

"Programa Cybertesis PERÚ - Derechos son del Autor"

INTRODUCCIÓN

CUESTIONES METODOLÓGICAS

Bajo el título de: “El Derecho del Consumidor en el Perú y en el Derecho Comparado”, presenté mi Proyecto de Tesis cuyas partes más importantes las resumo aquí.

1. ELECCIÓN DEL TEMA

La elección del tema obedece a la observancia de múltiples problemas surgidos en cuanto a la protección del consumidor, sobre todo en lo que respecta a los llamados servicios públicos, como agua, energía eléctrica y preferentemente teléfono.

Nuestro país tiene una norma especial en relación de la protección del consumidor(Decreto Legislativo N° 716) y, por tanto, es necesario evaluar si desde su vigencia ha cumplido con la finalidad para la cual fue diseñada.

Asimismo, es necesario reconocer en otra normatividad, si existe también como finalidad la protección al consumidor, teniendo en cuenta que el actuar como consumidor involucra a varias partes del ordenamiento jurídico en cuanto a su protección.

Todo lo anterior nos lleva a la pregunta si existe un solo sistema de protección al consumidor y cuál es su fundamentación.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

2.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La problemática de la protección al consumidor cada vez adquiere mayor importancia

en la medida que se toma conciencia que, en algún momento, asumimos la calidad de tales.

En nuestro país, con la promulgación de la Ley de Protección al Consumidor, Decreto Legislativo N° 716, se trató de responder a la problemática mencionada. Sin embargo, para muchos no cumple a cabalidad con los objetivos trazados. La razón es quizás, la fundamentación, con la que se ha configurado.

Así existe una tesis liberal sobre protección al consumidor, fundamentadora del Decreto Legislativo N° 716. Esta, parte de una idea incompleta de lo que constituye el problema, tomando solamente en cuenta la existencia de una asimetría informativa entre la empresa y el consumidor. Si bien es cierto esta existe, sólo es parte del problema. Habrá que tener en cuenta la ventaja estratégica que mantiene la empresa, exacerbada no pocas veces, por la posición dominante en el mercado que ostenta. Esta apreciación se hace doblemente cierta en países como el Perú, en donde no existe una sociedad civil desarrollada. Por ello, el Estado no debe renunciar a cumplir una función protectora del consumidor, desde una visión integral de la economía.

Muy distante del pensamiento liberal - el cual señala que la libertad sólo es posible en una economía de mercado y, afirmando además que los derechos fundamentales que conocemos son producto de ella- , se tiene que la protección del consumidor- como eje del derecho del consumidor- , es instrumento importante para que el ser humano alcance un completo reconocimiento como persona. De allí que se pueda concluir que es la afirmación de los derechos fundamentales y, entre ellos el derecho que todo consumidor tiene como un aspecto importante, lo que en definitiva debe ser el eje central del derecho y no solo su aspecto económico.

Igualmente, existe una normatividad ligada a los organismos reguladores que también tienen como aspecto principal la protección al consumidor. Esta normatividad entonces se muestra como complementaria a la establecida en el Decreto Legislativo N° 716.

El problema entonces es analizar si el Decreto Legislativo N° 716, así como otra normatividad constituyen un solo sistema de protección al consumidor y si la respuesta a la anterior pregunta es positiva, preguntarnos complementariamente qué fundamentación tiene dicho sistema.

2.2. RELACION DE INTERROGANTES

El principal interrogante que plantea el problema de investigación es:

¿Existe un solo sistema de protección al consumidor en el Perú?

Asimismo se plantean las siguientes interrogantes secundarias:

- ¿Cuál es el fundamento principal del sistema de protección al consumidor en el Perú?

- ¿Qué normatividad se podría considerar como parte del Derecho del Consumidor?

- ¿Cómo se estructura la protección al consumidor en el derecho comparado?

3. FINALIDAD Y OBJETIVOS DE LA INVESTIGACION

3.1- FINALIDAD DE LA INVESTIGACION

La finalidad de la investigación es descartar o ratificar la existencia de un solo sistema de protección del consumidor en nuestro país, así como establecer su fundamento. Con esta perspectiva, se complementa lo anterior encontrando los aspectos a mejorar la normatividad referente a la protección al consumidor.

3.2. OBJETIVO GENERAL DE LA INVESTIGACION

El objetivo de nuestra investigación es analizar los criterios que encierra el Decreto Legislativo N° 716, así como los resultados en la protección del consumidor, así como aquellos criterios de otra normatividad que también tiene como objetivo la protección al consumidor.

3.3. OBJETIVOS ESPECIFICOS DE LA IVESTIGACION

Como objetivos específicos se tiene:

1. Contribuir al conocimiento de los principios que sustentan el derecho del consumidor en nuestro país.

2. Ofrecer un estudio crítico sobre los criterios aplicados en la resolución de las denuncias sobre protección al consumidor.

3. Ofrecer una visión de conjunto sobre qué normatividad constituye parte del derecho al consumidor.

4. Analizar el derecho del consumidor en el derecho comparado.

4. MARCO TEORICO REFERENCIAL

El análisis de los mercados ha sufrido no pocas transformaciones, desde su tratamiento por los economistas clásicos. A lo largo del siglo XIX, se terminó de configurar un modelo de análisis de mercado basado en la formación del precio en competencia perfecta, en oposición al monopolio, éste último denotando la ausencia de la mencionada competencia..

Así, el mercado de competencia perfecta es definido – según Raymond Barre, a quien seguimos en esta parte- , por la existencia de cinco rasgos o condiciones fundamentales [1] :

a) La atomicidad del mercado, con lo cual se alude a que tanto del lado de la oferta, como del de la demanda, existe un gran número de unidades económicas y ninguna de ellas posee una dimensión o una influencia suficiente para ejercer cualquier acción sobre la producción y los precios de la industria considerada;

b) La homogeneidad del producto, con lo que se manifiesta que en una industria todas las empresas componentes ofrecen unos productos tales, que los compradores los juzgan idénticos y homogéneos. Por tanto, no existe razón para preferir al producto de una empresa al de otra;

c) La libre entrada en la industria, con lo cual se alude a que quien quiera dedicarse a la producción de un determinado producto, lo puede hacer sin ninguna clase de

[1] Barre, Raymond: Economía Política. Tomo 1. Editorial Ariel. Octava edición. Barcelona 1975, pp.417 y ss.

restricción o impedimento. Las empresas componentes de la industria no pueden oponerse a la entrada de nuevos competidores. Asimismo, pueden obtener fácilmente los factores de producción que les sean precisos; [2]

d) La perfecta transparencia del mercado, es decir, todos los agentes participantes en el mercado tienen un conocimiento e información completas de todos los datos significativos del mercado;

e) Asimismo, como último requisito se menciona que existe, de industria a industria, una perfecta movilidad de los factores de producción.

Este modelo de mercado de competencia perfecta, evidenciaba soluciones importantes y satisfactorias no sólo frente al problema de la eficiencia sino también con respecto al poder económico, en una lógica impecable.

Barre - explicando la lógica impuesta por este modelo concurrencial - dice que en condiciones de competencia completa, la economía funciona con la mayor eficacia posible: “En efecto, ningún productor puede obtener ingresos actuando sobre el precio, sino solamente a través de reducciones en sus costes de producción. Allí en donde existen beneficios anormales la libertad de entrada permite aumentar la producción y bajar el precio. Toda modificación de los deseos de los consumidores se transmite a través de modificaciones en los precios de los bienes a los productores. Estas modificaciones repercuten sobre los precios de los factores de la producción, que son desplazados de ciertos empleos para adscribirlos a otros. La economía, en estas condiciones, no puede estar amenazada por un subempleo de los factores de la producción, ya que estos al ser fluidos, se desplazan de los sectores de la producción menos solicitados por los consumidores hacia zonas en donde la demanda aumenta; la competencia entre los diversos factores de la producción entraña la fijación de tipos de interés que sirve de remuneración a los que ahorran: un tipo de interés elevado aumenta el ahorro a expensas del consumo corriente, liberándose así, recursos aptos para su inversión”.

Asimismo, bajo condiciones de competencia perfecta el problema del poder económico se resuelve de manera satisfactoria: “Ninguna unidad económica dispone de la suficiente influencia para actuar sobre el mercado y los precios. No existe, pues, ni empleo de poder, ni mal uso del poder económico privado que, como vemos, en tales condiciones queda excluido. De ahí que resulte completamente inútil la existencia de un poder público con la misión de limitar o reglamentar el poder económico privado. Ya que la eficiencia del sistema económico puede alcanzar el máximo sin necesidad de la interferencia estatal, se debe, pues, presumir que toda intervención del gobierno reduciría la eficiencia del sistema”

El modelo de mercado de competencia perfecta es la consecuencia teórica económica del liberalismo como concepción, triunfante a fines del siglo XVIII, fruto a su vez, de una serie de acontecimientos económicos, sociales y políticos que se sucedieron

[2] Estas tres primeras condiciones- según el mismo Barre- definen la denominada “competencia pura”, pura de todo elemento de monopolio. Si a estas tres condiciones agregamos las dos siguientes estamos frente a la “competencia perfecta” o también “pura y perfecta”.

a partir del siglo XVI en Europa. Las trabas al desarrollo de la burguesía, harían que se configurara la doctrina liberal, planteando jurídica y económicamente, una irrestricta libertad para las transacciones. Es así también, como el sistema contractual, pasaría a constituirse "en el centro de todo régimen jurídico" [3] .

Como establece Diez Picazo, el contrato como acuerdo de voluntades, por medio del cual los interesados se obligan "... se convertirá en la institución central, en la piedra angular, no sólo del Derecho Civil, sino de todo ordenamiento jurídico. El ordenamiento jurídico es contemplado desde esta perspectiva, como una trama o una urdimbre de contratos que los particulares celebran. El Derecho es el reino del contrato, de manera que donde acaba el contrato acaba también el Derecho y comienza el reino de la arbitrariedad y de la fuerza. Las limitaciones a la libertad de contratar serán consideradas como "atentados a la libertad de la persona"". [4]

Dentro de esta perspectiva – entonces - , se proclama la abstención en la intervención del Estado y, el Derecho debe garantizar el libre consentimiento de los individuos en sus transacciones, quedando sujetos a su autonomía de la voluntad plena. [5]

No obstante que la competencia perfecta y su antípoda forma - el monopolio- serían por mucho tiempo modelos válidos de análisis, sus fundamentos se resquebrajarían finalmente.

Así, la lógica impecable del modelo de mercado de competencia perfecta, y sus hipótesis o condiciones, pronto se estrellaron frente al desarrollo del capitalismo,

[3] Vallespinos, Carlos Gustavo: El contrato por adhesión a condiciones generales. Editorial Universidad. Buenos Aires 1984, p.70

[4] Diez Picazo, Luis: Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Editorial Tecnos. Volumen Primero. Segunda reimpresión de la segunda edición. Madrid 1988, p 96. Este mismo autor seguidamente muestra las vinculaciones estrechísimas entre lo jurídico y económico, dadas en esa época: "Esta concepción moderna del contrato tiene su más profunda raíz y su más profundo fundamento en una serie de presupuestos ideológicos y sociológicos que conviene tener en cuenta y no perder de vista. El primero de estos presupuestos es el presupuesto económico de una economía liberal fundada en el lema del "laissez faire" y en la idea de que las leyes del mercado y el egoísmo individual actuando en el propio interés son, como dice Adam Smith, los mejores motores de la felicidad y de la prosperidad de las naciones. El segundo de los presupuestos ideológicos de la concepción moderna del contrato se encuentra en la idea de la sustancial igualdad de las partes contratantes. El contrato es el medio mejor de arreglo de los intereses privados porque es una obra común de los contratantes, que se encuentran en igual situación y en un mismo plano económico. Es un arreglo entre iguales. El tercero de los presupuestos ideológicos y socioeconómicos se encuentra en una época que rinde culto como ya hemos señalado a las ideas de la preponderancia de la libertad individual y que en definitiva es una época de predominio burgués sobre la economía. Puede decirse que esta concepción del contrato es un instrumento idóneo para un señorío de la burguesía sobre el mercado de capitales y de trabajo y, en definitiva, para un señorío sobre la economía considerada en su conjunto".(p.96- 97) .

[5] Como expresa Torres López "...en tales condiciones(de competencia perfecta) los bienes y factores productivos tienden a gravitar en torno a su mejor y más eficiente uso posible. Y bajo estas hipótesis se conoce que el Derecho debe limitarse exclusivamente a garantizar la seguridad y la libertad del mercado y no debe, por lo tanto, realizar más función de regulación o intervención. Desde la perspectiva neoclásica, en condiciones de competencia perfecta, alcanzada la eficiencia social mediante la búsqueda individual de la máxima eficacia, el Derecho no es más que una estructura redundante".(Torres López, Juan: Análisis Económico del Derecho. Editorial Tecnos. Madrid 1987, p.26) .

desluciendo el aspecto explicativo del modelo.

De modo tal que se señalan diversas críticas a los supuestos del modelo, originadas en la observación de la realidad, así como en la discusión misma de la noción de competencia.

Barre advierte que si bien los supuestos o condiciones del modelo de mercado de competencia perfecta se podían ajustar a grandes trazos, a la estructura de la economía del siglo XIX, con un capitalismo de pequeñas dimensiones, no tiene la más mínima relación con una actividad económica en la que la mayor parte de los sectores de la producción están dominados por un pequeño número de empresas. Se muestra lo que se denomina una "competencia entre pocos". La atomicidad del mercado así, queda seriamente afectada por la observación de la realidad.

Asimismo, los estudios sobre publicidad introducen la idea de la necesaria diferenciación de los productos y de toda la vida económica en la economía moderna.

Algo similar se puede manifestar sobre la condición del modelo referente a la libre entrada a la industria. Para Barre es suficiente enumerar las condiciones que requiere su cumplimiento para resaltar las limitaciones que encuentra en la realidad:

Es preciso, en primer lugar, que la inversión necesaria para el establecimiento de una empresa sea de pequeña magnitud para que los muchos que deseen entrar puedan obtener los fondos suficientes;

Es preciso que el aumento de la producción de la industria resultante de la entrada de un nuevo producto no tenga efectos perceptibles sobre los precios, de suerte que el empresario potencial no se vea desanimado por la creencia de un cambio en la situación existente con respecto al precio;

Todos los empresarios potenciales deben poder tener libre acceso a los factores de la producción, o sea que las empresas existentes no monopolicen ni controlen sus empleos;

No debe existir ninguna clase de impedimento artificial a la entrada de nuevos empresarios;

Los nuevos empresarios, por último, deben producir bienes idénticos a los obtenidos por las demás firmas.

Concluye diciendo Barre que "las grandes necesidades de capital fijo de muchas empresas, la realización de las inversiones a través de "bloques", la estrategia de las grandes empresas o patentes de utilización de procedimientos técnicos, son otros tantos factores que pueden hacernos ver cómo la libertad de entrada, en un gran número de casos, puede ser sólo una ilusión".

Por otro lado, la discusión sobre el mismo concepto de competencia también va a ser fuente de críticas al modelo de concurrencia. Por ejemplo, el concepto clásico de competencia excluye toda clase de "relaciones personales" que existen entre las dos partes que intervienen en el cambio. Hayek – citado por Barre- , por el contrario, manifiesta que en la vida real nuestro conocimiento insuficiente de las mercancías y servicios disponibles se ve compensado por la experiencia de las personas y de las

empresas que nos los suministran.

Asimismo, el concepto clásico de competencia elimina toda actividad por parte del sujeto económico, el cual se adapta pasivamente al precio. Sin embargo – según Francois Perroux, también citado por Barre- , el empresario es semejante al jefe de una unidad militar, en guerra, o si se prefiere una imagen pacífica, en maniobras; igualmente, cuando el empresario dirige una empresa de pequeñas dimensiones su reacción contra el medio es más decisiva que su adaptación al mismo. Concluye Barre que la empresa es activa y utiliza la coacción privada para aumentar la demanda dirigida a ella. Actúa sobre la parte del medio que es moldeable bajo impulso de su propia acción y soporta la acción del medio que es indeformable por su iniciativa.

De la misma manera, el concepto clásico de competencia elimina cualquier clase de ignorancia e incertidumbre. Sin embargo la vida económica está dominada por la incertidumbre.

Finalmente, en lo que respecta a la discusión del concepto en sí mismo de competencia, Barre manifiesta que el concepto clásico olvida el elemento temporal y confunde una situación de competencia realizada con un proceso de competencia. Analiza el estado del ajuste final de los datos y de las variables, pero no la forma a través de la cual se realiza dicho ajuste. Citando a Hayek señala que si el estado de los negocios, supuesto por la teoría de la competencia perfecta, no existió jamás, tampoco suponía el campo de actividades que describe el verbo “hacer competencia” lo que la convertiría virtualmente en imposible.

Todas las críticas anteriormente reseñadas llevaron indefectiblemente a un replanteamiento del modelo clásico de mercado y a la configuración de una noción moderna de competencia, la que puede caracterizarse por tres consideraciones:

Se establece que competencia y monopolio no son excluyentes, como afirmaba la teoría tradicional. Así, en la vida económica real se verifica la mezcla de ambos. En esta perspectiva se considera que no existen monopolios puros, vale decir, monopolios que no se encuentren sometidos, de una forma o de otra, a una competencia procedente del sector no controlado por el monopolista. Asimismo, la competencia pura sólo se daría cuando no existiese ningún elemento de monopolio, lo que en la realidad es una situación muy rara.

La competencia es multiforme, es decir, no se efectúa solamente por la mediación de los precios, sino también por la elección de los métodos de producción, por la selección de los productos, por una política de ventas y por una política de los factores de producción.

La competencia debe apreciarse más en función a los resultados que de ella derivan que de ciertas estructuras del mercado. La competencia –dice Barre- , puede ser “incompleta”, por el hecho de intervenir en ella un pequeño número de empresas, por la dimensión de las mismas y por el grado de concentración, no obstante importa, antes que nada, saber si los precios, la calidad y la cantidad de los productos son satisfactorias y si la amenaza de una competencia potencial queda preservada. Importa en definitiva, que la competencia funcione, que sea efectiva(workable competition) , planteamiento desarrollado por John Maurice Clark, que implica una concepción dinámica de la

competencia, en oposición al modelo estático tradicional.

El análisis de mercado tradicional que versaba sobre dos polos, uno de competencia perfecta y, el opuesto de monopolio, no se condecía con la realidad imperante, dándose mayormente situaciones intermedias a las cuales en conjunto se conocerán como "competencia imperfecta".

En el Derecho, a su vez, se comienza a resaltar la crisis por la que atraviesa el contrato. Así, Vallespinos, luego de enumerar una serie de circunstancias que habrían motivado dicho estado [6] , señala la posición crítica del contrato con relación a sus principios básicos y a su estructura. Puntualiza que si bien en la concepción clásica, la voluntad jurídica de los contratantes permitía considerar al contrato como la palanca suprema de la vida jurídica y social, esta condición de voluntariedad ha cedido ahora toda vez que el consentimiento ya no es el nervio del negocio. Además de la crisis del dogma de la voluntad contractual - afirma Vallespinos - , también ha sucumbido el otro dogma fundamentador del contrato, es decir, el equilibrio entre los contratantes: "Vale decir, estructuralmente el contrato está en crisis porque sus principios de libertad e igualdad presentan profundas alteraciones". [7] Será así que se presenten nuevas técnicas contractuales, como los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación, y luego, a través de estas la problemática del consumidor y el interés en su protección, dentro de la llamada contratación en masa.

Correspondientemente a la noción económica moderna de competencia, se acepta la intervención del Estado y por consiguiente del Derecho, para preservarla, obviamente sin cuestionar el sistema capitalista mismo. Así, se erige, por ejemplo, el llamado derecho de la competencia, que tiene dos vertientes. Por un lado, para preservar la competencia misma, como por ejemplo, mediante una adecuada legislación contra los abusos de posición de dominio en el mercado. Y, de otra, una legislación represora de aquellas conductas tipificadas como desleales entre competidores y contra el consumidor. [8]

[6] Vallespinos señala lo siguiente: "Las modificaciones política- económicas ocurridas desde fines del siglo pasado, las transformaciones del sistema de producción, la aparición de nuevas necesidades impuestas por el dinamismo contemporáneo, la intervención del Estado en las relaciones de los particulares, la creciente desigualdad de los sujetos, los avances tecnológicos, la explosión demográfica, la despersonalización del individuo, la concentración de grandes riquezas en manos de unos pocos, son algunas expresiones de este nuevo ámbito en el que debe desenvolverse el sistema contractual de nuestros días". En: Vallespinos, Carlos Gustavo: Ob. Cit., p. X.

[7] Vallespinos, Carlos Gustavo: Ob. Cit., p. 202

[8] Gutiérrez Camacho señala: "¿...qué significa competencia perfecta?. Según la teoría económica, se refiere a un mercado en el que ninguna empresa o consumidor es lo suficientemente fuerte para influir los precios del mercado. Sin embargo, sabemos que el mercado a veces nos abandona, que tiene "fallos" y que no siempre produce el resultado más eficiente. Entre los fallos más importantes, se encuentran la competencia imperfecta y las externalidades como la contaminación...En realidad, casi todos los empresarios son potencialmente competidores imperfectos. En su fuero interno todo empresario desea poder gobernar los precios, convertirse en un monopolio. El surgimiento del denominado Derecho de la Competencia, Derecho antitrust o antimonopólico, encuentra su explicación en esta realidad: la imperfección del mercado; precisamente en los EEUU es donde esta nueva disciplina ha hallado su mayor desarrollo."(Gutiérrez Camacho, Walter: "Economía de Mercado y Contratación" en: Contrato & Mercado. Gaceta Jurídica. Lima enero 2000, p.138)

Igualmente, se piensa en la protección del consumidor, reconociéndolo- en un primer momento- como "parte débil" en su relación contractual con la empresa, para luego afirmarse que existe una asimetría preferentemente de carácter informativa entre ambos sujetos económicos.

Sin embargo, también se presenta una posición distinta, lejos de la estrictamente liberal de la economía y del derecho, que en base de las críticas al modelo concurrencial(y al liberalismo) referidas anteriormente, llega a considerar que el mercado necesita una intervención más decidida del Estado. Si a esto se agrega, el pensar que es necesario una más equitativa distribución de la riqueza y que esta función no la cumple el mercado, se adopta en el siglo XX, una deliberada política de intervencionismo, y, como uno de sus pilares, se erige la protección del sujeto económico llamado consumidor en relación de la empresa, por una desventajosa posición estratégica.

Es así, como surge en las primera décadas del siglo XX, el Derecho Económico, que es definido como el derecho de la ordenación macroeconómica de un país y, cuyo aspecto instrumental es la intervención del Estado en la economía. [9] Asimismo, se originan otros derechos, como el Derecho Laboral, con un afán proteccionista del trabajador y de intervención del Estado en la relación laboral.

Desde esta perspectiva, la economía ya no es dejada a un desarrollo espontáneo, como sucede en una concepción de irrestricta economía de mercado. Lo que importa es la consideración de que el mercado debe ser encausado por una decidida intervención del Estado, el cual imprime una direccionalidad al desarrollo del mercado, siendo un aspecto fundamental la protección del consumidor.

Esta forma de concebir la economía, teniendo al Estado interviniendo en ella, con objetivos de crecimiento y desarrollo, sería cuestionada a fines del siglo XX. Desde una posición liberal, se criticó dicha intervención en la economía catalogándola de política ineficiente y avasalladora de lo que sería mejor para el individuo. Se habla de que estando en una etapa de la sociedad denominada postcapitalista o del conocimiento, lo lógico es que se replantearan los roles del Estado y de los protagonistas del mercado, señalándose que el Estado debe pasar a ser un garante de la concurrencia económica; empresarios en permanente competencia en base al poder que les brinda la información y la tecnología; y un consumidor protagonista en la realidad postinductrial. [10 0]

Las críticas y propuestas parecían totalmente consistentes si teníamos en cuenta

[9] Existen diversas definiciones de este Derecho. Así, Witker señala: "Conjunto de principios y de normas de diversas jerarquías sustancialmente de derecho público que inscritas en un orden público económico plasmado en la Carta Fundamental, facultan al Estado para planear indicativamente el desarrollo económico y social de un país"(Witker, Jorge: Derecho económico. Harla México 1985, p.9) ; Moore Merino a su vez: "...sin pretender definirlo en esencia, concibamos al Derecho Económico como el conjunto de principios jurídicos que informan y de disposiciones, generalmente de Derecho Público, que rigen la política económica estatal orientada a promover un más acelerado desarrollo económico"(Moore Merino, Daniel: Derecho Económico. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile 1962, p.37; Ulises Montoya Alberti plantea: "El Derecho Económico se presenta como una rama del Derecho, cuyos preceptos regulan la intervención del Estado en la Economía"(Montoya Alberti, Ulises: El Derecho Económico. Facultad de Derecho de la Universidad nacional Mayor de San Marcos. Lima 1988, p.111) .

[10 0] Vega Mere, Yuri: Consumidor, contrato y sociedad postindustrial. Universidad de Lima. Lima 1998, pp.41 y ss.

que en países como el nuestro se había ensayado una política intervensionista sin cumplir con los objetivos de desarrollo planteados. A esto se agregaría el derrumbe de los países socialistas que habían tenido como aspecto central la planificación estatal, es decir, una intervención aún más acentuada.

En nuestro país no fue ajeno el cuestionamiento a una política intervensionista del Estado, ensayándose a partir de 1990, un orden económico liberal, con privatizaciones y desregulaciones de la economía. Se comienza a señalar que el Estado debe intervenir no en el mercado sino para el mercado, para facilitar una solución de mercado. [11] 1

No obstante, lo propuesto no ha rendido sus frutos. Si bien la factibilidad de una economía de mercado generadora de eficiencia social y económica, es discutible en países desarrollados, lo es aún más en países como el nuestro con una democracia incipiente y por ende una ciudadanía débil, así como con una concentración de mercados(poca o ninguna competencia) consecuencia de nuestro escaso desarrollo.

Es necesario recordar lo dicho por Raúl Prebisch, cuando señala que podría admitirse que las leyes del mercado representan una solución racional, aunque circunscrita a los estratos favorecidos, pero en modo alguno racional desde el punto de vista colectivo. Igualmente, no puede hablarse de la soberanía del consumidor: “En un régimen de competencia nadie obliga a nadie a comprar lo que no quiere; se adquiere lo que se desea cuando hay medios para hacerlo. Pero lo que se quiere es, en gran parte, el resultado del arte de sugestión colectiva que se ejerce cada vez más, con el portentoso desenvolvimiento de los medios de comunicación y difusión social. ¡La soberanía dirigida!. Caso muy claro es éste de ambivalencia de la técnica, sirve para informar, pero al mismo tiempo para deformar. El carácter negativo de esa ambivalencia se opone al positivo en la soberanía del consumidor. Y no hay contrapeso alguno en los medios de difusión masiva al servicio de la sociedad de consumo”. [12] 2

La tesis liberal sobre protección al consumidor – fundamentadora del Decreto Legislativo N° 716- , parte de una idea incompleta de lo que constituye el problema, tomando solamente en cuenta la existencia de una asimetría informativa entre la empresa y el consumidor. Si bien es cierto esta existe, sólo es parte del problema. Habrá que tener en cuenta la ventaja estratégica que mantiene la empresa, exacerbada no pocas veces, por la posición dominante en el mercado que ostenta. Esta apreciación se hace doblemente cierta en países con el Perú, en donde no existe una sociedad civil desarrollada. Por ello, el Estado no debe renunciar a cumplir una función protectora del consumidor, desde una visión integral de la economía.

Muy distante del pensamiento liberal, el cual señala que la libertad sólo es posible en

[11] 1 Bullard González, Alfredo: “¡Firme primero, lea después! La contratación masiva y la defensa del consumidor” en: El Derecho Civil Peruano. Perspectivas y problemas actuales. Pontificia Universidad Católica del Perú. Primera edición. Lima 1993, p.16.

[12] 2 Prebisch, Raúl: Capitalismo periférico. Crisis y transformación. Fondo de Cultura económica. Segunda reimpresión de la primera edición. México 1987, p.16. El mismo autor agrega lo siguiente: “El mercado carece en rigor de horizonte social. En un sistema que tuviera ese horizonte, esto es, que resolviera con racionalidad colectiva el problema de acumulación y al mismo tiempo redujera progresivamente las grandes desigualdades distributivas de carácter estructural, el mercado podría llegar a ser un mecanismo eficiente”.(p.16) .

una economía de mercado y, los derechos fundamentales que conocemos son producto de ella, se tiene que la protección del consumidor- como eje del derecho del consumidor- , es instrumento importante para que el ser humano alcance un completo reconocimiento como persona. De allí que se pueda concluir que es la afirmación de los derechos fundamentales y, entre ellos el derecho que todo consumidor tiene como un aspecto importante, lo que en definitiva debe ser el eje central del derecho y no solo su aspecto económico.

5. FORMULACION DE HIPOTESIS

5.1. HIPOTESIS:

Existe un solo sistema de protección al consumidor en el Perú, siendo el Decreto Legislativo N° 716 y otras partes del ordenamiento jurídico nacional, complementarios.

5.2. VARIABLES

Nuestras variables son:

a) Variables Independientes:

- Aplicación del Decreto Legislativo N° 716.

- Aplicación de otra normatividad complementaria.

b) Variable Dependiente:

- Un solo sistema de protección al consumidor en el Perú.

6. METODOLOGIA DE LA INVESTIGACION

6.1. TIPO DE ESTUDIO

La investigación planteada se inicia con un carácter histórico – descriptivo, en cuanto a la configuración de sus fundamentos y la enunciación del derecho al consumidor.

Asimismo, se hace un recuento de la normatividad respectiva, en lo internacional comparado y en el ámbito nacional.

Igualmente, pensamos que la investigación planteada, tienen finalmente un carácter explicativo, para así alcanzar un nivel de propuesta para un mejor tratamiento de la protección al consumidor.

6.2. UNIVERSO Y MUESTRA

Se define como universo para la investigación, el conjunto de procedimientos iniciados ante la Comisión de Protección al Consumidor y los organismos reguladores. Asimismo, al conjunto de resoluciones dadas en la Comisión mencionada y Tribunal del INDECOPI.

6.3. TECNICAS DE RECOLECCION DE DATOS

La naturaleza de la investigación hace que en un primer momento, hagamos una recopilación bibliográfica y hemerográfica de toda aquella normatividad referente al derecho del consumidor.

Asimismo, también tendremos que iniciar una recolección de datos estadísticos sobre los procedimientos iniciados ante INDECOPI, en lo que respecta a la Comisión de

Protección al Consumidor. Igualmente, necesitamos datos sobre los procedimientos iniciados ante los organismos reguladores.

Igualmente, es necesario hacer un análisis de contenido en cuanto a las resoluciones de los casos presentados, a fin de obtener los criterios preponderantes utilizados por la instancia administrativa.

CAPÍTULO I: ECONOMÍA Y DERECHO

1. INTRODUCCIÓN

No hay que ser demasiado perspicaz para darse cuenta, que la época en que vivimos, es una de cambios profundos y trascendentales, en todo orden de aspectos.

Sin embargo, esa no es la diferencia fundamental con otras épocas, en las que también se han registrado trastocamientos traumáticos en la sociedad. Lo fundamental actualmente es lo vertiginoso de los cambios producidos, el aceleramiento de los mismos, la infinitud que nos agobia.

Diez Picazo [13] [3] - citando a Roger Garaudy - caracteriza a la revolución contemporánea, como una etapa decisiva en la conquista de los tres infinitos.

Se encuentra, en primer lugar, el nivel de lo "infinitamente pequeño", es decir, el dominio de la energía atómica, que abre la era de una desintegración controlada de la materia, poniendo en manos del hombre unas posibilidades sin límites, de riqueza y de poder.

En segundo lugar, se encuentra el nivel de lo "infinitamente grande", constituido por las primeras exploraciones cósmicas, abriendo un horizonte sin fin a las transformaciones

[13] [3] Díez Picazo; Luis: Experiencias jurídicas y teoría del derecho. Editorial Ariel. Madrid 1973, p. 301.

de la humanidad.

Y por último, se encuentra el nivel de lo "infinitamente complejo", representado por la revolución cibernética, la de los ordenadores, la automatización de la producción y la informática, supliendo de modo tal los cálculos humanos, que el cerebro del hombre se libera, quedando directamente dedicado a la función creadora, engrandeciéndola.

Hay, consecuentemente, un cambio en la propia cotidianeidad del ser humano. Sus actividades laboral, intelectual, de consumo, entre otras, se transforman radicalmente. Las relaciones humanas se alteran ante los cambios rotundos, la forma de vivir se trastorna.

Como apreciamos, lo científico y tecnológico es el elemento central en la conquista de los tres "infinitos" mencionados. El progreso científico ha traído, sin duda, una solución a los múltiples problemas del hombre, pero, paradójicamente, le ha creado otros, de muy difícil solución. Si bien es cierto, por ejemplo, el dominio de la energía atómica ha permitido que reemplace al carbón o al petróleo en la generación de energía eléctrica, o que también sea aprovechada para la creación de materiales nuevos, asimismo ha sido fuente de peligros inocultables, como daños en el ambiente e inclusive el peligro de una guerra nuclear.

Algo similar se puede decir, específicamente, en cuanto a la informática, dentro del nivel de lo infinitamente complejo. No se puede negar - aquí también - que ha logrado que el hombre posea más tiempo para su actividad creativa, pero, también se ha gestado el peligro, que se pueda ejercer un poder sobre las personas, afectando sus derechos fundamentales.

Sería un error analizar los cambios en la sociedad contemporánea de una manera unidimensional, teniendo sólo como eje dinamizador a lo científico y tecnológico. Los cambios tecnológicos, no son sino parte del conjunto de transformaciones sociales globales, y su comprensión pasa por observar aquel conjunto como un todo, cuyos elementos integrantes se concatenan e interinfluencian recíprocamente.

Por ejemplo, el uso de la informática se ha generalizado, como consecuencia de los cambios profundos en la producción, circulación y consumo de los bienes y servicios, reactuando a su vez, la propia informática, sobre los cambios mencionados.

Se habla así, que asistimos a la tercera revolución industrial y sus tendencias básicas como la desmasificación y desmaterialización de la producción y circulación de las mercancías, del dinero, del trabajo, utilización intensiva del recurso conocimiento e información, entre otras.

Las estructuras de las grandes empresas son transformadas, para dar paso a estructuras pequeñas y medianas, de un más fácil manejo, debido a las redes informáticas que permiten su enlace inmediato. De lo que se trata es de reducir los costos administrativos que conllevaba la conducción de las grandes compañías. Nelson Manrique complementa lo dicho así: "Llegado a un determinado punto, los ahorros que permiten las economías de escala se anulan debido al incremento de los costos administrativos aparejados al crecimiento de una frondosa burocracia - demandada a su vez por la complejidad de la estructura productiva que es necesario coordinar - , el

aumento del tiempo requerido para poner las mercancías en circulación, así como por la dificultad para adecuarse a los cambios en la demanda, debido a la lentitud y la falta de reflejos de estos sistemas paquidérmicos, que impide responder con la celeridad debida a las señales que emite el mercado". [14] 4

A su vez, lo anterior supone, un nuevo tipo de trabajador, con mayor preparación, que sea capaz de llevar a cabo una diversidad de tareas, específicamente, que manejen toda la tecnología relacionada con la informática. El conocimiento se vuelve la clave de toda la nueva estructura productiva. Se desmasifica el trabajo, volviéndose un privilegio de los mejor preparados, indispensables en la organización de la producción. [15] 5 Las empresas de punta - señala Manrique - en los distintos sectores productivos, emplean cada vez, un menor número de trabajadores. Esta es una tendencia similar a la que produjo hace doscientos años la introducción de la máquina de vapor. La reducción actual responde a la alta productividad de los trabajadores, debido a su alta calificación. Gracias a ella, son mejor remunerados y constituyen el activo económico fundamental de la empresa. Los activos fijos(local, equipos de cómputo, instalaciones, infraestructura de comunicaciones) no sirven gran cosa sin el conocimiento, que es hoy el factor fundamental de la producción y que, por una parte, es intangible y, por otra, no es separable de los hombres y mujeres que lo portan. [16] 6 Otra tendencia básica, subyacente de esta llamada tercera revolución industrial, es la desmaterialización del dinero. Las transacciones se realizan, por medio de impulsos electrónicos, de carácter intangible, evidentemente. El papel moneda es reemplazado por los mencionados impulsos electrónicos, dinamizando el consumo. Se aceleran las transacciones y se dinamiza el mercado. Relacionado con esto, es lo que Bill Gates llama un "capitalismo libre de fricción", es decir, un mercado en donde cada comprador conoce el precio de cada

[14] 4 Manrique, Nelson: La sociedad virtual y otros ensayos. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Lima 1997, p 53.

[15] 5 Al respecto es particularmente importante lo dicho dramáticamente por Viviane Forrester: “La ferocidad social siempre existió, pero con límites imperiosos porque el trabajo realizado por la vida humana era indispensable para los poderosos. Ha dejado de serlo; al contrario, se ha vuelto embarazoso. Los límites se borran ¿Entiende el lector lo que significa esto?. La supervivencia de la humanidad en su conjunto nunca estuvo tan amenazada. Por más que a lo largo de los siglos haya reinado la barbarie, hasta ahora el conjunto de la humanidad tenía una garantía: era esencial para el funcionamiento del planeta, la producción, la explotación de los instrumentos de la ganancia de los cuales formaba parte. Eran otros tantos elementos que preservaban su vida.... La relación de fuerzas, hasta ahora siempre latente, se anula. Las defensas desaparecen. Las vidas han perdido utilidad pública. Ahora bien, se las evalúa justamente en función de su utilidad para una economía que se ha vuelto autónoma. Así se advierte donde acecha el peligro, aún virtual pero absoluto. En el curso de la historia la condición humana muchas veces recibió peores tratos que ahora, pero eso sucedía en sociedades que necesitaban a los seres vivos subalternos. Esto ya no es así. Por eso se vuelve tan grave- en la democracia, en tiempos en que se posee la experiencia del horror y, como nunca antes, los medios para ser socialmente lúcido-, sí, gravísimo observar el rechazo inexorable de quienes ya no son necesarios, no para los demás hombres sino para una economía de mercado en la que han dejado de constituir una fuente potencial de ganancias. Y se sabe que no volverán a serlo”.(Forrester, Viviane: El horror económico. Fondo de Cultura Económica. Primera edición – octava reimpresión Buenos Aires 1997, pp.148- 149) .

[16] 6 Manrique, Nelson: Ob. Cit., p. 50

vendedor y cada vendedor conoce lo que cada comprador esta dispuesto a pagar, y por tanto, todos tienen la posibilidad de tomar decisiones plenamente informadas, distribuyéndose eficazmente los recursos de la sociedad. Esto es posible con el uso de internet, como un gran mercado electrónico. [17] 7

El conocimiento y la información se vuelven elementos claves dentro de las referidas transformaciones sociales globales. El desarrollo de la electrónica procuró el avance en las ciencias de la información y de las comunicaciones. [18] 8 Dos tendencias impactan socialmente en este campo, siendo confluyentes. Por un lado, la reducción a su mínima expresión de los elementos electrónicos, de modo que los aparatos configurados de tal naturaleza, sean físicamente más pequeños, manejables y accesibles económicamente para las personas, aunque de la misma manera más complejos y numerosos sus usos potenciales. Por otro, la de multiplicar incesantemente los beneficios que puede obtener el ser humano al aprovecharse de las máquinas, las cuales, además, son cada vez, más fáciles de operar. Ambas tendencias confluyen en la automatización, vale decir, en la fabricación de máquinas que realizan operaciones simples o complejas, intelectuales o manuales, sin intervención del ser humano.

Pero – como se ha dejado indicado anteriormente - , no sólo se han trastocado las condiciones materiales del hombre, sino también ha habido, una radical transformación en el sistema de creencias, de convicciones o de ideas. No sólo se trata de un cambio ideológico político, sino de lo que piensa o cree la sociedad en la cotidianeidad.

Es así como, por ejemplo, para algunos, la antinomia entre liberalismo y socialismo, como explicaciones de la sociedad surgidas con la modernidad, dan paso a una conciliación teórica e integrada de sus elementos fundamentales. Igualmente, en la cotidianeidad, existen aspectos que antes eran impensables, como por ejemplo, la aceptación de la homosexualidad, así como un reconocimiento y promoción de los derechos de la mujer, cada vez mayor.

Frente a lo anterior, se presenta la necesidad de explicaciones sobre lo que acontece, de darle un orden a lo que viene ocurriendo, de otorgar nuevos roles y funciones a las organizaciones e instituciones sociales. Así, Francis Fukuyama hablará del “fin de la historia”, para señalar no que la sucesión de acontecimientos ha llegado a su fin, sino que la historia entendida como un proceso único, evolutivo, coherente, ha llegado a su máximo. Para Fukuyama, esto implica la aceptación de que con la democracia liberal, la humanidad ha alcanzado una forma de sociedad que satisface sus anhelos más profundos y fundamentales. [19] 9

Igualmente, Alvin Toffler acuña la frase “la tercera ola” [20] 0; Peter Drucker, el término

[17] 7 Gates, Bill: Camino al futuro. McGraw- Hill. Segunda edición. Colombia 1997, p.171.

[18] 8 Ortiz Caballero, René: El derecho en la sociedad postmoderna. Biblioteca del derecho contemporáneo. Pontificia Universidad Católica del Perú. Vol. 1. Fondo Editorial. Lima 1996, pp.42 y ss.

[19] 9 Fukuyama, Francis: El fin de la historia y el último hombre. Editorial Planeta. Barcelona 1992, pp.12. Del mismo autor, igualmente, se pueden consultar: Confianza(Trust) . La situación del hombre en el fin de la historia, Editorial Atlántida. Buenos Aires 1995; La gran ruptura. La naturaleza humana y la reconstrucción del orden social. Editorial Atlántida. Buenos Aires 1999.

"sociedad postcapitalista" o "sociedad del conocimiento" [21] [1] Jean Francoise Lyotard, "sociedad informatizada" [22] [2] Cada una de estas frases, resalta un elemento que caracterizaría a la sociedad actual.

En este contexto, cabe preguntarse, qué rol le cabe al Derecho en estas transformaciones producidas y cuál es en definitiva, la forma que adopta la relación cambio social – cambio jurídico.

2. CAMBIO SOCIAL Y CAMBIO JURÍDICO

No es propósito de este apartado tratar todos los aspectos que encierra la relación planteada. Sólo importa el resaltar su importancia, inestimable en la época moderna. [23] [3]

[20] [0] Toffler, Alvin: La Tercera Ola. Editorial Plaza & Janés 1993. Para este autor la "tercera ola" es un término necesario para referirse a la circunstancia actual: "La Humanidad se enfrenta a un salto cuántico hacia delante. Se enfrenta a la más profunda conmoción social y reestructuración creativa de todos los tiempos. Sin advertirlo claramente, estamos dedicados a construir una civilización extraordinariamente nueva. Este es el significado de la tercera ola". Más adelante precisará: "La especie humana ha experimentado hasta ahora dos grandes olas de cambio, cada una de las cuales ha sepultado culturas o civilizaciones anteriores y las ha sustituido por formas de vida inconcebibles hasta entonces. La primera ola de cambio- la revolución agrícola- tardó miles de años en desplegarse. La segunda ola- el nacimiento de la civilización industrial- necesitó sólo trescientos años. La Historia avanza ahora con mayor aceleración aún, y es probable que la tercera ola inunde la Historia y se complete en unas pocas décadas... La tercera ola trae consigo una forma de vida auténticamente nueva basada en fuentes de energía diversificadas y renovables; en métodos de producción que hacen resultar anticuadas las cadenas de montaje de la mayor parte de las fábricas; en nuevas familias no nucleares; en una nueva institución, que se podría denominar el "hogar electrónico"; y en escuelas y corporaciones del futuro radicalmente modificadas. La civilización naciente escribe para nosotros un nuevo código de conducta y nos lleva más allá de la uniformización, la sincronización y la centralización, más allá de la concentración de energía, dinero y poder"(p.26) . Del mismo autor puede revisarse: El "Shock" del Futuro. Editorial Plaza & Janés.

[21] [1] Druccker, Peter: La sociedad postcapitalista. Grupo Editorial Norma. Bogotá 1994. En este libro el autor dice: "No será una sociedad anticapitalista. No será ni siquiera no- capitalista. Las instituciones del capitalismo sobrevivirán aun cuando algunas, por ejemplo, los bancos, puedan desempeñas papeles muy diferentes. Pero el centro de gravedad de la sociedad postcapitalista- su estructura, su dinámica social y económica, sus clases sociales y sus problemas- son distintos de los que dominaron durante los últimos 250 años y definieron las cuestiones en torno a las cuales cristalizaron los partidos políticos, los grupos sociales, los sistemas de valores de la sociedad, los compromisos personales y políticos...El recurso económico básico...Es y será el conocimiento..."(p.8) .

[22] [2] Lyotard, Jean Francoise: La condición postmoderna. Informe sobre el saber. México D.F., REI México 1993, p.13.

[23] [3] Yehezkel Dror señala: "Los diversos aspectos de la relación entre derecho y cambio social plantean algunos desafiantes problemas, de gran significancia para un entendimiento del rol del derecho en las sociedades modernas. Estos aspectos incluyen nuevos modos de cambiar el derecho, lagunas en el desarrollo del derecho que va detrás del cambio social, el uso del derecho como mecanismo para inducir el cambio social y otros".(Dror, Yehezkel: "Derecho y cambio social" en: Zolezzi Ibarcena, Lorenzo: Introducción a la Sociología del Derecho. Materiales de Enseñanza. Pontificia Universidad Católica del Perú. Programa Académico de Derecho. Lima 1970, p.331) .

Para W. Friedmann [24] [4] hablar de la relación o interrelación entre los cambios sociales y el derecho o teoría de los cambios jurídicos, es cada vez de una mayor importancia. Según este autor, en la historia del pensamiento jurídico se viene repitiendo la controversia entre quienes creen que el derecho debe, esencialmente, seguir y no guiar, y que debe hacerlo con lentitud, en respuesta a un sentimiento social claramente formulado, y aquellos otros quienes creen que debe ser un agente decidido en la creación de nuevas normas. Pone como ejemplo de esta discusión, los puntos de vista contradictorios de Savigny y Bentham [25] [5]

Para Savigny - nos dice Friedmann - , el derecho "se encuentra", no "se hace": "Sólo cuando la costumbre popular, articulada en parte por los jurisconsultos, se ha desarrollado plenamente, puede y debe entrar en acción el cuerpo legislativo. Savigny condenaba en particular la tendencia a la codificación del derecho, inaugurada por los códigos napoleónicos y rápidamente propagada por el mundo civilizado".

Bentham, por su parte, "fervoroso creyente en la eficacia de las leyes reformadoras, dedicó gran parte de su vida a redactar códigos para gran número de países(...) Fue la filosofía de Bentham y la de sus discípulos la que convirtió el Parlamento inglés – y las instituciones análogas de otros países – en instrumentos legislativos activos que efectúan reformas sociales, en parte como respuesta a necesidades sociales sentidas y en parte estimulándolas".

Friedmann concluye - en relación a este debate - diciendo que la teoría de Savigny "es hoy un tema histórico, excesivamente fuera de tono con las condiciones fundamentales de la sociedad moderna para que constituya un motivo serio de discusión".

El autor citado, señala el carácter activo del derecho cuando especifica lo siguiente: "Actualmente, los cuerpos legislativos trabajan activamente en todas partes, flanqueados por una multiplicidad de organismos administrativos por un lado, y por una diversidad de instituciones judiciales por el otro. Moldean y reglamentan activamente el campo de acción de las empresas de negocios, así como las relaciones de propiedad de las familias y hasta los hábitos de crianza de los niños. La legislación sobre los contratos de arrendamiento y de compra afecta poderosamente a los hábitos del comprador, mientras que la legislación sobre zonificación y planeamiento urbano tiene una influencia decisiva sobre la propiedad territorial y otros derechos de propiedad. Una sociedad altamente urbanizada y mecanizada, en que un gran número de personas viven estrechamente juntas y dependen cada vez más las unas de las acciones de las otras y del abastecimiento de mercancías que está fuera de su propia esfera de control, ha conducido a un papel cada vez más activo y creador de los instrumentos deliberadamente legislativos del Estado". [26] [6]

En definitiva, Friedmann asume el derecho como un flexible instrumento de orden

[24] [4] Friedmann, W.: El derecho en una sociedad en transformación. Fondo de Cultura Económica. México 1966, p.12.

[25] [5] Ob. Cit, p.21.

[26] [6] Ob. Cit., pp.22- 23.

social, que depende de los valores políticos de la sociedad que pretende gobernar. El derecho – desde esta perspectiva - es un reflejo de la sociedad a la que trata de poner orden. Hay consiguientemente, una interrelación entre la evolución social y lo jurídico en esta concepción.

Por otro lado, Diez- Picazo centra la relación cambio social- cambio jurídico, en la formulación de dos interrogantes. La primera: ¿De qué manera repercute un cambio social en el ordenamiento jurídico? o también ¿Cambia o no cambia y cómo cambia el orden jurídico como consecuencia de la transformación social?. La segunda: ¿En qué medida un cambio jurídico es un vehículo o un instrumento idóneo para operar una reforma social?. [27] 7

Frente a la primera pregunta – nos dice - , cabe una respuesta negativa, aunque esta a su parecer resulta insostenible, lo mismo como experiencia histórica que como posición ontológica: “Puede expresar una aspiración o un deseo de un grupo o, incluso, de la comunidad entera, en un momento histórico, pero nada más”. [28] 8

El problema, como manifiesta el autor español, no es si el ordenamiento jurídico cambia o no cambia, sino cómo cambia y qué es preciso que ocurra para que cambie. Para responder a esta última pregunta es necesario tomar partido por un concepto de derecho.

Así, Diez Picazo manifiesta que si consideramos las normas como puros mandatos de validez general, una transformación social no traerá como consecuencia un cambio en el ordenamiento jurídico. Desde esta perspectiva, el cambio jurídico se plantea así como un problema de cambio político. Por el contrario, si el derecho es la experiencia vivida, la experiencia existencial de una serie de decisiones justas sobre casos concretos y las normas no son formulaciones de validez general, sino, pistas que ha de seguir la investigación o la búsqueda, la cuestión cambia de signo.

Más adelante el autor español agrega: “El cambio social no es sólo el motor de un eventual cambio legislativo. No actúa sólo sobre los componentes del poder legislativo, sino que, precisamente porque es cambio social, incide en la sociedad entera, imponiendo mediante la cooperación de todos un continuado reajuste de la vida jurídica. La vida jurídica espontánea reacciona casi de inmediato, porque su sensibilidad es infinitamente mayor. Reacciona creando sus propios cauces de operatividad y sus propios instrumentos(contratos atípicos, nuevas formas de documentación, etc.) . La llamada aplicación del derecho, y en definitiva todo el fenómeno interpretativo, reaccionan más lentamente, pero reaccionan también.”.

Y luego el autor citado concluye: “Aunque encuentre cierta resistencia, el ordenamiento jurídico se hace eco del cambio social y lo refleja. El cambio social, bien sea un cambio tecnológico, bien sea un cambio ideológico, determina un cambio en el ordenamiento jurídico. No es que el ordenamiento jurídico deba cambiar. Es que ha cambiado ya. Cuando el legislador acomete una reforma, cumple una función notarial:

[27] 7 Ob. Cit.,p.302 y ss.

[28] 8 Ob. Cit., p.307.

constata o da fe de algo que ha ocurrido ya. Y cuando el legislador permanece inmóvil, no hace otra cosa que facilitar los instrumentos espontáneos de reajuste de la vida social(interpretación de readaptación) ".[29] [30]

Como se puede apreciar, en la perspectiva esbozada anteriormente, cumple papel central la llamada interpretación adaptadora o función de reajuste del ordenamiento jurídico. Esta interpretación adaptadora se basa – según el autor español y de lo cual se participa – en una tipología del cambio social. Los tipos más sobresalientes dentro de los múltiples a considerar son: un cambio constitucional o político, cambio legislativo, cambio tecnológico, cambio ideológico y finalmente, cambio en la dinámica económica.

El cambio constitucional o político es la implantación de un orden político nuevo o de una nueva constitución, lo que impone la necesidad de contemplar con una nueva carga de sentido el resto del ordenamiento jurídico o algunas partes del mismo. Por ejemplo, en nuestro país, la Constitución de 1993 al efecto, patentiza un orden económico distinto al incorporado en la Constitución de 1979 derogada. Esto sin lugar a dudas, obedece a un nuevo momento político, con la aparición de diversos actores sociales con opciones económicas distintas a las de dos décadas atrás. Este nuevo régimen económico incorporado, tiene particular importancia, porque obliga a una diversa interpretación de las normas existentes y el desarrollo de otras. Así, en la Constitución de 1979, si bien es cierto existía una mención en el art.110° al derecho de los consumidores, no era tratado con la amplitud y la consistencia y sentido de la verificada en la Constitución vigente. Este distinto tratamiento obliga a una relectura de todo el ordenamiento jurídico pues implica el adoptar como principio expreso la defensa de los intereses del consumidor.

En segundo lugar, el cambio puede ser también legislativo. Aquí lo que se trata de saber es que, producido un cambio legislativo en una determinada zona del ordenamiento jurídico, el nuevo criterio que a través de tal norma se traduce, debe o no influir en otras zonas aunque de manera directa no guarden con aquella una especial relación. Un ejemplo de cambio legislativo es el dado a raíz de la promulgación del Decreto Legislativo N° 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, en 1991, en donde se prescribía expresamente que el Estado garantizaba la libre iniciativa privada y que la

[29] Ob. Cit., p.319.

[30] A conclusiones semejantes se puede arribar si tomamos en cuenta la teoría tridimensional del derecho. Así, Carlos Fernández Sessarego señala que: "La vida humana social y los valores representan el elemento dinámico del Derecho, los que al entrar en erosionante conflicto con las normas legales, impulsan y obligan a su revisión y modificación..."(Derecho de las Personas. Librería Studium S,A, Lima 1986, p.6) . Este mismo autor, en su tesis presentada en 1950 concluía que: "...el objeto del Derecho es así, conducta humana- vida viviente- en su relación intersubjetiva- coexistencia, mentada por normas coercitivas- representación intelectual de la conducta- que realiza o deja de realizar determinados valores comunitarios"(El Derecho como Libertad. Librería Studium. Lima 1987, p. 97. Similarmente es la explicación de Miguel Reale: "...el Derecho se caracteriza por su estructura tridimensional en la cual hechos y valores se dialectizan, esto es, obedecen a un proceso dinámico..."(Introducción al Derecho. Editorial Pirámide. Madrid 1984, p.71) . Sobre el particular, Domingo García Belaunde señala que hay que distinguir entre experiencia jurídica y norma. Advierte que en la experiencia jurídica si se puede encontrar la tridimensionalidad expresada, pero en la norma no. Refiere que la norma como entidad formal es diferente a sus supuestos y a los fines que persigue.(Conocimiento y Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 1982, p.34- 35) .

Economía Social de Mercado se desarrollaba sobre la base de la libre competencia y el libre acceso de la actividad económica. Asimismo, en el Decreto mencionado, es conceptuada la libre competencia en el sentido que implica que los precios en la economía resultan de la oferta y la demanda, de acuerdo a lo dispuesto en la Constitución y las leyes. Esta norma significó un trastocamiento profundo en lo que respecta a lo preceptuado en la Constitución de 1979, ya que atendía a la instauración de un orden económico distinto. Lo cierto fue que sirvió de punto de partida para un cambio general que vería su culminación en la elaboración de la Constitución vigente, donde se consagró lo preceptuado en el Decreto Legislativo mencionado. La coherencia que debe guardar todo ordenamiento jurídico obligó a que en definitiva se incorporara este cambio en la nueva Constitución de 1993.

Asimismo, el cambio también puede ser tecnológico o técnico- científico. Un cambio de este tipo – nos dice Diez Picazo - en su incidencia en el ordenamiento jurídico, provoca la aparición de un supuesto de hecho enteramente nuevo respecto del cual falta una normativa y por consiguiente se configura una laguna legal. Por ejemplo, los avances en genética e informática han traído como consecuencia nuevas situaciones que el derecho tiene que dar respuesta. Así, la manipulación genética puede conllevar un atentado contra la identidad del ser humano. Igualmente, la informática y la facilidad para el acopio de datos personales, pueden dar origen a un atentado a la intimidad de la persona. Todas estas situaciones novedosas han conllevado una rápida adaptación del ordenamiento jurídico civil y penal para afrontarlas.

El cambio ideológico también influenciará en el derecho. Sólo bastará – como se ha mencionado en líneas anteriores – hacer referencia a la promoción de los derechos de la mujer, entre ellos, la participación política, en tanto se ha establecido en nuestro país un porcentaje obligatorio de presencia de mujeres en las listas parlamentarias.

Finalmente, el cambio en la dinámica económica y su incidencia en el ordenamiento jurídico, va a estar evidenciado en la presencia de la estandarización de la producción de bienes y servicios y en la consiguiente estandarización de relaciones jurídicas. Esto es parte de lo que se conoce como contratación en masa, que ha resquebrajado los conceptos emanados de la teoría del contrato como simple acuerdo de voluntades.

Toda la tipología del cambio social esbozada por Diez Picazo, no hace sino confirmar la tesis de que el cambio social influencia determinantemente en el ámbito jurídico. Sostener lo contrario, resulta poco menos que absurdo.

Pero, resulta más significativo dar respuesta a la segunda pregunta planteada por el autor español antes citado: ¿Son las normas jurídicas vehículos idóneos para promover o acelerar el cambio social?.

Dos tesis contrarias pueden dar respuesta a la anterior interrogante. La primera tiene como criterio que la norma jurídica constituye un instrumento válido para la reforma social. Desde esta perspectiva, el legislador posee dotes de dirección en la transformación de una sociedad. Y según la tesis contrapuesta, la ley no es sino un reflejo de la transformación que se ha efectuado en la estructura social. Desde esta perspectiva, la ley es inútil en la generación de un cambio.

Diez Picazo concluye en referencia a este punto diciendo que las experiencias

históricas son quizá más favorables a la última tesis que a la primera: "...me parece que toda ley y todo legislador está sometido a unas ciertas coordenadas de obedecibilidad "de facto" y que por consiguiente, fuera de ellas, la ley es inútil como instrumento de transformación. En cambio, si el legislador está atento a los signos de los tiempos y se pliega a ellos, la ley que se inscribe en la corriente de estos signos cumple un papel importante como instrumento de dinamización del cambio. Una ley contribuye siempre a crear unos hábitos y unas estructuras mentales mediante las cuales el cambio es favorecido". [31] 1

Tanto, en lo que manifiesta Friedmann como en lo señalado por Diez Picazo, hay unanimidad en el aceptar que el derecho va a estar influenciado decididamente por el cambio social. Asimismo coinciden en que el derecho tiene una incidencia limitada como instrumento de ordenación social.

Si bien, sobre el primer punto no hay mayor aspecto que discutir, sí es necesario puntualizar los alcances de esa incidencia limitada como instrumento de ordenación social, que es el derecho. El derecho se adecuará a ciertas coordenadas existentes en la realidad social, y esta consonancia será indispensable para que sea un instrumento útil. Asimismo, dichas coordenadas harán que el derecho tenga un papel preponderante en la aceleración de los cambios o, mantenga un discreto rol en la dinámica social.

3. ECONOMÍA Y DERECHO

Tiene particular interés relacionar economía y derecho [32] 2, más concretamente, cómo la dinámica económica influencia en el derecho y a su vez si éste último tiene alguna incidencia en la primera. Sin duda lo expuesto en el anterior apartado, referido a todo cambio social- dentro del cual se encuentra el fenómeno económico- , puede resultar

[31] 1 Ob. Cit., p.321.

[32] 2 Francesco Carnelutti señalaba que: "...cuando se intenta averiguar qué es el Derecho nos encontramos forzosamente ante la necesidad de tener que estudiarlo en relación con la economía"(Citado por Sergio Correa Reyes en: "Derecho Agrario" artículo publicado en: Revista de Derecho Económico. Año VI N° 23- 24. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago de Chile. Abril- Octubre 1968. Con esta referencia el autor italiano ponía en consideración que, en la sociedad contemporánea, existía una preferente determinación económica en la configuración de lo jurídico. Asimismo, sobre el importante papel del derecho como ordenador social señala: "...podríamos decir que la economía es el reinado del yo, es decir, del egoísmo. El de la economía es el terreno en el cual se encuentran los diversos egoísmos, de los hombres lo mismo que de los pueblos. Por eso, en sí y por sí, es el reinado del desorden...Para poner orden en el caos económico y hacer de ese modo que los hombres vivan en paz, es necesario sustituir el egoísmo por el altruismo, el yo por el tú. Si la economía es el reinado del yo, el reinado del tú es la moral...Si el amor no germina en la tierra, hay que encontrarle un sucedáneo...Preciso es inventar algo que consiga, respecto de la economía, los mismos efectos que la moral. Y si no son los mismos, paciencia, con tal de que puedan aproximársele. Ese subrogado de la moral es el derecho. Se tiene así un puente entre la moral y la economía, o se concluye una especie de compromiso entre ellas..."(Carnelutti, Francesco: Cómo nace el Derecho. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Colección Monografías Jurídicas N°57. Editorial Temis S.A. Bogotá 1998, pp.17- 18) .

concluyente, pero ello no es obstáculo para analizar específicamente la relación entre el fenómeno económico y el fenómeno jurídico, sobre todo en la incidencia limitada que como función se le asigna al derecho.

Al respecto, Aníbal Sierralta Ríos [33] [3] señala que existen tres tesis sobre las relaciones entre economía y derecho. La primera tesis, propone la verificación de "relaciones de causalidad" entre ambos fenómenos. Para Sierralta dentro de esta postura se encuadra lo señalado por la doctrina marxista, pues advierte, "la economía es la causa de todo y el derecho uno de sus efectos". En esta posición de las relaciones de causalidad – nos señala el mismo autor - , todo se explica por la relación de causa a efecto. El hecho económico es el evento inicial y primero del cual discurren todos los demás.

Si bien se puede calificar de tesis causalista a la doctrina marxista, no necesariamente se coincidirá en los términos en los cuales la explica el autor citado.

La doctrina marxista, ha sido una de las que ha servido como fundamento para considerar al derecho como un objeto social, partiendo de que el fenómeno económico antecede y determina al fenómeno jurídico. Carlos Marx señala que "... las relaciones jurídicas y las formas de Estado no podrían comprenderse por sí mismas ni a base de la llamada evolución general del espíritu humano, sino que radican, por el contrario, en las relaciones materiales de vida...". Y más adelante apunta: "...El modo de producción de la vida material condiciona en términos generales el proceso de vida social, político y espiritual..." [34] [4]

El posterior desarrollo de la doctrina marxista, conceptuaría al derecho como un instrumento de la dominación de una clase sobre las otras, llegándose a dos posiciones extremadamente reduccionistas, y, al mismo tiempo insuficientes, para explicar el fenómeno jurídico: "La una redujo el derecho a simple reflejo de la estructura económica. La otra lo identificó con la voluntad de la clase dominante. En el pensamiento jurídico soviético, ambas tendencias están respectivamente representadas por Stuchka y Pashukanis, de un lado, y Reisner y Vyshinski, del otro". [35] [5]

El concebir al derecho como simple reflejo de la estructura económica – como pretende exponerlo Sierralta - , dentro de la propia teoría marxista resultaba insuficiente para explicar aquellas áreas del ordenamiento jurídico cuya significación económica directa era difícil de ser hallada. Asimismo, era de difícil explicación, los llamados comportamiento jurídicos "disfuncionales" a los intereses económicos dominantes.

Es así que – como anota Pásara –, se arriba a concebir que si bien el derecho se origina en el conjunto del orden social de que se trate y como necesidad funcional de la

[33] [3] Sierralta Ríos, Aníbal: Introducción a la Juseconomía. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 1988, pp.10 y ss.

[34] [4] Marx, Carlos: Contribución a la crítica de la economía política en: Obras Fundamentales de Marx y Engels. Tomo 11. Fondo de Cultura Económica. México 1985, p.234.

[35] [5] Pásara, Luis: Reforma agraria: derecho o conflicto. Instituto de Estudios Peruanos. Lima 1978, pp.17 y ss.

conformación del aparato productivo concreto, cumple un rol básico en lo ideológico, en tanto tiene como objeto legitimar la dominación social mediante reglas de aparente aplicación general. Pásara – citando a Gramsci - , recuerda que el derecho dentro de la superestructura, no se abandona a un desarrollo espontáneo, sino que es usado por el Estado, como instrumento de "racionalización" también ideológico.

Asimismo, si bien el derecho se origina en las necesidades del ordenamiento económico y, por eso, a ellas sirve, la forma jurídica- al encaminarse a la busca de la legitimación social- usa mecanismos parcialmente dictados por la lucha de clases y susceptibles de ser llevados mediante los términos concretos de ella. Todo esto no implica- señala Pásara – un carácter de neutralidad, ni equivale a sostener llanamente que en el derecho también está presente la "lógica antagónica" a la reproducción capitalista, correspondiente al desarrollo de las fuerzas productivas. Esto último conferiría al derecho el carácter de un campo relativamente neutral, abierto a las coyunturales correlaciones de fuerzas, en vez de ver en él una normativa coactiva cuya función en última instancia es mantener el funcionamiento del sistema capitalista. Pero sí estamos autorizados a reconocer un "margen de la legalidad" en donde se desenvuelve el enfrentamiento de los intereses contradictorios de las clases sociales y a través del cual se desarrolla, también, la dinámica del proceso social.

Es así, por ejemplo, que el derecho para Engels es "un dominio nuevo e independiente, el que, a pesar de su dependencia general respecto de la producción y del comercio, no deja de tener su capacidad propia de reactuar sobre esos dominios". Asimismo señala: "me parece evidente que una inversión (ideológica del derecho) reactúe a su vez sobre la base económica y pueda, dentro de ciertos límites, modificarla".[36] 6

Concluye Pásara: "La forma jurídica no es simplemente reflejo, pero tampoco es, a secas, causa de los fenómenos sociales(...) La forma jurídica sirve a los intereses dominantes; pero, para ello y en busca del consenso, se sitúa como expresión coactiva de la coyuntura política, incorporando elementos culturales prevalentes en esa sociedad determinada(por ejemplo, sobre la relación entre sexos) ; todo esto configura mecanismos abiertos a la lucha de clases, a diferencia de otras formas de dominación social basadas en la fuerza material o en la dictadura económica".

Como se podrá apreciar, la doctrina marxista – según cabal explicación de Pásara - , no es tan simple, como pretende la exposición de Sierralta. Es cierto que existe una determinante influencia de lo económico sobre lo jurídico, pero, en éste último, existe cierto margen ("margen de la legalidad" en la conceptuación del autor reseñado) , que nos lleva a pensar en que el ámbito jurídico puede ser independiente y con una capacidad de reactuación sobre ese orden económico.[37] 7

Dentro de las apreciaciones causalistas también podemos encuadrar a las inspiradas en un pensamiento liberal. Dunkan Kennedy [38] 8 da cuenta de una aproximación a las

[36] 6 Citado en: Pásara: Ibiden, p.24.

[37] 7 Para tener una más completa apreciación sobre el cambio social y el cambio jurídico puede revisarse también de Luis Pásara: Derecho y Sociedad en el Perú. Ediciones El Virrey. Lima 1988.

teorías de orientación del desarrollo a través del mercado. Manifiesta, que dichas teorías tienen su origen en los principales pensadores sociales ingleses del fin del siglo XVIII y comienzos del XIX: Hume, Adam Smith, Bentham, Ricardo, James Mill, Agustín y John Mill.

Esta tradición de la economía clásica y el positivismo jurídico, vinculada con el empirismo y el utilitarismo, tendría sus modernos representantes- según apreciación de Duncan- , en los neoclásicos(neo- liberales) , en el análisis económico keynesiano, en la jurisprudencia sociológica y en el realismo legal.

Los pensadores del siglo XIX – nos dice el último autor citado- , aspiraron a desarrollar instrumentos teóricos que pudieran ser usados para tratar de forma coherente el aparentemente discorde mundo de la economía, la política y el derecho. Con este fin, propusieron construir teorías políticas, jurídicas y económicas basadas en un modelo único de naturaleza humana. La idea de ellos fue que, para los propósitos de estas disciplinas se podía asumir que la mayor parte de las personas de la mayoría de países actúan racionalmente, entendiendo por "racional" la actuación que lleva a maximizar sus propias satisfacciones. Más aún, pensaron que era posible, al menos desde el punto de vista teórico, ignorar las elaboradas construcciones de los psicólogos y asumir que en plaza del mercado, en la oficina del abogado y en la arena política el hombre tiende a ser una desconsiderada y egoísta que actúa principalmente para lograr sus deseos materiales inmediatos, cuya realización persigue sin importarle mayormente las consecuencias para sus semejantes.

Se llega así, a la formulación en economía del "hombre económico" y su equivalente en el derecho, del "mal hombre": "De la misma forma como el hombre económico se preocupa solamente de su ganancia egoísta- señala Duncan- , así también el "sujeto" o "mal hombre" responde a los estímulos jurídicos solamente en la medida que éstos adopten la forma de mandatos respaldados por sanciones materiales en caso de desobediencia".

Los presupuestos anteriores servirán para postular una forma económica de modernización. Será el mercado en donde se efectuará una interacción dinámica de un gran número de actores económicos esencialmente similares: "El crecimiento se explica – según Duncan- no como un cambio en estos actores sino como un cambio en sus circunstancias- los recursos y tecnologías y las estructuras de organización disponibles- que los llevan a cambiar los modos de lograr ciertos objetivos que en sí mismos son considerados constantes".

Las teorías sobre el desarrollo basadas en el "hombre económico" consideran que el mercado requiere "derecho y seguridad" como elemento esencial de su existencia. Duncan explica que la primera noción importante es la de que el Derecho es un "pre-requisito" del desarrollo. Presumiblemente- señala este autor- , esto significa que un cuerpo de normas que establezca un mínimo de condiciones de "seguridad" u "orden" debe existir y estar vigente antes de que sea posible la expansión del mercado como

38 8 Kennedy, Duncan: "El papel del derecho privado en una economía de mercado" en: Trazegnies, Fernando de: Introducción a la Filosofía del Derecho y a la Teoría General del Derecho. Materiales de Enseñanza. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 1987, pp. 38 y ss.

proceso autónomo.

Es así, que dos instituciones del derecho- como son la propiedad y el contrato- , otorgan la seguridad requerida. Una vez que esto es cumplido, “la dinámica del mercado es lo único que importa...”.

Desde esta perspectiva reseñada entonces, el derecho cumple una función de pre-requisito, que debe ajustarse a la lógica del mercado, lugar de encuentro de esos hombres de naturaleza egoísta, para así conseguir el desarrollo. El derecho es entonces una instancia importante pero subordinada a la lógica del mercado [39] 9

Similarmente se encuentra lo propuesto por Max Weber. [40] 0Este autor señala en resumen que sobre las relaciones entre derecho y economía se puede establecer:

1. El derecho no garantiza únicamente los intereses económicos sino los intereses más diversos, desde el normalmente más elemental, la protección de la mera seguridad de la persona, hasta los puros bienes ideales como el propio “honor” y el de los poderes divinos.

[39] 9 En esta línea de análisis se encuentra Pejovich quien manifiesta: “El comportamiento económico, la forma en que los individuos realizan elecciones y decisiones en un mundo de escasez, se ve afectado por el sistema legal, los reglamentos y las costumbres prevalecientes... Los derechos de propiedad son relaciones conductistas entre los hombres derivadas de la existencia de bienes escasos y referentes a su uso...Hay una relación doble entre la ley y la economía. Primero, las leyes, los reglamentos y las costumbres afectan el comportamiento económico en formas específicas y pronosticables. Segundo, el análisis económico puede explicar el desarrollo y los cambios de las leyes”.(Pejovich, Svetozar: Fundamentos de economía. Un enfoque basado en los derechos de la propiedad. Fondo de Cultura Económica. México 1985, p.29- 30) . Igualmente pueden revisarse: Williamson, Oliver: Las instituciones económicas del capitalismo. Fondo de Cultura Económica. México 1989; Cossío Díaz, José Ramón: Derecho y análisis económico. Fondo de Cultura Económica. México 1997; Cooter, Robert y Ulen, Thomas: Derecho y economía. Fondo de Cultura Económica. México 1998; Posner, Richard: El análisis económico del derecho. Fondo de Cultura Económica. México 1998. En nuestro país, desde la misma perspectiva, se ha analizado la causa de la informalidad en lo económico. Así, Hernando de Soto ha publicado dos interesantes libros. En el primero(El Otro Sendero. Instituto Libertad y Democracia. Octava edición. Lima 1989) , señala que “...la modernización de los países de economías de mercado- que exigía que la producción y el trabajo se volvieran más especializados y las transacciones más sofisticadas- fue posible porque el Derecho permitió reducir los costos de transacción. Estos costos vienen a ser todo aquello que, independientemente de la transacción misma, es necesario para realizarla. Nos referimos a negociar o ejecutar contratos, proveer y traspasar propiedad, transferir capital, contratar trabajo, distribuir o cubrirse contra riesgos. Pero especialmente a los costos que resultan de acceder, permanecer o quedar fuera de la legalidad”.(p.228) . Y más adelante concluye Derecho existentes y realizar sus actividades económicas dentro de diciendo: “El Derecho resulta ser hasta el momento la mejor explicación de la existencia de la informalidad. Desde esta perspectiva, la elección entre trabajar formal o informalmente es, antes que un designio inexorable derivado de las características de las personas, un ejercicio racional para determinar los costos y beneficios relativos que resultan de integrar los sistemas de ellos”(p.235) . En su segunda publicación(El misterio del capital. Por qué el capitalismo triunfa en occidente y fracasa en el resto del mundo. Empresa Editora El Comercio S.A. Lima 2000) , extiende su análisis a toda la economía y señala: “Es preciso entender un punto crucial: la propiedad no es algo físico, fotografiable o mapeable. La propiedad no es una cualidad primaria de los activos sino la expresión legal de un consenso económicamente significativo acerca de ellos. La ley es un instrumento que fija y realiza el capital. En occidente la ley no se preocupa tanto por representar la realidad física de las edificaciones o de la propiedad raíz sino más bien por establecer un proceso o reglas que permitan a la sociedad extraer el potencial excedente de estos activos”.(p.183) .

[40] 0 Weber, Max: Economía y Sociedad. Fondo de Cultura Económica. Octava reimpresión. México 1987, pp. 269 y ss.

2. En ciertas circunstancias un “orden jurídico” puede seguir sin modificación alguna a pesar de cambiar radicalmente las relaciones económicas.

3. Considerado desde el punto de vista de las categorías del pensar jurídico, el orden jurídico de una situación real puede ser fundamentalmente diferente sin que por ello las relaciones económicas sean afectadas en medida considerable, si resulta que en los puntos que económicamente son, por lo general, importantes, el efecto práctico viene a ser el mismo para los interesados. Esto es posible – nos dice- en muy amplia medida, a pesar de que toda diferencia de la construcción jurídica puede producir en algún punto consecuencias económicas, y además se da de hecho. Según que el “arriendo de una mina” tuviese que construirse jurídicamente como “arriendo” o como “compra”, tenía que emplearse en Roma un esquema de acción totalmente distinto. Pero el efecto práctico de la diferencia hubiese sido seguramente muy pequeño para el orden económico.

4. La garantía jurídica está, en el más alto grado, al servicio directo de los intereses económicos. Y cuando- remarca Weber- , en apariencia o en realidad, no es éste el caso, los intereses económicos son los factores más poderosos en la formación del derecho, porque toda fuerza que garantiza un poder jurídico es, de alguna manera, mantenida en existencia por la acción consensual de los grupos sociales que a él pertenecen, y la formación de grupos sociales está condicionada en alto grado por la constelación de intereses materiales.

5. La medida de los resultados que pueden alcanzarse mediante la eventualidad de la coacción que está detrás del orden jurídico, en especial en el campo de la acción económica, está limitada por su propio modo de ser además de por otras circunstancias. En una economía que se apoya en el entrelazamiento universal del mercado – nos manifiesta Weber- , se escapan en vasta medida a la previsión de su creador los posibles y no queridos resultados accesorios de un precepto jurídico, porque están en la mano de los interesados privados. Pueden desfigurar el fin propuesto por el precepto jurídico hasta invertirlo en la práctica, como ha ocurrido muchas veces, añade el autor reseñado.

6.- Weber dice que para ningún fenómeno económico fundamental, es imprescindible, desde un punto de vista teórico, la garantía “estatal” del derecho. Pone como ejemplo que las comunidades religiosas protegen a veces con más eficacia, por medio de la amenaza de excomunión, la seguridad en el pago de las deudas que las sociedades políticas. Sin embargo, - enfatiza el autor reseñado- un orden económico de estilo moderno no se puede llevar a cabo sin un orden jurídico de características muy particulares, tales como las que prácticamente hacen posible el orden “estatal”. Según su perspectiva- concluye- , el poderío universal de la sociedad que constituye el mercado demanda, por un lado, un funcionamiento del derecho calculable según reglas racionales. Y por otra, la extensión del mercado, que es según Weber, una tendencia característica de aquel desarrollo, favorece, en virtud de sus consecuencias inmanentes, el monopolio y reglamentación de toda fuerza coactiva “legítima” por medio de un instituto coactivo universal, destruyendo todas las estructuras coactivas particulares, que descansan, las más de las veces, en monopolios económicos, estamentales o de otra clase.

En la perspectiva de Weber, el derecho mantiene una limitada independencia, al decirnos que existen partes del ordenamiento jurídico que no garantizan intereses

económicos. Asimismo el ordenamiento jurídico es indispensable para la marcha del ordenamiento económico. Sin embargo, el derecho en definitiva aquí también, obedecerá a la lógica establecida por el mercado, es decir, el fenómeno económico se sobrepone al fenómeno jurídico. [41] 1

La segunda tesis, llamada "relaciones de integración", propugna que lo económico y lo jurídico en lugar de repelerse, se complementan, formando un solo bloque. La vida social – expresa Sierralta explicando esta posición - , es la mezcla de una parte substancial(economía) como de una parte formal(derecho) . El derecho y la economía configuran toda la vida social y cuando así se da componen un cuerpo único. Sierralta señala como representante de esta posición a Rudolf Stammler.

Stammler [42] 2 comentando la posición del materialismo histórico, "a tenor de la cual la estructura económica de una sociedad es la que constituye su base, haciendo seguir como consecuencia necesaria de sus movimientos y conmociones los cambios congruentes dentro del campo "del Derecho y de la política"", señala lo siguiente: "Pero esta estructura económica implica ya una vida social humana sujeta a normas. No es algo que exista de por sí y pueda concebirse prescindiendo en absoluto de toda norma social, sino que, por el contrario, no es ni más ni menos que el orden social mismo actuado de un cierto modo; y no es que sobre esta estructura económica se levante a posteriori una construcción jurídica, también un objeto de por sí substantivado al que la ciencia social sólo debería atribuir el papel de una pertinencia; antes bien todas las normas jurídicas de una sociedad humana constituyen simplemente la forma de una regulación, sin la cual no sería posible una vida social con existencia propia ni por tanto la estructura económica en cuanto actuación de esta vida social, ni podría concebirse tampoco como objeto peculiar del conocer humano".

Asimismo, señala que "la antítesis exacta no es, pues, la que media entre la vida económica o la producción o estructura económica, de un lado, y de otro el orden jurídico y la construcción política de una sociedad, sino la que surge entre la materia y la forma de la vida social, como los dos distintos elementos de un objeto mismo: la existencia social humana. Todos los actos económicos- sociales del hombre podrán existir sólo en cuanto regulados de un determinado modo y no hay una única norma jurídica que, por su contenido, no tienda a una cierta cooperación humana".

Stammler concluye diciendo: "Hay sin duda una cierta presunción que hace creer que todo movimiento profundo en el campo de los fenómenos económicos y toda transformación subsiguiente de la Economía social ha de repercutir tarde o temprano en una transformación análoga de aquella parte del orden jurídico que en sí sólo se proponía velar formalmente por la actuación de la Economía social superada. La policía y el

[41] 1 Comentando las características asignadas por Weber al derecho, Fernando de Trazegnies señala: "Un Derecho de estas características se produce en Occidente en razón de la reunión de una serie de circunstancias; pero, a su vez, la aparición de este tipo de Derecho no es una mera consecuencia sino que crea condiciones que permiten un desarrollo de la modernidad y, por este lado, refuerza los otros procesos o incluso los impulsa". (De Trazegnies, Fernando: "El Derecho Civil ante la post- modernidad" en: Derecho N°45. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Diciembre 1998, p.298.

[42] 2 Satammler, Rudolf: Economía y Derecho. Academia Editorial Reus S.A. Madrid 1929, pp.302 y ss.

régimen de los tribunales, el Derecho penal y el proceso, la organización constitucional y administrativa de un Estado no podrán mantenerse invariables tan fácilmente cuando los fenómenos que más directamente afectan a la Economía social sufran transformaciones esenciales y hasta lleguen a traducirse en una modificación de las normas jurídicas que los regulan. Pero más, que esta verosímil posibilidad no puede en general afirmarse. Si la posibilidad se demuestra cierta en el caso concreto y hasta qué punto ha de llegar la transformación del orden jurídico todo para imponer un cambio de aquellas instituciones públicas, solo podrá verse teniendo en cuenta las circunstancias concretas de hecho".

Existe entonces en la posición de Stammler una consideración de la existencia social como una totalidad en la cual se puede hallar materia y forma. La materia está constituida por la estructura económica y la forma es lo jurídico. De ahí que- como expresa Montoya Alberti- el conocimiento de aquella sea imposible sin el de ésta.[43] [3] [44] [4]

Y, finalmente, se encuentra la teoría que postula que entre la economía y derecho existen "relaciones de interacción". Frente a toda preeminencia de una acción económica – explica Sierralta - , corresponderá una reacción igual y contraria del derecho. Niega totalmente – añade el autor citado - , una dominación del factor económico sobre el jurídico y de éste sobre aquél.

Fernando de Trazegnies [45] [5] desarrolla la posición enunciada, señalando que "limitarse a decir que la filosofía y el derecho presentan una relación interactuante con los

[43] [3] Montoya Alberti, Ulises: El Derecho Económico. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima 1966, p.8.

[44] [4] Antonio Polo realiza una reseña de las posiciones de Stammler y Del Vecchio de la siguiente manera:"Coinciden ambos en que Derecho y Economía tienen una base común, y si es verdad que el Derecho se desarrolla junto con la Economía, no lo es, en cambio, que se origine como efecto fatal de ésta y después de ella, mal reflejo secundario de la misma. Las condiciones universales y necesarias del conocimiento social no son para Stammler las leyes económicas, sino las normas de una ordenación jurídica en general, constitutiva de la esencia del Derecho, que viene a ser la forma de la cooperación humana cuya materia está determinada por la inagotable variedad de los fenómenos económicos. La forma jurídica aparece, pues, para él en una doble función: ante todo, es forma del derecho mismo, un Derecho del derecho, en cuanto existe una materia técnicamente elaborada que ha de ser subsumida en vista de la idea de justicia, pues nada de lo tocante al Derecho puede permanecer indiferente o ajeno al brillo de esta idea. Pero, además, según la sucesión histórica del pensamiento stammleriano, el Derecho todo es forma de la vida y cooperación social: es un Derecho de la Economía. Para Del Vecchio, en cambio, el error fundamental de esta concepción(materialista de la historia) está en considerar las relaciones económicas como algo preexistente y subsistente por sí, independientemente de los supuestos psicológicos esenciales que constituyen su presupuesto...La actividad humana, en toda su compleja naturaleza, no se agota ciertamente en la satisfacción de las necesidades económicas; hay siempre sentimientos e ideas, por embrionarios que sean, que exceden, por su naturaleza, el campo propio de la economía...; existen sentimientos e ideas jurídicas, como la exigencia de un cierto respeto para la propia persona, y el reconocimiento de la obligación de un respeto igual hacia la persona de otros. Estos motivos éticos se hacen valer inmediatamente en la actividad humana en general, e incluso en aquella parte de la actividad que tiene un contenido económico...Nadie ha podido descubrir en la realidad un homo oeconomicus, que no fuera al mismo tiempo un homo juridicus, un homo moralis, etc., en suma, un hombre en toda su integridad psicofísica. Fundamento, tanto del Derecho como de la Economía, es ahora y siempre la naturaleza humana...y esta, como sabemos muy bien, es económica y muchas cosas más..." (Polo, Antonio: "El nuevo derecho de la economía" en: Revista de Derecho Mercantil. Vol. I, Madrid 1946, pp.376- 377) .

procesos económicos de una sociedad, equivale a tratar de evitar el error mediante el procedimiento de mantenerse dentro del marco de la banalidad y del lugar común(...) El problema no consiste en reconocer la interacción sino en establecer las condiciones en que se da y su dinámica interna...".

Por ello – sostiene - que si no queremos que el concepto de interacción se presente hueco de sentido o que simplemente reproduzca con otra formulación, alguna de las dos posiciones extremas – como son la "idealista" que postula que es la filosofía quien propugna la interacción, en tanto descubre racionalmente verdades universales; o, la "materialista", que propugna que es el proceso económico quien impulsa la interacción - , será preciso demostrar que: a) las filosofías y doctrinas jurídicas contienen elementos que no se derivan del contexto social en el que tendrán aplicación, lo que nos aleja de un reduccionismo mecanicista; b) el contexto social provee con numerosos elementos a la construcción misma del concepto de Derecho y de justicia, lo que nos aleja de un idealismo simplista; c) los elementos independientes y los elementos dependientes del contexto social encuentran su sentido recíprocamente, unas en los otros, a través de una permanente totalización y retotalización de sentidos.

El Derecho – según Trazegnies- , siendo producido por una diversidad de elementos confluyentes, como los ideales generosos, el azar, intereses económicos directos y a veces brutales, exigencias de coherencia teórica en la expresión de estos mismos intereses, será definido en última instancia por la libertad del hombre y, por las circunstancias económicas, sociales, teóricas que condicionan dicha libertad: "Esto significa que el Derecho – tanto en sus concepciones teóricas como en su aplicación positiva – se manifiesta a través de opciones de hombres concretos(el teórico, el legislador, el juez, etc.) . Las situaciones generales – sociedad tradicionalista, sociedad capitalista, clase dominante, etc. establecen las grandes líneas de evolución; pero para comprender el Derecho es preciso conocer el pensamiento y la actuación de hombres concretos que se relacionan con el mundo de lo jurídico en circunstancias siempre peculiares."

Es así, como llega a la conclusión siguiente: "...los hombres no son meramente manipulados por las leyes ni por los hechos sociales sino que a su vez operan con ellos y los utilizan para realizar sus propios proyectos, en el interior de contextos de realidad cuyos márgenes cada hombre pretende ensanchar".

En esta posición, por tanto, no existe una subordinación de un fenómeno frente al otro, lo que ocurre es que ambos quedan sujetos a la utilización del hombre, para realizar sus proyectos. El hombre, en última instancia pretende ensanchar los márgenes de realidad, en cuyo contexto opera.

De las tres posiciones – puntualiza Sierralta - podemos concluir que existe una estrecha relación entre la Economía y el Derecho, entre el fenómeno económico y la norma de conducta, donde las variaciones y alteraciones de los unos son la causa de las otras y donde los cambios de éstas son motivo de aquellos: "La apreciación más superficial de cualquier sistema jurídico es suficiente para evidenciar cuanta parte de las

45 5 Trazegnies, Fernando de: La idea del derecho en el Perú Republicano del siglo XIX. Pontificia Universidad católica del Perú. Lima 1980, pp.344 y ss.

reglas de derecho van encaminadas a la tutela del sistema económico de una nación, de un país, así como la apreciación de cualquier sistema económico muestra su acción, orientando la economía y dándole esa vida misma que es el Derecho, de tal suerte que no cabría “someter a estudio la economía social sin estudiar con ella, expresa o tácitamente el derecho que la rige”.

Se puede indicar entonces que es innegable la relación directa entre economía y derecho, pero lo importante será establecer en qué términos opera esta relación. En este sentido, el derecho estará- de primera intención- subordinado a la dinámica económica, limitando los márgenes de su actuar. Pero, no por ello se debe caer en un reduccionismo mecánico, pues si bien es cierto, lo dicho es válido generalmente(de allí la referencia hecha por Diez Picazo a lo concluyente de la experiencia histórica) , también lo es que el derecho no se encuentra como un objeto totalmente subordinado. Existe un margen en su actuación, que permite considerarlo con una incidencia limitada, vale decir, una reactuación sobre el fenómeno económico, en determinadas circunstancias.

Un ejemplo válido de lo que se ha dicho, puede ser la experiencia económica, social y jurídica de la Reforma Agraria en el Perú. El proyecto de reforma social, iniciado en 1968 por Velasco tuvo como aspecto importante la modificación de la tenencia de la tierra. Así, se estructuró una legislación que representaba como objetivo una redefinición de los intereses sociales, teniendo al Estado como elemento equilibrante en las relaciones entre clases.

Como expresa Pásara, si bien la acción del Estado derrumbó las características de libre iniciativa y previsibilidad que caracterizaban al derecho liberal, el nuevo proyecto social utilizó intensivamente la legalidad: “De una parte, sucesivas modificaciones de la legislación expresaban los puntos de transacción que el gobierno buscaba imponer coactivamente. De otra parte, la acción gubernamental intentó justificarse en la aplicación estricta de la ley, no asumiendo a las clases sociales ni aceptando la capacidad determinante de éstas sobre el propio aparato estatal. Ambos mecanismos- producción legislativa y discurso ideológico- se enderezaban a procurar legitimidad al proyecto a través de la legalidad”.

El derecho producido de esta forma, se desvinculó de los intereses dominantes, incluyendo una reconceptualización sobre el derecho mismo y la sustitución de la racionalidad lógica- formal correspondiente a los intereses individuales, añade Pásara. Sin embargo, la normatividad emergente resultó ambigua y contradictoria, ya que ese nuevo orden legal se estrelló- según el autor citado- contra las necesidades del sistema, cuyos márgenes de acumulación se conflictuaban con la redistribución del ingreso en la cual se basaba la redefinición de intereses sociales y, en definitiva, con los intereses de las clases que buscaba remodelar.

La dinámica de las clases sociales frente a la legalidad, en este momento histórico en nuestro país, es de singular importancia. Así, “las clases dominadas sitúan su actuación en la frontera del rebasamiento de la legalidad, buscando legitimidad a través de formas jurídicas- como actas de capitulación firmadas con los propietarios invadidos o actas transaccionales con autoridades gubernamentales que recubren el hecho de la tierra tomada bajo respetuosas formas de respeto a la ley- que presumen capaces de

consolidar lo obtenido por la acción directa; esto no siempre se logra en la medida que el Estado sólo tolera el rebasamiento de la ley en tanto no atente contra el modelo de organización productiva que busca crear. Paralelamente, los sectores dominantes recurren al derecho como instrumento legitimador de sus intereses con relativo éxito en cuanto se amparan en las categorías jurídicas de propiedad, propietario, seguridad jurídica(...) que en el nuevo estado de cosas no habían sido cuestionadas. A través de su lucha, los dominantes logran revertir exitosamente el derecho contra el proyecto gubernamental".

Entonces, el proyecto de reforma social trajo en lo referente al derecho, la ampliación del "margen de legalidad", es decir, se extendió aquel ámbito en donde se desenvuelve el enfrentamiento de los intereses contradictorios de las clases, a través del cual, como afirma Pásara, se desarrolla también la dinámica del proceso social.

En definitiva, el proyecto de reforma desnudaría sus inconsistencias al no alcanzar legitimidad, en tanto no hubo clase que lo hiciera suyo, trayendo como consecuencia la politización de las clases sociales y el derrumbamiento del régimen.

El anterior ejemplo reseñado, nos muestra que si bien mediante el derecho se puede ensayar un proyecto de reforma social, éste para alcanzar legitimidad debe ser asumido por una clase social y, en definitiva, ser representativo de intereses económicos concretos, es decir, el proceso de reforma agraria jurídicamente quedó sujeto a los intereses económicos subyacentes evidenciando los límites de la legalidad. Esto no es óbice para reconocer cómo en la propia normatividad se gesta un "margen de legalidad", en donde se muestra el enfrentamiento de los intereses contradictorios y muestra la posibilidad de constituirse el derecho en un ámbito autónomo y reactuante.

4. EL PROBLEMA DE LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

El análisis de los mercados ha sufrido no pocas transformaciones, desde su tratamiento por los economistas clásicos. A lo largo del siglo XIX, se terminó de configurar un modelo de análisis de mercado basado en la formación del precio en competencia perfecta, en oposición al monopolio, éste último denotando la ausencia de la mencionada competencia..

Así, el mercado de competencia perfecta es definido – según Raymond Barre, a quien seguimos en esta parte- , por la existencia de cinco rasgos o condiciones fundamentales [46 6]

a) La atomicidad del mercado, con lo cual se alude a que tanto del lado de la oferta, como del de la demanda, existe un gran número de unidades económicas y ninguna de ellas posee una dimensión o una influencia suficiente para ejercer cualquier acción sobre la producción y los precios de la industria considerada;

[46 6] Barre, Raymond: Economía Política. Tomo 1. Editorial Ariel. Octava edición. Barcelona 1975, pp.417 y ss.

b) La homogeneidad del producto, con lo que se manifiesta que en una industria todas las empresas componentes ofrecen unos productos tales, que los compradores los juzgan idénticos y homogéneos. Por tanto, no existe razón para preferir al producto de una empresa al de otra;

c) La libre entrada en la industria, con lo cual se alude a que quien quiera dedicarse a la producción de un determinado producto, lo puede hacer sin ninguna clase de restricción o impedimento. Las empresas componentes de la industria no pueden oponerse a la entrada de nuevos competidores. Asimismo, pueden obtener fácilmente los factores de producción que les sean precisos; [47 7]

d) La perfecta transparencia del mercado, es decir, todos los agentes participantes en el mercado tienen un conocimiento e información completas de todos los datos significativos del mercado;

e) Asimismo, como último requisito se menciona que existe, de industria a industria, una perfecta movilidad de los factores de producción.

Este modelo de mercado de competencia perfecta, evidenciaba soluciones importantes y satisfactorias no sólo frente al problema de la eficiencia sino también con respecto al poder económico, en una lógica impecable.

Barre - explicando la lógica impuesta por este modelo concurrencial dice que- , en condiciones de competencia completa, la economía funciona con la mayor eficacia posible: “En efecto, ningún productor puede obtener ingresos actuando sobre el precio, sino solamente a través de reducciones en sus costes de producción. Allí en donde existen beneficios anormales la libertad de entrada permite aumentar la producción y bajar el precio. Toda modificación de los deseos de los consumidores se transmite a través de modificaciones en los precios de los bienes a los productores. Estas modificaciones repercuten sobre los precios de los factores de la producción, que son desplazados de ciertos empleos para adscribirlos a otros. La economía, en estas condiciones, no puede estar amenazada por un subempleo de los factores de la producción, ya que estos al ser fluidos, se desplazan de los sectores de la producción menos solicitados por los consumidores hacia zonas en donde la demanda aumenta; la competencia entre los diversos factores de la producción entraña la fijación de tipos de interés que sirve de remuneración a los que ahorran: un tipo de interés elevado aumenta el ahorro a expensas del consumo corriente, liberándose así, recursos aptos para su inversión”.

Asimismo, bajo condiciones de competencia perfecta el problema del poder económico se resuelve de manera satisfactoria: “Ninguna unidad económica dispone de la suficiente influencia para actuar sobre el mercado y los precios. No existe, pues, ni empleo de poder, ni mal uso del poder económico privado que, como vemos, en tales condiciones queda excluido. De ahí que resulte completamente inútil la existencia de un poder público con la misión de limitar o reglamentar el poder económico privado. Ya que

[47 7] Estas tres primeras condiciones- según el mismo Barre- definen la denominada “competencia pura”, pura de todo elemento de monopolio. Si a estas tres condiciones agregamos las dos siguientes estamos frente a la “competencia perfecta” o también “pura y perfecta”.

la eficiencia del sistema económico puede alcanzar el máximo sin necesidad de la interferencia estatal, se debe, pues, presumir que toda intervención del gobierno reduciría la eficiencia del sistema"

El modelo de mercado de competencia perfecta es la consecuencia teórica económica del liberalismo como concepción, triunfante a fines del siglo XVIII, fruto a su vez, de una serie de acontecimientos económicos, sociales y políticos que se sucedieron a partir del siglo XVI en Europa. Las trabas al desarrollo de la burguesía, harían que se configurara la doctrina liberal, planteando jurídica y económicamente, una irrestricta libertad para las transacciones. Es así también, como el sistema contractual, pasaría a constituirse "en el centro de todo régimen jurídico" [48 8]

Como establece Diez Picazo, el contrato como acuerdo de voluntades, por medio del cual los interesados se obligan "... se convertirá en la institución central, en la piedra angular, no sólo del Derecho Civil, sino de todo ordenamiento jurídico. El ordenamiento jurídico es contemplado desde esta perspectiva, como una trama o una urdimbre de contratos que los particulares celebran. El Derecho es el reino del contrato, de manera que donde acaba el contrato acaba también el Derecho y comienza el reino de la arbitrariedad y de la fuerza. Las limitaciones a la libertad de contratar serán consideradas como "atentados a la libertad de la persona"". [49 9]

Dentro de esta perspectiva – entonces - , se proclama la abstención en la intervención del Estado y, el Derecho debe garantizar el libre consentimiento de los individuos en sus transacciones, quedando sujetos a su autonomía de la voluntad plena. [50 0]

No obstante que la competencia perfecta y su antípoda forma - el monopolio- serían por mucho tiempo modelos válidos de análisis, sus fundamentos se resquebrajarían finalmente.

Así, la lógica impecable del modelo de mercado de competencia perfecta, y sus hipótesis o condiciones, pronto se estrellaron frente al desarrollo del capitalismo,

[48 8] Vallespinos, Carlos Gustavo: El contrato por adhesión a condiciones generales. Editorial Universidad. Buenos Aires 1984, p.70

[49 9] Diez Picazo, Luis: Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Editorial Tecnos. Volumen Primero. Segunda reimpresión de la segunda edición. Madrid 1988, p 96. Este mismo autor seguidamente muestra las vinculaciones estrechísimas entre lo jurídico y económico, dadas en esa época: "Esta concepción moderna del contrato tiene su más profunda raíz y su más profundo fundamento en una serie de presupuestos ideológicos y sociológicos que conviene tener en cuenta y no perder de vista. El primero de estos presupuestos es el presupuesto económico de una economía liberal fundada en el lema del "laissez faire" y en la idea de que las leyes del mercado y el egoísmo individual actuando en el propio interés son, como dice Adam Smith, los mejores motores de la felicidad y de la prosperidad de las naciones. El segundo de los presupuestos ideológicos de la concepción moderna del contrato se encuentra en la idea de la sustancial igualdad de las partes contratantes. El contrato es el medio mejor de arreglo de los intereses privados porque es una obra común de los contratantes, que se encuentran en igual situación y en un mismo plano económico. Es un arreglo entre iguales. El tercero de los presupuestos ideológicos y socioeconómicos se encuentra en una época que rinde culto como ya hemos señalado a las ideas de la preponderancia de la libertad individual y que en definitiva es una época de predominio burgués sobre la economía. Puede decirse que esta concepción del contrato es un instrumento idóneo para un señorío de la burguesía sobre el mercado de capitales y de trabajo y, en definitiva, para un señorío sobre la economía considerada en su conjunto".(p.96- 97) .

desluciendo el aspecto explicativo del modelo.

De modo tal que se señalan diversas críticas a los supuestos del modelo, originadas en la observación de la realidad, así como en la discusión misma de la noción de competencia.

Barre advierte que si bien los supuestos o condiciones del modelo de mercado de competencia perfecta se podían ajustar a grandes trazos, a la estructura de la economía del siglo XIX, con un capitalismo de pequeñas dimensiones, no tiene la más mínima relación con una actividad económica en la que la mayor parte de los sectores de la producción están dominados por un pequeño número de empresas. Se muestra lo que se denomina una "competencia entre pocos". La atomicidad del mercado así, queda seriamente afectada por la observación de la realidad.

Asimismo, los estudios sobre publicidad introducen la idea de la necesaria diferenciación de los productos y de toda la vida económica en la economía moderna.

Algo similar se puede manifestar sobre la condición del modelo referente a la libre entrada a la industria. Para Barre es suficiente enumerar las condiciones que requiere su cumplimiento para resaltar las limitaciones que encuentra en la realidad:

Es preciso, en primer lugar, que la inversión necesaria para el establecimiento de una empresa sea de pequeña magnitud para que los muchos que deseen entrar puedan obtener los fondos suficientes;

Es preciso que el aumento de la producción de la industria resultante de la entrada de un nuevo producto no tenga efectos perceptibles sobre los precios, de suerte que el empresario potencial no se vea desanimado por la creencia de un cambio en la situación existente con respecto al precio;

Todos los empresarios potenciales deben poder tener libre acceso a los factores de la producción, o sea que las empresas existentes no monopolicen ni controlen sus empleos;

No debe existir ninguna clase de impedimento artificial a la entrada de nuevos empresarios;

Los nuevos empresarios, por último, deben producir bienes idénticos a los obtenidos por las demás firmas.

Concluye diciendo Barre que "las grandes necesidades de capital fijo de muchas empresas, la realización de las inversiones a través de "bloques", la estrategia de las grandes empresas o patentes de utilización de procedimientos técnicos, son otros tantos factores que pueden hacernos ver cómo la libertad de entrada, en un gran número de casos, puede ser sólo una ilusión".

[50] [0] Como expresa Torres López "...en tales condiciones(de competencia perfecta) los bienes y factores productivos tienden a gravitar en torno a su mejor y más eficiente uso posible. Y bajo estas hipótesis se conoce que el Derecho debe limitarse exclusivamente a garantizar la seguridad y la libertad del mercado y no debe, por lo tanto, realizar más función de regulación o intervención. Desde la perspectiva neoclásica, en condiciones de competencia perfecta, alcanzada la eficiencia social mediante la búsqueda individual de la máxima eficacia, el Derecho no es más que una estructura redundante".(Torres López, Juan: Análisis Económico del Derecho. Editorial Tecnos. Madrid 1987, p.26) .

Por otro lado, la discusión sobre el mismo concepto de competencia también va a ser fuente de críticas al modelo de concurrencia. Por ejemplo, el concepto clásico de competencia excluye toda clase de "relaciones personales" que existen entre las dos partes que intervienen en el cambio. Hayek – citado por Barre- , por el contrario, manifiesta que en la vida real nuestro conocimiento insuficiente de las mercancías y servicios disponibles se ve compensado por la experiencia de las personas y de las empresas que nos los suministran.

Asimismo, el concepto clásico de competencia elimina toda actividad por parte del sujeto económico, el cual se adapta pasivamente al precio. Sin embargo – según Francois Perroux, también citado por Barre- , el empresario es semejante al jefe de una unidad militar, en guerra, o si se prefiere una imagen pacífica, en maniobras; igualmente, cuando el empresario dirige una empresa de pequeñas dimensiones su reacción contra el medio es más decisiva que su adaptación al mismo. Concluye Barre que la empresa es activa y utiliza la coacción privada para aumentar la demanda dirigida a ella. Actúa sobre la parte del medio que es moldeable bajo impulso de su propia acción y soporta la acción del medio que es indeformable por su iniciativa.

De la misma manera, el concepto clásico de competencia elimina cualquier clase de ignorancia e incertidumbre. Sin embargo la vida económica está dominada por la incertidumbre.

Finalmente, en lo que respecta a la discusión del concepto en sí mismo de competencia, Barre manifiesta que el concepto clásico olvida el elemento temporal y confunde una situación de competencia realizada con un proceso de competencia. Analiza el estado del ajuste final de los datos y de las variables, pero no la forma a través de la cual se realiza dicho ajuste. Citando a Hayek señala que si el estado de los negocios, supuesto por la teoría de la competencia perfecta, no existió jamás, tampoco suponía el campo de actividades que describe el verbo "hacer competencia" lo que la convertiría virtualmente en imposible.

Todas las críticas anteriormente reseñadas llevaron indefectiblemente a un replanteamiento del modelo clásico de mercado y a la configuración de una noción moderna de competencia, la que puede caracterizarse por tres consideraciones:

Se establece que competencia y monopolio no son excluyentes, como afirmaba la teoría tradicional. Así, en la vida económica real se verifica la mezcla de ambos. En esta perspectiva se considera que no existen monopolios puros, vale decir, monopolios que no se encuentren sometidos, de una forma o de otra, a una competencia procedente del sector no controlado por el monopolista. Asimismo, la competencia pura sólo se daría cuando no existiese ningún elemento de monopolio, lo que en la realidad es una situación muy rara.

La competencia es multiforme, es decir, no se efectúa solamente por la mediación de los precios, sino también por la elección de los métodos de producción, por la selección de los productos, por una política de ventas y por una política de los factores de producción.

La competencia debe apreciarse más en función a los resultados que de ella derivan que de ciertas estructuras del mercado. La competencia –dice Barre- , puede ser

"incompleta", por el hecho de intervenir en ella un pequeño número de empresas, por la dimensión de las mismas y por el grado de concentración, no obstante importa, antes que nada, saber si los precios, la calidad y la cantidad de los productos son satisfactorias y si la amenaza de una competencia potencial queda preservada. Importa en definitiva, que la competencia funcione, que sea efectiva(workable competition) , planteamiento desarrollado por John Maurice Clark, que implica una concepción dinámica de la competencia, en oposición al modelo estático tradicional.

El análisis de mercado tradicional que versaba sobre dos polos, uno de competencia perfecta y, el opuesto de monopolio, no se condecía con la realidad imperante, dándose mayormente situaciones intermedias a las cuales en conjunto se conocerán como "competencia imperfecta". [51] 1

En el Derecho, a su vez, se comienza a resaltar la crisis por la que atraviesa el contrato. Así, Vallespinos, luego de enumerar una serie de circunstancias que habrían motivado dicho estado [52] 2 señala la posición crítica del contrato con relación a sus principios básicos y a su estructura. Puntualiza que si bien en la concepción clásica, la voluntad jurídica de los contratantes permitía considerar al contrato como la palanca suprema de la vida jurídica y social, esta condición de voluntariedad ha cedido ahora toda vez que el consentimiento ya no es el nervio del negocio. Además de la crisis del dogma de la voluntad contractual - afirma Vallespinos - , también ha sucumbido el otro dogma fundamentador del contrato, es decir, el equilibrio entre los contratantes: "Vale decir, estructuralmente el contrato está en crisis porque sus principios de libertad e igualdad presentan profundas alteraciones". [53] 3 Será así que se presenten nuevas técnicas contractuales, como los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación, y luego, a través de estas la problemática del consumidor y el interés en su protección, dentro de la llamada contratación en masa.

Correspondientemente a la noción económica moderna de competencia, se acepta la intervención del Estado y por consiguiente del Derecho, para preservarla, obviamente sin cuestionar el sistema capitalista mismo. Así, se erige, por ejemplo, el llamado derecho de la competencia, que tiene dos vertientes. Por un lado, para preservar la competencia

[51] 1 Luciano Castillo señala que entre la competencia completa y el monopolio puro, existen una pluralidad de posibilidades, como por ejemplo, cuando junto a un productor, se hallan numerosos productores medios y pequeños que, por sí mismos sólo tienen una pequeña posibilidad de influir en la política de precios, lo que lleva a la existencia de un monopolio incompleto; asimismo la presencia del oligopolio; entre otros casos. En: Castillo, Luciano: Economía Moderna. Ediciones CIP. Segunda edición. Lima 1995, p. 142.

[52] 2 Vallespinos señala lo siguiente: "Las modificaciones política- económicas ocurridas desde fines del siglo pasado, las transformaciones del sistema de producción, la aparición de nuevas necesidades impuestas por el dinamismo contemporáneo, la intervención del Estado en las relaciones de los particulares, la creciente desigualdad de los sujetos, los avances tecnológicos, la explosión demográfica, la despersonalización del individuo, la concentración de grandes riquezas en manos de unos pocos, son algunas expresiones de este nuevo ámbito en el que debe desenvolverse el sistema contractual de nuestros días". En: Vallespinos, Carlos Gustavo: Ob. Cit., p. X.

[53] 3 Vallespinos, Carlos Gustavo: Ob. Cit., p. 202

misma, como por ejemplo, mediante una adecuada legislación contra los abusos de posición de dominio en el mercado. Y, de otra, una legislación represora de aquellas conductas tipificadas como desleales entre competidores y contra el consumidor. [54] 4

Igualmente, se piensa en la protección del consumidor, reconociéndolo- en un primer momento- como "parte débil" en su relación contractual con la empresa, para luego afirmarse que existe una asimetría preferentemente de carácter informativa entre ambos sujetos económicos.

Sin embargo, también se presenta una posición distinta, lejos de la estrictamente liberal de la economía y del derecho, que en base a las críticas del modelo concurrencial(y al liberalismo) referidas anteriormente, llega a considerar que el mercado necesita una intervención más decidida del Estado. Si a esto se agrega, el pensar que es necesario una más equitativa distribución de la riqueza y que esta función no la cumple el mercado, se adopta en el siglo XX, una deliberada política de intervencionismo, y, como uno de sus pilares, se erige la protección del sujeto económico llamado consumidor en relación a la empresa, por una desventajosa posición estratégica.

Es así, como surge en las primera décadas del siglo XX, el Derecho Económico, que es definido como el derecho de la ordenación macroeconómica de un país y, cuyo aspecto instrumental es la intervención del Estado en la economía. [55] 5 Asimismo, se originan otros derechos, como el Derecho Laboral, con un afán proteccionista del trabajador y de intervención del Estado en la relación laboral.

Desde esta perspectiva, la economía ya no es dejada a un desarrollo espontáneo, como sucede en una concepción de irrestricta economía de mercado. Lo que importa es la consideración de que el mercado debe ser encausado por una decidida intervención del Estado, el cual imprime una direccionalidad al desarrollo del mercado, siendo un

[54] 4 Gutiérrez Camacho señala: "¿...qué significa competencia perfecta?. Según la teoría económica, se refiere a un mercado en el que ninguna empresa o consumidor es lo suficientemente fuerte para influir los precios del mercado. Sin embargo, sabemos que el mercado a veces nos abandona, que tiene "fallos" y que no siempre produce el resultado más eficiente. Entre los fallos más importantes, se encuentran la competencia imperfecta y las externalidades como la contaminación...En realidad, casi todos los empresarios son potencialmente competidores imperfectos. En su fuero interno todo empresario desea poder gobernar los precios, convertirse en un monopolio. El surgimiento del denominado Derecho de la Competencia, Derecho antitrust o antimonopólico, encuentra su explicación en esta realidad: la imperfección del mercado; precisamente en los EEUU es donde esta nueva disciplina ha hallado su mayor desarrollo."(Gutierrez Camacho, Walter: "Economía de Mercado y Contratación" en: Contrato & Mercado. Gaceta Jurídica. Lima enero 2000, p.138)

[55] 5 Existen diversas definiciones de este Derecho. Así, Witker señala: "Conjunto de principios y de normas de diversas jerarquías sustancialmente de derecho público que inscritas en un orden público económico plasmado en la Carta Fundamental, facultan al Estado para planear indicativamente el desarrollo económico y social de un país"(Witker, Jorge: Derecho económico. Harla México 1985, p.9) ; Moore Merino a su vez: "...sin pretender definirlo en esencia, concibamos al Derecho Económico como el conjunto de principios jurídicos que informan y de disposiciones, generalmente de Derecho Público, que rigen la política económica estatal orientada a promover un más acelerado desarrollo económico"(Moore Merino, Daniel: Derecho Económico. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile 1962, p.37; Ulises Montoya Alberti plantea: "El Derecho Económico se presenta como una rama del Derecho, cuyos preceptos regulan la intervención del Estado en la Economía"(Montoya Alberti, Ulises: El Derecho Económico. Facultad de Derecho de la Universidad nacional Mayor de San Marcos. Lima 1988, p.111) .

aspecto fundamental la protección del consumidor.

Esta forma de concebir la economía, teniendo al Estado interviniendo en ella, con objetivos de crecimiento y desarrollo, sería cuestionada a fines del siglo XX. Desde una posición liberal, se criticó dicha intervención en la economía catalogándola de política ineficiente y avasalladora de lo que sería mejor para el individuo. Se habla de que estando en una etapa de la sociedad denominada postcapitalista o del conocimiento, lo lógico es que se replantearan los roles del Estado y de los protagonistas del mercado, señalándose que el Estado debe pasar a ser un garante de la concurrencia económica; empresarios en permanente competencia en base al poder que les brinda la información y la tecnología; y un consumidor protagonista en la realidad postinductrial. [56] 6

Las críticas y propuestas parecían totalmente consistentes si teníamos en cuenta que en países como el nuestro, se había ensayado una política intervencionista sin cumplir con los objetivos de desarrollo planteados. A esto se agregaría el derrumbe de los países socialistas que habían tenido como aspecto central la planificación estatal, es decir, una intervención aún más acentuada.

En nuestro país no fue ajeno el cuestionamiento a una política intervencionista del Estado, ensayándose a partir de 1990, un orden económico liberal, con privatizaciones y desregulaciones de la economía. Se comienza a señalar que el Estado debe intervenir no en el mercado sino para el mercado, para facilitar una solución de mercado. [57] 7

No obstante, lo propuesto no ha rendido sus frutos. Si bien la factibilidad de una economía de mercado generadora de eficiencia social y económica, no resulta del todo creíble en países desarrollados, menos resulta aún en países como el nuestro con una democracia incipiente y por ende una ciudadanía débil, así como con una concentración de mercados(poca o ninguna competencia) consecuencia de nuestro escaso desarrollo.

Es necesario recordar lo dicho por Raúl Prebisch, cuando señala que podría admitirse que las leyes del mercado representan una solución racional, aunque circunscrita a los estratos favorecidos, pero en modo alguno racional desde el punto de vista colectivo. Igualmente, no puede hablarse de la soberanía del consumidor: “En un régimen de competencia nadie obliga a nadie a comprar lo que no quiere; se adquiere lo que se desea cuando hay medios para hacerlo. Pero lo que se quiere es, en gran parte, el resultado del arte de sugestión colectiva que se ejerce cada vez más, con el portentoso desenvolvimiento de los medios de comunicación y difusión social. ¡La soberanía dirigida!. Caso muy claro es éste de ambivalencia de la técnica, sirve para informar, pero al mismo tiempo para deformar. El carácter negativo de esa ambivalencia se opone al positivo en la soberanía del consumidor. Y no hay contrapeso alguno en los medios de difusión masiva al servicio de la sociedad de consumo”. [58] 8

La tesis liberal sobre protección al consumidor parte de una idea incompleta de lo que constituye el problema, tomando solamente en cuenta la existencia de una asimetría

[56] 6 Vega Mere, Yuri: Consumidor, contrato y sociedad postindustrial. Universidad de Lima. Lima 1998, pp.41 y ss.

[57] 7 Bullard González, Alfredo: “¡Firme primero, lea después! La contratación masiva y la defensa del consumidor” en: El Derecho Civil Peruano. Perspectivas y problemas actuales. Pontificia Universidad Católica del Perú. Primera edición. Lima 1993, p.16.

informativa entre la empresa y el consumidor. Si bien es cierto esta existe, sólo es parte del problema. Habrá que tener en cuenta la ventaja estratégica que mantiene la empresa, exacerbada no pocas veces, por la posición dominante en el mercado que ostenta. Esta apreciación se hace doblemente cierta en países con el Perú, en donde no existe una sociedad civil desarrollada. Por ello, el Estado no debe renunciar a cumplir una función protectora del consumidor, desde una visión integral de la economía.

Muy distante del pensamiento liberal, el cual señala que la libertad sólo es posible en una economía de mercado y, los derechos fundamentales que conocemos son producto de ella, se tiene que la protección del consumidor- como eje del derecho del consumidor-, es instrumento importante para que el ser humano alcance un completo reconocimiento como persona. De allí que se pueda concluir que es la afirmación de los derechos fundamentales y, entre ellos el derecho que todo consumidor tiene como un aspecto importante, lo que en definitiva debe ser el eje central del derecho y no solo su aspecto económico.

58 8 Prebisch, Raúl: Capitalismo periférico. Crisis y transformación. Fondo de Cultura económica. Segunda reimpresión de la primera edición. México 1987, p.16. El mismo autor agrega lo siguiente: “El mercado carece en rigor de horizonte social. En un sistema que tuviera ese horizonte, esto es, que resolviera con racionalidad colectiva el problema de acumulación y al mismo tiempo redujera progresivamente las grandes desigualdades distributivas de carácter estructural, el mercado podría llegar a ser un mecanismo eficiente”.(p.16) .

CAPÍTULO II: EL DERECHO DEL CONSUMIDOR

1. ORIGEN Y EVOLUCION

Sin lugar a dudas, la actividad de consumo se ha realizado desde tiempos históricos anteriores a la consideración específicamente jurídica. No obstante, es posible señalar algunos datos que denotan la preocupación social por la mencionada actividad y cómo se ha ido consolidando un tratamiento jurídico del consumidor.

Así, en la Biblia – citada por Julio Durand - se señala lo siguiente: “Tendrás un peso justo y exacto, e igualmente una medida justa y exacta para que se prolonguen tus días en la tierra de Yavé, tu Dios, te da. Porque Yavé aborrece al que no hace tales cosas y a toda injusticia”. [59 9]

Se considera que el derecho a los alimentos fue el primer foco de protección al consumidor. [60 0] Así - según Rivas Belotti a quien en adelante mayormente seguimos- , 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, en la India se imponían

[59 9] Durand Carrión, Julio: Tutela jurídica del consumidor y de la competencia. Editorial San Marcos, p.24.

castigos a los que adulteraban los granos y el aceite.

Asimismo, ciertos miembros del gremio panadero- en la misma Edad Media- , cometían fraude reduciendo el peso del pan y, algunas veces, adulterando la harina con sedimentos de guisante seco o de habas. Este fraude trajo como consecuencia la primera ley protectora de alimentos, denominada “Assize ot Bread”. En el año 1202, el Rey Juan de Inglaterra proclamó esta ley diciendo: “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 encontrado cometiendo la misma ofensa, él deberá ser puesto en un cepo y permanecer ahí por lo menos una hora”.

Posteriormente, en la Edad Media, fuera del gremio formado por los comerciantes y artesanos, surgieron los primeros inspectores alimenticios, el llamado gremio de los inspectores pimienta. Estos inspectores trataban de refrenar el inescrupuloso mercado de pimienta, impidiendo que se muelan otros elementos en sustitución, como cortezas y semillas, 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.

En Inglaterra, como desarrollo posterior, también fueron promulgadas diversas leyes con el objetivo de brindar protección al consumidor en lo que se refiere a alimentos. Fueron las llamadas Ley del Pan de 1836, la de la Adulteración de la Semilla y la Ley de Salud Pública de 1890, las que conformaron el punto de partida de un sistema normativo que sentarían las bases años más tarde, para contrarrestar los abusos en la comercialización de alimentos en grandes cantidades. [61] [1]

Por otro lado, los colonos en el Nuevo Mundo, no escaparon de producir o comercializar alimentos igualmente. La primera ley americana de consumo o ley de alimentos, fue promulgada en Massachussets en 1784. Luego, 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 el siglo XVIII, con la Revolución Industrial, aparece en toda su dimensión la figura del consumidor. [62] [2] Como ha expresado Toffler, las sociedades industriales trajeron como consecuencia la separación entre productor y consumidor, entre producción y consumo. [63] [3] Los productores acostumbrados a orientar su producción hacia su propio consumo(prosumidor) , en adelante lo harían con el objetivo de concurrir al mercado y para el intercambio. El mercado, adquiriría gran protagonismo. [64] [4]

Con el maquinismo, asimismo, surge la producción masiva y con ella, la contratación

[60] [0] Rivas Belotti, Rosa Luz: Derechos del consumidor. Tesis para optar el grado de bachiller en Derecho. Universidad Particular de San Martín de Porres. Lima 1992, p.15 y ss.

[61] [1] Lamas Puccio, Luis: Derecho penal económico. Librería y Ediciones Jurídicas. Segunda edición. Lima 1996, p.18.

[63] [3] Toffler, Alvin: La Tercera Ola. Plaza & Janés 1993, p.57.

masiva, su correlato en lo económico- jurídico, es decir, aquella contratación efectuada en base a modalidades como los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación. Estas modalidades contractuales eran el elemento consecuente con la producción masiva. [65] 5

[62] 2 Si bien es cierto la figura del consumidor aparece con la Revolución Industrial, no es tratado con la importancia debida ni por la Ciencia Económica ni por el Derecho. No obstante, Adam Smith- dentro del pensamiento económico- , reconoce la gran importancia del papel que el consumidor desempeña en la sociedad, aunque lo hace en un párrafo escondido en su obra monumental titulada "Investigación de la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones", que data del año 1776: "El consumo es el único fin, el objeto único de toda producción en que interviene la industria del hombre, y por tanto no existe otro medio de mirar por los intereses del productor que atender a los del consumidor. Esta máxima es por sí misma tan evidente, que excusa pararse a demostrarla. No obstante, en el sistema mercantil vemos constantemente que se sacrifica el interés del consumidor a favor del productor, e invirtiéndose en él todo el orden, la producción y no el consumo se tiene como único fin y objeto de la industria y del comercio". (Smith, Adam: Riqueza de las naciones. Tomo II. Ediciones Orbis S.A..Barcelona 1983, pp.427- 428) . Comentando lo anterior J.M. Ferguson señala que esta idea de prevalencia del interés del consumidor Smith la toma de los fisiócratas, aunque posee inestimable valor ya que Smith es el encargado de plantearlo como aspecto importante: "Durante innumerables siglos, el problema económico más apremiante para la humanidad era el del aumento de la producción, motivado por la escasez crónica de medios de vida, lo que justifica con amplitud esa falla de los pensadores hasta épocas relativamente recientes, en prestar atención al tema del consumo. Aunque tomase la idea de los fisiócratas, hay que decir, en honor de Adam Smith que reconoció la gran importancia del papel que el consumidor desempeña en la sociedad..."(Ferguson, J.M.: Historia de la economía. Fondo de Cultura Económica. Novena reimpresión. México 1982, p.74) .

[64] 4 Virgilio Roel señala sobre esta época lo siguiente: "En el siglo XVI se forma e inicia el capitalismo mercantil, en tanto que en el siglo XVIII se forma e inicia el capitalismo concurrencial e industrialista. Uno y otro son profundamente distintos: el capitalismo mercantil es monopólico y estatista, mientras que el capitalismo concurrencial e industrialista es individualista, antimonopolista y adherido al principio de la competencia. Es sólo con el capitalismo concurrencial que se produce la identificación del capitalismo con la libertad individual en el ejercicio de las actividades económicas". Más adelante, al precisar que la revolución tecnológica durante este período se presentó principalmente en tres ramas- la agricultura, transportes e industria- el autor citado dirá en lo concerniente a lo agrícola: "Esto es precisamente lo que sucedió en la agricultura de entonces: se introdujo la producción intercalada en el tiempo de los cereales con el nabo y con la alfalfa, de modo que se lograba incrementar sustantivamente la producción agraria porque se pudo contrarrestar el empobrecimiento de las tierras". Asimismo señala lo siguiente: "Pero si bien en la industria textil es en donde la mecanización provoca un cambio revolucionario, la rama en la que también se alcanza progresos notables es en la siderurgia. Las presiones motivadoras del progreso siderúrgico provinieron, en primer lugar, de las guerras napoleónicas y en segundo lugar, de la expansión ferroviaria...Las metas industriales lograron, con estos inventos, niveles verdaderamente espectaculares para la época:, Inglaterra produjo 70,000 toneladas de hierro colado en 1789, pero muy pocos años después, en 1800, la cifra de producción subió a 260,000 toneladas, para dar un salto verdaderamente espectacular en 1830, en que se llega a la cantidad de 700,000 toneladas".(Roel, Virgilio: Historia social y económica del mundo moderno. Editorial "El Alba". Lima 1985, pp. 37 y ss) .

[65] 5 Alejandro Borda al respecto, señala: "Este fenómeno de los contratos prerredactados ha dado origen a lo que se ha dado en llamar la contratación en masa, que solo consiente la elaboración de contratos en serie, severamente rígidos e invariables en su formulación. La reflexión sobre el contenido del contrato queda sustituido por una técnica rutinaria consistente en formularios impresos que favorecen el máximo rendimiento para el predisponente con natural detrimento de polo débil de la negociación". En: "La contratación en masa" en: Contratación privada. Coordinadores: Carlos Alberto Soto Coahuila y Roxana Jiménez Vargas-Machuca. Jurista editores. Lima 2002, p.269

Sin embargo, las modalidades contractuales mencionadas, unidas a una concentración de poder económico en el mercado, llevaron a un intervencionismo del Estado en la economía. De un Estado "gendarme", que sólo vigilaba la actividad económica en el mercado sin voluntad de intervenir, se pasó a fines del siglo XIX y comienzos del XX, a un Estado interventor que trataba de restablecer las condiciones de competencia así como corregir las desigualdades económicas entre los agentes y - en su versión más radical- , tratando de sustituir mediante la coacción, la voluntad de los agentes económicos. Esta transformación en el rol del Estado no era gratuita. Obedecía al abuso presentado en las transacciones comerciales, mas cuando la empresa gozaba de una posición de dominio en el mercado.

Se evidenciaría entonces, los límites del modelo de competencia o de concurrencia en el mercado. La libertad de contratar no venía aparejada de una dosis de igualdad. [66] 6 Así, como manifiesta Vega Mere, al abordarse jurídicamente la contratación en masa fue haciéndose espacio la figura del consumidor. [67] 7

La primera reacción en este campo – expresa Vega Mere - , fue la de aplicar el utillaje propio del concepto clásico de contrato para combatir la fuerza expansiva de aquellas modalidades. Se apeló a la idea de la falta de tratos previos entre los contratantes, de inducción a error, de dolo. Se reiteró la debilidad contractual de quien quedaba sujeto a aceptar un contrato sin haber participado en su elaboración. Haciendo frecuente uso de la regla favor debitoris.

La jurisprudencia tendría un papel central al apartarse de las técnicas habituales de defensa del deudor diferenciándolo del consumidor. No siempre el obligado a entregar un bien o cumplir un servicio era consumidor- explica esta coyuntura Vega Mere- ; lo podía ser la misma empresa que tenía mejor capacidad de negociación o de acopiar información: "Surge en contraste, la categoría del consumidor como sujeto participante en el mercado- pero un mercado intervenido- al cual había que dispensarle una protección ad hoc, distinta, especial, que al fin de cuentas se separaría del derecho común, no obstante que la disciplina que se construirá tendrá como substrato el derecho civil. El consumidor pasaría, entonces, a ser el nuevo personaje para el derecho, pese a que había aparecido tiempo atrás con la revolución industrial. Si en algún momento de la historia el protagonista fue el comerciante y después el trabajador(debido al creciente

[66] 6 Como expresa Vallet de Goytisolo: "La crítica del liberalismo económico fue efectuada, desde perspectivas diversas, por sociólogos, moralistas y economistas. Como expresa Vallet de Goytisolo: "La crítica del liberalismo económico fue efectuada, desde perspectivas diversas, por sociólogos, moralistas y economistas. "El punto de vista de los moralistas condena el criterio de la neutralidad moral de la vida económica. No puede aceptarse el principio de que las relaciones económicas y sociales no dimanen más que de sus leyes propias, puramente técnicas, y de que éstas sean ajenas a todo juicio de moral. "Finalmente, los economistas achacan al liberalismo "un excesivo optimismo acerca de las virtudes del laissez faire, y falta de ambición e imaginación para estimar las posibilidades de mejora en las relaciones económicas y sociales". Nuevas técnicas de previsión, cooperación, concierto y planificación- acertadas o no- se ofrecen hoy para prevenir y para superar las consecuencias sociales de los desajustes periódicamente sufridos por la máquina económica en un régimen de libertad".(Vallet de Goytisolo, Juan: Sociedad de masas y derecho. Taurus Ediciones S.A. Madrid 1969, pp.389- 390) .

[67] 7 Vega Mere, Yuri:Consumidor, contrato y sociedad postindustrial Fondo Editorial de la Universidad de Lima.Lima 1998, p.38.

avance de la legislación tuitiva en materia de relaciones de trabajo, hoy venido a menos) , ahora se reservaría el rol principal al consumidor". [68] 8

Un claro ejemplo del desarrollo de la toma de conciencia sobre la necesaria protección al consumidor podemos encontrarlo con lo ocurrido en los Estados Unidos. Así, en este país, a fines del siglo XIX se daría la primera normatividad contra aquellas situaciones que configuraran abuso de poder económico y que representaban la eliminación de la competencia.

Es el caso de la Sherman Act, la cual tuvo por objetivo controlar y establecer un manejo equitativo de las actividades económicas en el área de la protección al consumidor: "Entre sus aspectos más característicos cabe destacar, por ejemplo, la forma cómo se aplicó, dado que su ejecución en muchos casos implicaba una acusación formal de carácter criminal que podía acabar con la imposición de una multa en el mejor de los casos, o con el encarcelamiento de los autores según la gravedad del delito realizado" [69] 9

A la referida norma le seguiría la denominada Clayton Act, "cuya finalidad era establecer pautas para controlar de manera más efectiva las restricciones y abusos que se presentaban en el campo de las actividades comerciales, así como las discriminaciones intencionadas frente a los consumidores que se suscitaban cada vez con mayor frecuencia y nocividad en torno a la vigencia de los precios". [70] 0

Asimismo - menciona Rivas Belotti - , el Dr. Harvey W. Witey, fue el pionero americano en lo que respecta a la protección al consumidor. Él- quien había llegado de la India para asumir el puesto de Jefe Químico del Departamento de Agricultura en los Estados Unidos- , probó los alimentos y los encontró de "baja calidad": la pimienta extendida con polvo, el café mezclado con bellota. Así, en 1902, condujo el primer examen de la nación americana sobre los efectos de los aditivos alimenticios. Para llamar la atención sobre el problema, alimentó a doce de sus ayudantes – jóvenes químicos a quienes bautizaron como el "grupo venenoso"- , proporcionándoles una dieta firme con alimentos adulterados. Sus experimentos progresaron, creando una presión pública para la alimentación sana. [71] 1

En 1930, surge el movimiento consumerista. La investigación del consumo fue fundada por I.J. Schink, con controles de laboratorio y publicaciones en el Boletín del Consumidor. Luego, se formaría la Unión Consumerista, el cual publicó el Consumer Report, revista surgida en 1970 y que tiene más de dos millones de suscriptores actualmente.

[68] 8 Vega Mere, Yuri: Ob. Cit., p.39.

[69] 9 Lamas Puccio, Luis: Ob. Cit., p19.

[70] 0 Lamas Puccio, Luis: Ob. Cit., p.19.

[71] 1 Rivas Belotti, Rosa Luz: Derechos del consumidor. Tesis para optar el grado de bachiller en Derecho. Universidad Particular de San Martín de Porres. Lima 1992, pp.17- 18.

Entre 1920 y 1930 se sucedieron una serie de incidentes, como envenenamientos, desfiguraciones y muertes, producidos por cosméticos y medicamentos. Rexford G. Tugwell, asistente de la Secretaría de Agricultura en el gobierno de Franflin D. Roosevelt, se convirtió en el principal defensor de los derechos del consumidor en aquella época. Hizo campaña para una comida estricta y asimismo, para la promulgación de leyes de medicamentos y la regulación de cosméticos: "Como parte de su campaña para la nueva regulación, Tugwell autorizó a una ayudante, Ruth de Forrest 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 rimel", relata Rivas Belotti. En 1938 se aprobó un nuevo control de alimentos, medicamentos y cosméticos.[72] 2

En 1950, el gobernador de Nueva York, Averril Arriman, designó como primer consejero gubernamental del consumidor al Dr. Persia Campbell, quien se desempeñaba como profesor de economía.[73] 3

En 1960, el Presidente John Kennedy inició el movimiento consumerista con una fuerte campaña publicitaria en Nueva York. Asimismo, impulsó los derechos del consumidor con su mensaje pronunciado ante el Congreso de Estados Unidos el 15 de marzo de 1962. Sería entonces creado un Consejo de Prevención para el Consumidor en la Casa Blanca. "Este fue el año- señala Rivas Belotti- que el revisor técnico de FDA, el Dr. Frances Kelsey, enrostró vehementemente la oposición de la industria y rechazó los lineamientos para las firmas americanas para 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".

A su vez, en 1964 fue llevado finalmente a efecto el Correo de la Casa Blanca para Consejos del Consumidor por Lindón B. Jonson, que había sido proyectado y creado por John F. Kennedy.

Desde 1970 hasta la actualidad, en los Estados Unidos, se ha venido desarrollando el movimiento a favor de la protección de los derechos del consumidor, lo que puede verse reflejado en la legislación y en la profusión de asociaciones de consumidores.

La experiencia norteamericana nos muestra el desarrollo y la lenta consolidación de la protección al consumidor. Sin embargo, será sólo a partir de los años sesenta del siglo pasado, en donde el consumidor se abre un espacio importante jurídicamente hablando, llegando a consolidarse ese tratamiento en las siguientes décadas a finales del mismo siglo como ha ocurrido en nuestro país.

72 2 Rivas Belotti, Rosa Luz: Derechos del consumidor. Tesis para optar el grado de bachiller en Derecho. Universidad Particular de San Martín de Porres. Lima 1992, p.21.

73 3 Señala Calle Casusol sobre el origen del derecho del consumidor lo siguiente: "En realidad, el derecho del consumidor, así como ocurrió con la disciplina de la protección contra la competencia desleal y el derecho antitrust, surgió en un contexto distinto: su aparición así como su formulación se remonta a la segunda mitad del siglo XX, momento caracterizado por la toma de conciencia sobre los derechos de los consumidores y usuarios en sus relaciones de consumo". En: Responsabilidad civil por publicidad falsa o engañosa. ARA Editores. Lima 2002, p.59

Es así, como el origen de esta disciplina se presenta en muchos casos, estrechamente vinculada con la regulación de los mecanismos de contratación en masa, generalmente a través del control de la validez de determinadas cláusulas. Es el caso de la Ley alemana A.G.B. Gesetz, de 1976; del Decreto Ley N° 446 de Portugal(1985) y de la Ley N° 5741 de Israel(1980) . En otros casos, existen leyes específicas de protección al consumidor, como la Ley Federal de Protección al Consumidor de México(1975) , la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de España(1984) , las leyes 88- 14 y 92- 60 de Francia, el Código de Defensa del Consumidor del Brasil(1990) , la ley N° 24.240 de la República Argentina, y, por supuesto, el Decreto Legislativo N° 716 de 1991. [74] 4

Importante también es mencionar - en la consolidación de la protección al consumidor - , el papel de las Naciones Unidas, la que - en Asamblea General - aprobó en abril de 1985 una serie de directrices contenidas en la Resolución 39/248, siguiendo la impronta denotada en Europa a partir de la Carta Europea de Protección de los Consumidores del Consejo de Europa, en mayo de 1973 y, el Programa Preliminar para una Política de Protección e Información a los Consumidores de la Comunidad Económica Europea, de abril de 1975.

Por otro lado, en nuestro país, a partir de la Constitución de 1933, se identificó la protección al consumidor con el tema de los monopolios, es decir, a los problemas de acaparamiento y las alzas injustificadas de precios se les vinculaba con el rubro antimonopólico. [75] 5

Si bien es cierto, la protección al consumidor tiene una vinculación estrecha con la legislación antimonopolios, no es pasible de identificarse plenamente. Mientras que la primera se encuentra orientada a la verificación del respeto a los intereses del consumidor, la última está orientada a reprimir el uso indebido de la concentración de poder económico de las empresas y, mediante esta represión, que el mercado consiga su eficiencia. En la segunda normatividad hay una- por llamarla así- protección al consumidor de manera mediata o indirecta, pero no específica o directa.

No obstante lo dicho, la Constitución de 1933, en el artículo 16 prescribía: “Estas prohibidos los monopolios y acaparamientos industriales y comerciales. La ley fijará las penas que se interpongan a los contraventores. Sólo la ley puede establecer monopolios y estancos del Estado en exclusivo interés nacional”. Con lo prescrito, la Constitución sumergía dentro de su posición antimonopólica, la protección al consumidor, no dotándola de especificidad.

Dentro de la preocupación por los intereses del consumidor, también se puede mencionar aquella medida de política económica establecida a lo largo de la década de los 70, en cuanto al empleo del control de precios, y que tenía como antecedente lo implementado en el régimen de Bustamante y Rivero.

Así, en enero de 1973, mediante el Decreto Ley 19885, se congelaron todos los

[74] 4 Vega Mere, Yuri: Ob. Cit., p.60.

[75] 5 Instituto Libertad y Democracia(ILD) : La Ley Antimonopolio. Cuaderno de Trabajo 3. Lima 1989, pp. 17 y ss.

precios y tarifas que regían al 31 de diciembre de 1972, estableciéndose que sólo el ministerio pertinente podía autorizar su modificación. Los infractores estaban sujetos a multa, prisión e incluso clausura del establecimiento, según la gravedad del delito.

Esta norma sería sustituida por el Decreto Ley 19978, que mantuvo el congelamiento de precios para una lista de bienes y servicios seleccionada por cada ministerio. Se establece también una distinción entre control y fiscalización de precios. Los bienes y servicios sujetos al primer sistema no podían ver elevados sus precios sin autorización previa del ministerio respectivo, por Resolución Suprema. El segundo sistema permitía variar primero los precios, siempre y cuando la empresa dé cuenta de ello al ministerio respectivo, acompañando, mediante declaración jurada, los estudios justificatorios, dejando abierta la posibilidad de una posterior modificación a instancias de la autoridad gubernamental.

En febrero de 1976, se modifica el dispositivo anterior por el Decreto Ley 21433, que mantiene el sistema de control de precios para los bienes que determina cada ministerio y cambia la denominación de bienes fiscalizados por la de bienes regulados. El único elemento nuevo que se introduce es la fijación de márgenes de comercialización por los ministerios respectivos, para los casos en que la naturaleza del producto no permita fijar los precios de venta al público. En enero de 1977, el gobierno militar dicta el Decreto Ley 21782, por el que se flexibiliza la lista de bienes sujetos a control de precios, manteniéndose un similar tratamiento que las anteriores normas. Los dispositivos de control y regulación de precios mantuvieron su vigencia hasta 1980. [76] 6

Con la Constitución de 1979, se instauró en el Perú –aunque tímidamente aún- , un tratamiento diferenciado de la protección a los intereses del consumidor.

Así, en el artículo 110°, se señalaba lo siguiente:

“Artículo 110°. El régimen económico de la República se fundamenta en principios de justicia social orientados a la dignificación del trabajo como fuente principal de riqueza y como medio de realización de la persona humana.”

“El Estado promueve el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción y de la productividad, la racional utilización de los recursos, el pleno empleo y la distribución equitativa del ingreso. Con igual finalidad, fomenta los diversos sectores de la producción y defiende el interés de los consumidores”.

Si bien es cierto, se menciona muy incipientemente la declaración como principio de la defensa del interés del consumidor, es ya un gran avance, pues es tomado como aspecto importante en cuanto a la promoción del desarrollo económico y social. Es precisamente con este artículo 110°, con el cual se abre el Título III destinado al Régimen Económico nacional.

Cabe también señalar, algunos dispositivos dados en la década del 80, que tuvieron como contenido la preocupación por la protección de los consumidores. Es el caso del Decreto Legislativo N° 123 del 12 de junio de 1981. que establecía la “Ley sobre Delitos Económicos”, prohibiendo el acaparamiento y las alzas de precios de los productos que

[76] 6 Instituto Libertad y Democracia(ILD: Ob. Cit, pp. 18.

todavía quedaban controlados, así como la alteración o modificación de su cantidad, calidad y peso. Las sanciones son de multa o prisión de hasta cuatro años, según la gravedad del delito. Dos años después, como consecuencia del desabastecimiento ocurrido, se daría el Decreto Supremo N° 036 del 22 de julio de 1983 que contenía las "Medidas extraordinarias en materia económica en defensa de los consumidores", en las cuales se establece la facultad del gobierno de determinar los productos que van a estar sujetos a control de precios. Se definen igualmente los procedimientos mediante los cuales los municipios supervisan y sancionan la observancia de esta ley, y se dictan normas para la difusión comercial, las ventas a crédito, las prestaciones de servicios y el comercio ambulatorio.[77] 7 [78] 8

Asimismo, a raíz de la promulgación del Código Civil de 1984, se introducen una serie de normas referentes a la contratación en masa, y, como aspecto particular la protección al consumidor.

Con la Constitución de 1993, se pretende establecer un régimen basado en la economía de mercado, asignándosele al derecho la función de restablecer las condiciones para un régimen de competencia.

Dentro de este panorama normativo, se particulariza el tratamiento a los intereses del consumidor en el artículo 65° de la siguiente manera:

"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".

Dentro de una concepción liberal y, por tanto en un régimen de economía de mercado, se delinea la protección al consumidor, poniendo particular énfasis en la existencia de lo que se denomina "asimetría informativa" en la relación empresa – consumidor. Se obliga a un trasvase informativo de la empresa al consumidor o usuario y, una vez cumplido esto, el propio mercado logrará la solución eficiente.

No obstante que la Constitución vigente data desde 1993, se dieron una serie de normas con anterioridad, que comenzaron a perfilar una economía de mercado. Es el caso del Decreto Legislativo N° 701 o Ley Antimonopolios, Decreto Ley N° 26122 o Ley de Represión de la Competencia Desleal; asimismo, aquella normatividad específica de protección al consumidor como el Decreto Legislativo N° 716 y el Decreto Legislativo N° 691, Ley de Protección al Consumidor y Ley de Publicidad Comercial, respectivamente. Todas ellas tienden a facilitar una solución de mercado, a que se alcance la eficiencia económica y, que el consumidor vea satisfechas sus expectativas. De allí que se hable de la existencia de una normatividad orientada mediatamente a proteger al consumidor y, de una normatividad que directamente proteja al mismo, como los decretos legislativos

[77] 7 Instituto Libertad y Democracia(ILD: Ob. Cit, pp. 19- 20

[78] 8 También en cuanto al análisis del Decreto Supremo 036- 83 JUS en relación a la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos puede revisarse: Payet, José Antonio: La responsabilidad por productos defectuosos. Tomo II. Pontificia Universidad católica del Perú. Fondo Editorial Lima 1997, pp. 911 y ss.

últimos en nombrar. [79] 9

Asimismo y siempre dentro de una economía de mercado, se han dado una serie de normas para proteger la libre competencia en lo que concierne a las telecomunicaciones, sector eléctrico y transportes, creándose organismos como OSIPTEL, OSINERG, SUNASS y OSITRAN, regulando los mercados respectivos de servicios públicos.

2. CONCEPTO DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR

El Derecho del Consumidor en nuestro país sólo surge con la dación del Decreto Legislativo N° 716 en 1991, aunque desde mucho tiempo antes se planteara doctrinariamente la preocupación por la protección de sus intereses.

Sin embargo, existe la opinión de que el Código Civil de 1984 destinó parte de su articulado a la contratación en masa y, deliberadamente dentro de ésta, a una protección al consumidor. Por tanto, consecuentemente con ello se marcaba el surgimiento de la normatividad respectiva. Para los que comparten esta opinión entonces, la figura del consumidor habría estado presente al regularse de tal forma las modalidades contractuales, como el contrato por adhesión y las cláusulas generales de contratación.

No obstante, de la explicación de los fundamentos que obran en la Exposición de Motivos del Libro “Fuentes de las Obligaciones”, en lo que corresponde al contrato por adhesión(como se ha señalado, una de las principales modalidades de la denominada contratación en masa) , efectuada por el profesor Max Arias- Schreiber Pezet [80] 0, no se puede advertir una mención expresa a que el objetivo sea la protección al consumidor. [81] 1

Así, si tenemos una lectura atenta a dicha Exposición de Motivos, en lo que atañe al contrato por adhesión, podemos encontrar que a la par de resaltar - el profesor mencionado- la importancia de la inclusión de esta figura contractual, señala lo siguiente: “Básicamente nos preocupaba el hecho de que quien establece el esquema impone sus reglas a la contraparte, la que de no adherirse simple y llanamente no celebra el contrato; todo lo cual agranda la brecha existente entre la parte fuerte y la débil de la relación

[79] 9 Comentando la experiencia chilena en lo que respecta a lo que significa la protección al consumidor, López Santa María señala lo siguiente: “El avance vertiginoso del desarrollo económico chileno, bajo el gobierno militar y durante el reciente y el actuar gobierno democrático, han generado los requisitos previos para que ahora pueda afirmarse que proteger a los consumidores no es tanto una medida de orden público social, como de riguroso orden público económico: la competencia no sólo debe ser libre, sino que tiene que ser leal. De ello depende, en gran medida, el destino de la economía de mercado”. En:“Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas” en: Contratación privada. Coordinadores: Carlos Alberto Soto Coahuila y Roxana Jiménez Vargas- Machuca. Jurista Editores. Lima 2002, p.203.

[80] 0 Arias Schreiber Pezet: Exposición de Motivos y Comentarios. Contratos en general. En: Código Civil. Tomo VI. Exposición de Motivos y Comentarios. Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil. Compiladora: Delia Revoredo de Debakey. Tercera edición. Lima 1988, p.51 y ss.

contractual". Y más adelante concluirá: "...aparece con toda claridad, que en los contratos por adhesión una parte poderosa impone sus términos y la contraparte está sometida ordinariamente a una situación de necesidad o cuando menos, de alta conveniencia, al extremo de que existen tratadistas que afirman que en este contrato se da un estado de compulsión".

De manera que se puede establecer que no existió expresamente como objetivo, la protección al consumidor, aunque en honor a la verdad, si se puede señalar que implícitamente se advierte una preocupación subyacente. [82] [2] El mismo Max Arias Schreiber- Pezet, advierte al final de su explicación lo siguiente: "Existen diferentes maneras como se presenta el contrato por adhesión. Son frecuentes los casos en que las empresas destinadas a proporcionar servicios públicos tienen estipulaciones previas y elaboradas de un modo tan rígido que quienes estén tan interesados en utilizarlas no tienen otra alternativa que admitirlos o quedar privados de tales servicios. En situaciones similares están quienes se dedican a actividades como la del aseguramiento en sus diversos matices, la venta de pasajes terrestres, marítimos o aéreos, la suscripción de revistas y todo tipo de publicaciones, etc. Se trata, en suma, de instrumentos destinados a facilitar la contratación, que "se toman o se dejan". Lo que está descartado es la posibilidad de que se negocie sus términos, pues por tratarse de un monopolio de derecho o por otras consideraciones similares, esa capacidad no existe".

Yuri Vega explica esta circunstancia, diciendo que se identificaba lo que ahora conocemos como consumidor con la parte deudora de la relación obligatoria: "Debido a los excesos del capitalismo moderno, el Estado interventor, 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, decidió darles protección haciendo uso de la fórmula favor debitoris...". El favor debitoris- continúa diciéndonos Yuri Vega- "era, asimismo, una opción del legislador, al estimar que la parte débil de las relaciones obligatorias masivas era aquella que no predisponía o prerredactaba las

[81] [1] Soto Coaguila opina que la regulación de la contratación en masa y la protección al consumidor son dos cosas distintas, proyectando una duplicidad de regulación: "Aunque parezca innecesaria una duplicidad de normas que regulen supuestos similares, como son la nulidad de las cláusulas abusivas, el hecho de que se apliquen a sujetos contractuales distintos, hace necesaria una regulación dual. Creemos que el Derecho peruano también debería orientar su técnica legislativa hacia una regulación de las cláusulas abusivas y el deber de información en los contratos predispuestos, tanto en el Código Civil como en la Ley de Protección al Consumidor, con esto se evitará la confusión en torno a la finalidad de las cláusulas generales de contratación, la que reiteramos, está orientada a facilitar el tráfico masivo de bienes y servicios, permitir la contratación en masa y no proteger al consumidor", en: "Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos" en: Contratación privada. Coordinadores: Carlos Alberto Soto Coaguila y Roxana Jiménez Vargas- Machuca. Jurista editores. Lima 2002, p.253.

[82] [2] Yuri Vega Mere señala lo siguiente: "No sabemos, a ciencia cierta, si la figura del consumidor gravitó en el régimen por el cual finalmente se optó. Me atrevería a pensar que no fue así- sin desmerecer la opci´´on del Código- debido al incipiente desarrollo del Derecho del Consumidor en nuestro medio desde hace doce años".(Vega Mere, Yuri: "Oferta, información y consumidor(Oferta al público y oferta a los consumidores) " en: Derecho, Economía y Empresa. Compiladores: Víctor Malpartida Castillo y José Palma Navea. Taller de Derecho de la Empresa de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Editorial San Marcos. Lima 1999, p.67) .

condiciones generales de contratación o el contrato por adhesión(la drafting party) ". [83] 3

Entonces, efectivamente, no existió expresamente el objetivo de proteger al consumidor, pero, siendo la vinculación entre estas modalidades de la contratación en masa tan estrecha con respecto a la protección al consumidor, era lógico se aluda al tema materia de este trabajo.

Por otro lado, los aspectos aludidos por el Derecho del Consumidor son diversos. [84] 4 Es que este derecho lo que hace es otorgar un diverso punto de vista sobre la normatividad vigente asignándole un sentido particular. Así, al comentar Eduardo Polo la proclamación constitucional del principio de protección de los consumidores y usuarios en España en 1978, señala que no sólo afecta al derecho de los contratos(como sería el caso de las modalidades contractuales citadas) sino que exige "reordenar jurídicamente, desde aquellos protectores de la salud, la seguridad y el medio ambiente, a los que afectan a la información de los consumidores y usuarios, a la publicidad de los productos y servicios y a la defensa de la competencia, a la responsabilidad de los daños y, en fin, a la protección de los intereses económicos del consumidor y del usuario en el contrato, protección ésta que adquiere singular relieve e importancia, como hemos dicho, cuando éste se celebra mediante el recurso a las denominadas condiciones generales de contratación preestablecidas unilateralmente por la empresa...". [85] 5 [86] 6

Lo anterior es importante tenerlo en cuenta para caracterizar al derecho del consumidor como derecho autónomo o subordinado a otra disciplina. Se opta mayoritariamente por considerarlo como autónomo, con caracteres propios como la previsión y la integración, así como el de buscar esencialmente la reparación del daño causado al consumidor.

Sin embargo, lo que particulariza a este derecho será ese distinto modo de observar las situaciones conflictivas y de la aplicación de la normatividad vigente. Si el derecho

[83] 3 Vega Mere, Yuri: Ob. Cit., Lima 1998, p.61

[84] 4 Para el caso del derecho argentino, Ernesto Wayar señala: "La protección que debe dispensarse a los consumidores imponía e impone la necesidad de dictar normas que, en rigor, incumben – a partir de la Constitución Nacional- a varias ramas del derecho; así, esas normas corresponden al Derecho Privado, al Administrativo, al Procesal y al Penal. Se trata de un vasto campo...". En: Wayar, Ernesto: "Defensa del Consumidor" en: Themis N°32. Segunda Época. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 1995, pp. 165 y ss., específicamente p.166.

[85] 5 Polo, Eduardo: Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos. Editorial Civitas S.A. Primera edición, Madrid 1990, p.26.

[86] 6 Algo similar a la diversidad de aspectos vinculados entre sí, advierte Alfredo Bullard, al referirse a la contratación en masa: "No pretendemos en el presente trabajo hacer un análisis exhaustivo de todas las diversas modalidades en que se presenta el problema de la contratación en masa(contratos por adhesión, cláusulas o condiciones generales de contratación, contratos de hecho, conducta social típica, contratos estándares, protección del consumidor, ofertas al público, etc) ...".(Bullard, Alfredo: "Contratación en masa. ¿Contratación?". Estudios de Análisis Económico del Derecho. ARA editores, Lima 1996, p52) .Como se podrá apreciar la vinculación entre los temas mencionados es tan estrecha que puede iniciarse el análisis respectivo en cualquiera de estos aspectos, lo que nos llevará indefectiblemente a recalar en otro de los nombrados.

decimonónico mantenía como criterio prevaleciente uno individualista y muy pocas veces solidario, el derecho del consumidor marca ya la consolidación de un criterio colectivo y solidario. La persona no es sólo individualidad sino también socialidad, aspectos no contrapuestos, sino complementarios.

Pero, el asignar autonomía a este derecho no nos debe llevar a pensar en un derecho estatutario, es decir, un derecho especial y distinto en términos absolutos. El derecho al consumidor tiene sentido en la medida que es tomado como parte en la construcción de la ciudadanía, en la medida que se tiene en cuenta la protección de la persona como una totalidad. [87] 7

El asumir al consumidor como categoría jurídica(y económica) – como expresa Yuri Vega Mere- es sólo para efectos de delimitar la actuación de las normas de protección, pero no diferente de la totalidad que encierra el ser humano: "Consumidor somos todos, incluso los proveedores o quienes actúan en nombre y representación de ellos una vez que se despojan de esa condición". [88] 8

Por ello es que se manifiesta que el derecho del consumidor es un derecho humano. Así parece ser asumido por las Naciones Unidas y otras Convenciones Europeas citadas en líneas precedentes. [89] 9

Por otro lado, no existe una sola forma de asumir la protección de los consumidores. Así, en primer lugar, se admitirá una protección en base a la intervención del Estado,

[87] 7 Al respecto, Juan Farina señala: "El derecho del consumidor y usuario no es un "estatuto" pues no existe una clase, o un gremio, o una profesión de consumidores, dado que todos los seres humanos somos consumidores encuadrables en las previsiones de la ley 24.240(Ley de Defensa del Consumidor y Usuario en Argentina) , sin distinciones sociales ni 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 "respirantes"...". En: Farina, Juan: Defensa del Consumidor y del Usuario. Editorial Astrea. Buenos Aires 1995, pp.1- 2.

[88] 8 Algo similar sucede en la Ciencia Económica cuando se manifiesta que para efectos del análisis microeconómico se distingue el productor del consumidor, teniendo la persona las dos funciones siempre: "Los agentes económicos se desenvuelven normalmente en dos dimensiones: como unidades productoras y como unidades consumidoras. Por ejemplo, un zapatero ofrece el servicio de arreglar zapatos y en este caso se desempeña como unidad productora. Pero este zapatero también necesita comprar alimentos para llevar a su casa; en este caso se desempeña como una unidad consumidora. Las excepciones a este fenómeno son aquellas personas que no producen ni pertenecen a unidades productoras(menores de edad, ancianos, estudiantes) "(Instituto Apoyo: Economía para todos. Editorial Bruño. Lima 1997, p. 67) .

[89] 9 En este mismo sentido se pronuncia López Cábana cuando señala: "Bien está que los ordenamientos positivos conciban al consumidor como merecedor de protección, sobre todo porque, como se concluyó de manera unánime, al estudiar el daño a la persona, en las XIV Jornadas Nacional de Derecho Civil, que tuvieron lugar en la ciudad de San Miguel de Tucumán en septiembre de 1993, "en el mundo actual con su vertiginoso avance científico tecnológico le corresponde a la ciencia jurídica emplazar al hombre como centro del ordenamiento, privilegiando su protección integral en el marco de la humanización del Derecho"(Com. 2, rec. 1 de lege lata) ". En: López Cabana, Roberto Manuel: "La reparación de daños en la Ley Argentina 24.40 de Defensa del Consumidor" en: Revista Jurídica del Perú. Año XLV N°2 Abril- Junio 1995, pp. 75 y ss, específicamente p.79. También puede verse de Alterini, Atilio Aníbal y López Cabana, Roberto: Temas de Responsabilidad Civil. Coedición: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires 1995, p.282.

circunscrita a la corrección de las fallas del mercado, como en el caso de nuestro país, que como fundamento del Decreto Legislativo N° 716 se expresa que tiende a combatir la asimetría informativa, y, una vez corregida ésta, será el mecanismo de mercado el que logre la satisfacción de la expectativa del consumidor.

En segundo lugar, existe una forma también basada en la intervención del Estado, pero de manera más acentuada, con el objetivo de proteger al consumidor, representada por medidas de política económica, como el control de precios o los precios regulados o administrados, como se ensayó en nuestro país en la década de los 70. Aquí el mecanismo de mercado queda subordinado a los dictados de la política económica.

3. FUNCIONES DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR

Se coincide en que la principal función del derecho del consumidor es el mantenimiento de las condiciones de integridad psicofísica del género humano, lo que al decir de Stiglitz constituye el interés primario del consumidor. [90] 0

De esta función principal se puede deducir la prevención y reparación del daño a la persona del consumidor como pautas caracterizadoras de la legislación de los distintos países.

Al decir de Stiglitz, el derecho del consumidor asume el mantenimiento de las condiciones de integridad psicofísica como función principal, debido a que las condiciones mencionadas son amenazadas “por la transformación del consumidor en un objeto del mercado de masas, blanco de presiones materiales y espirituales surgentes de fenómenos de producción, promoción y distribución, sistemáticamente organizados por la gran empresa. La estrategia se lleva a cabo mediante prácticas comerciales a menudo abusivas, y que pueden alcanzar el extremo de poner en peligro la salud y la seguridad de los individuos”. [91] 1

Asimismo, esta situación de permanente amenaza a la integridad del ser humano, común –en lo esencial- a distintas realidades, hace que sea recurrente encontrar en la legislación comparada, que se estimule la imposición al empresario, del deber de informar adecuadamente al consumidor, sobre los riesgos inherentes a los bienes y servicios; la concreción de procedimientos rápidos y simples para poder retirarlos del mercado cuando presenten peligros; la determinación de los productos que, pudiendo ocasionar perjuicios, deben ser objeto de autorización armónica, entre otros. [92] 2

Es interesante resaltar- como también lo ha hecho Yuri Vega- , que en el derecho del consumidor alcanza una dimensión especial el derecho a la salud: “En sede de derecho

[90] 0 Stiglitz, Gabriel A.: Protección jurídica del consumidor. Editorial Depalma. Segunda edición. Buenos Aires 1990, p.7.

[91] 1 Stiglitz, Gabriel A.: Ob. Cit., p.7.

[92] 2 Stiglitz, Gabriel A.: Ob. Cit., p.8.

del consumidor, el concepto de salud no es más un deber impuesto al Estado. Es un límite infranqueable que no puede ser desconocido ni pasado por alto por proveedores ni empresas publicitarias. Es un concepto que, por ende, también es susceptible de ser invocado en las relaciones jurídicas privadas".[93] 3

De la misma manera- siguiendo a Stiglitz- podemos señalar como función propia de este derecho, la defensa de los intereses económicos del consumidor o usuario: "...el aprovechamiento de los consumidores por la empresa, del cual deriva la desigualdad en las relaciones creditorias, entraña de ordinario peligros de naturaleza económica. En efecto, la frustración del fin del contrato, o el daño aquiliano, expanden sus efectos, entre los bienes del consumidor, primordialmente sobre su patrimonio".[94] 4

A su vez, una de las funciones principales y muchas veces no percibida es la visión distinta que asigna el derecho del consumidor a la normatividad existente y muchas veces aparentemente distante. No sólo es la afectación de diversa normatividad a la que el derecho del consumidor integra de una forma muy particular. Es también la asignación de una mirada distinta a normatividad que aparentemente se encuentra lejos de los intereses del consumidor. Así, se tenderá a la integración de disciplinas como el derecho de la competencia, de la publicidad, del derecho de la propiedad industrial y también – como anota Ricardo Beaumont Callirgos- de la normatividad sobre reestructuración patrimonial.[95] 5

4. ¿QUIÉN ES CONSUMIDOR O USUARIO?

La categoría jurídica del consumidor o usuario es sumamente importante a fin de delimitar la actuación de las normas de protección. Por ello, resulta imprescindible especificar a quien nos referimos cuando hablamos de un consumidor o usuario.

Como en muchas otras situaciones, el Derecho configura o construye jurídicamente una noción de consumidor, que puede diferir en parte de lo que tengamos como noción del mismo en la Ciencia Económica o comúnmente en la cotidianeidad.[96] 6

Así, por ejemplo, Alterini [97] 7 advierte que la caracterización del consumidor es problemática y señala que en términos generales, hay concepciones objetivas y

[93] 3 Vega Mere, Yuri: Ob. Cit., Lima 1998, p.76.

[94] 4 Stiglitz, Gabriel A.: Ob. Cit., p.23.

[95] 5 Beaumont Callirgos refiere que al lado de los tres temas señalados comúnmente como integrantes del derecho del consumidor(libre funcionamiento de los mercado; practicas desleales y, las leyes que buscan ofrecer vías de reclamo al consumidor perjudicado) , existiría un cuarto campo de protección(indirecta) del consumidor: el de la conservación de la empresa cuando atraviesa por dificultades económicas, dotándola de mecanismos que le permitan una salida sin complicaciones, cuando no existan posibilidades de recuperación.(Beaumont Callirgos, Ricardo: "Derecho del consumidor y reestructuración empresarial" en: Ponencias al I Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Instituto Peruano de Derecho Civil y Comercial, Lima 1994, p.429.

concepciones subjetivas con respecto al consumidor.

Las concepciones objetivas- según el autor argentino- , suelen contener un componente positivo y otro negativo: el elemento positivo consiste en la exigencia de que el acto de intermediación sea realizado por un profesional del comercio, y el elemento negativo atañe al sujeto calificado como consumidor, que no debe actuar profesionalmente.

Asimismo, en las definiciones subjetivas hay también un componente positivo: para ser considerado consumidor el sujeto debe destinar la adquisición a su uso personal o familiar; pero la calidad profesional del intermediario resulta indiferente.

Concluye Alterini, que es la definición objetiva la adoptada en la legislación argentina, brasileña y, por cierto la peruana, incorporada ésta última en el Decreto Legislativo N° 716.

En lo que se refiere especialmente a la caracterización del consumidor, tendríamos que partir de lo señalado en la mencionada ley peruana. Así, en el art. 3° - que contiene una necesaria definición de términos- , en su inciso a) , se considera como consumidor o usuario lo siguiente: “Consumidores o usuarios. Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios”.

La anterior definición - como se puede advertir- , es de carácter muy general, que ha tenido que ser explicitada por la Resolución N° 101- 96- TDC de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI. [98] 8

Dicha Resolución señala que para que una persona, ya sea natural o jurídica, sea considerada como consumidor, es necesario que concurran por lo menos dos condiciones. Por un lado i) debe adquirir, utilizar o disfrutar un producto o servicio; por otro; ii) debe ser el destinatario final de los mismos.

De la primera condición- continua exponiéndose en dicha Resolución- , se puede establecer que el ámbito de protección de la ley no se encuentra restringido exclusivamente a los compradores o contratantes de un producto o servicio: “Una persona puede entrar en contacto con un bien o un servicio de muchas maneras sin necesariamente haberlo adquirido directamente como propietario o sin que incluso medie una relación contractual con el proveedor. Así, por ejemplo, una persona puede recibir prestado o regalado un producto de quien lo adquirió, que posteriormente resulte

[96] 6 Barre dice que “el consumo señala la satisfacción de las necesidades y se traduce por una destrucción de los bienes y servicios: nuestro apetito se calma en el momento que hemos comido pan; nuestro deseo de presenciar un espectáculo queda satisfecho cuando termina la representación teatral; un automóvil, un bien de consumo durable, debe ser reemplazado cuando ha recorrido un número determinado de miles de kilómetros”(Barre, Raymond: Economía Política. Tomo 1. Editorial Ariel. Octava edición. Barcelona 1975, p.33) .

[97] 7 Alterini, Aníbal Atilio: “Los contratos de consumo” en: Revista de Derecho y Ciencias Políticas. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Vol. 50. Lima 1993, p.21 y ss.

[98] 8 Indecopi: Jurisprudencia. Precedentes de observancia obligatoria. Editorial Normas Legales. Trujillo 2000, pp. 326 y ss.

defectuoso. Lo mismo ocurriría con el caso del padre que compra juguetes para sus hijos. Si bien los hijos no son parte de la relación contractual con el proveedor, si son consumidores de los juguetes. Nada justifica distinguir estos supuestos del de un consumidor- comprador".

En lo que respecta a la segunda condición, la Resolución señala que no basta que la persona adquiera, utilice o disfrute un producto o un servicio, para que esta sea considerada como consumidor. Se necesita la calidad de destinatario final de los mismos: "...la Sala considera que el consumidor que la Ley de Protección al Consumidor ampara es más bien el que ocupa el último eslabón de la cadena producción- consumo, es decir, aquel que adquiere, disfruta o utiliza un bien o servicio, en principio, para la satisfacción de sus necesidades personales, familiares o de su entorno social inmediato. En este contexto, en principio, no le es exigible a quien adquiere, utiliza o disfruta un bien o servicio la diligencia propia del proveedor, sino únicamente la que le corresponde como un consumidor razonable".

Lo anterior entonces implica que el consumidor- caracterizado como lo ha hecho la Sala- , destina al producto o servicio un uso distinto al que le asignaría un proveedor: "Esto implica que no pueden ser considerados consumidores o usuarios para efectos de la Ley, los proveedores cuando adquieren, utilizan o disfrutan un bien o servicio para el desarrollo de sus actividades como tales, pues en tal circunstancia, la persona no adquiere, utiliza o disfruta un bien o servicio como el último eslabón de la cadena producción- consumo, dado que su consumo no agota el bien o servicio, sustrayéndolo de la actividad económica comercial o industrial".

También la Sala reconoce la existencia de zonas grises, en los que no es sencillo determinar con toda precisión si el valor del bien se agota o no con su uso por el destinatario: "Ello ocurriría, por ejemplo, con el caso de quien adquiere un bien para su uso simultáneo como consumidor final y como proveedor. El padre de familia que utiliza el automóvil familiar como taxi en sus horas libres o la madre de familia que usa una máquina de coser para prestar el servicio de confección de vestidos son ejemplos gráficos de este supuesto". Para estos casos la Sala se pronuncia diciendo que "en caso de duda sobre la naturaleza del destino que se da al bien, debe presumirse que el mismo es destinado al uso personal, familiar o del entorno social inmediato del consumidor".

La Sala resalta la importancia de la configuración del proveedor, al lado del consumidor. Se tiene como proveedor, según señala la Sala "... a toda persona natural o jurídica, que se dedique: (i) en establecimientos abiertos al público,(ii) en forma habitual, a la producción o comercialización de bienes(esto es a la fabricación, elaboración, manipulación, acondicionamiento, mezcla, envasado, almacenamiento, preparación, expendio o suministro de bienes) o a la prestación de servicios en el territorio nacional...".

La definición anterior de proveedor, en opinión de la Sala es importante tenerla en cuenta, para aquellos casos en particular en los que se debe determinar si una persona es o no consumidor en los términos de la ley. Por ejemplo, en los casos de empresas o comerciantes que adquieren, utilizan o disfrutan bienes o servicios que no incorporan al desarrollo de su actividad como proveedores

Asimismo, cabe resaltar que es necesario tener en cuenta tanto un concepto de

consumidor como de proveedor. Así, el caso presentado por la propia Sala en la mencionada Resolución: “Podría decirse que existen ciertos bienes que son adquiridos por sus destinatarios finales y que son sustraídos totalmente del circuito económico. Así, por ejemplo, una persona que adquiere un automóvil para su uso personal puede reincorporarlo al circuito económico para venderlo como un automóvil usado. Pero debe advertirse que en el uso de que le dio antes de la venta, si bien no estuvo dirigido a producir nuevos bienes y servicios, como sí hubiera ocurrido si el automóvil hubiera sido utilizado para prestar el servicio de alquiler de vehículos. Por ello es importante considerar lo que establece el Artículo 1° del Decreto Legislativo N° 716 según el cual la Ley se aplica a todas las personas naturales o jurídicas que en establecimientos abiertos al público o en forma habitual se dedican a la producción o comercialización de bienes y servicios. Esta realización de operaciones comerciales en establecimientos abiertos al público o de manera habitual no es compatible con la situación de consumidor que vende su automóvil como usado”.

Precisa además la Sala en la Resolución mencionada, que no debe perderse de vista que la tutela prevista en la Ley de Protección al Consumidor se dirige a resolver problemas de asimetría informativa entre categorías definidas de sujetos, teniendo en cuenta la ineficacia que podría tener el sistema judicial para brindar una protección satisfactoria, dado el tipo de operaciones que se presentan. Por eso no se necesita determinar el fin concreto para el cual un bien o un servicio se adquiere, utiliza o disfruta, sino simplemente lo que objetivamente ocurre con los bienes o servicios en cuestión.

Además cabe señalar, que en la Resolución mencionada, la Sala advierte que el concepto de consumidor o usuario, es un control de entrada al procedimiento, una determinación de qué categoría es amparada por las normas de Protección al Consumidor, sin perjuicio de que en el análisis concreto de los casos que se admitan llegue finalmente a probarse o no la existencia de una infracción. Es pues- concluye la Sala- un análisis hecho previo a la revisión de fondo y en abstracto. Sobre esto último señalado, es pertinente agregar que si bien alguien puede ser consumidor, no necesariamente va a estar protegido por la Ley de Protección al Consumidor, si del análisis del caso concreto, se llega a señalar que no existía la asimetría informativa que es precisamente lo que busca corregir la mencionada ley. Es el caso que refiere la Sala: “...un médico puede tener mejor información que una farmacia cuando adquiere una medicina, precisamente por su conocimiento profesional. Pero siendo que el análisis debe ser hecho por categorías, si éste adquiere el medicamento para su propio consumo, formará parte de la categoría de consumidor o usuario y podrá presentar una denuncia amparando sus intereses por medio del Decreto Legislativo N° 716, aunque en definitiva, luego podría declararse infundada la denuncia porque en el caso específico no hubo infracción a la Ley”.

Como se podrá apreciar, la caracterización jurídica del consumidor es de sumo compleja, y tendrá que ser vista a la luz de la legislación pertinente que difiere en el derecho comparado, y, asimismo, de las precisiones hechas por la correspondiente jurisprudencia. Por tanto, los conceptos de consumidor y de proveedor, se encuentran enlazados entre sí, y, - como manifiesta la jurisprudencia- se les debe caracterizar observándolos en la relación de categorías correspondiente.

CAPÍTULO III:CONSTITUCIÓN ECONOMICA Y PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los conceptos muy utilizados actualmente, es el de “Constitución Económica”. Esta es definida generalmente como el conjunto normativo que trata, reconoce o establece un sistema económico. Se distingue, a su vez, entre constitución económica formal(conjunto normativo) y constitución económica material(orden real de la economía de un país) .

Es así, que con los cambios ocurridos en nuestro ordenamiento jurídico iniciados a fines del siglo XX, se ha vuelto de primer interés, el establecer las relaciones que ocurren entre la constitución económica formal y el derecho del consumidor, ya que forman una unidad en cuanto al tratamiento de los aspectos económicos.[99] 9

El presente capítulo, tiene como objetivo, tratar sobre las relaciones entre la constitución económica formal y la protección al consumidor. Pero a su vez, no tendríamos una visión completa si no agregamos como elemento de análisis, a la

constitución económica real.

2. LA CONSTITUCION ECONOMICA

2.1. Aspectos Históricos y Doctrinarios

Si bien el término constitución económica circula a partir del siglo XX, concretamente en la década del 20 en Alemania con la República de Weimar y su uso se generaliza en 1925, sería Carl Schmitt quien lo incorpora a la literatura jurídica, con la aparición de su obra "La Defensa de la Constitución" en 1931. [100] 00

En el mencionado libro, Schmitt utiliza éste término, aunque sin definirlo, pero si cuestionándolo. Nos dice que es peligroso "economizar" al Estado, ya que esto no es posible sin atentar contra la constitución, entendida en su sentido clásico. [101] 01

Interpretando lo dicho por este autor alemán, García Belaunde señala: "La concepción que Schmitt combate entiende por "constitución económica" aquella en la que el Estado debe dar prevalencia a la regulación económica de una sociedad determinada, y que en un extremo puede conducir a crear dentro del Estado una dirección plenamente económica, de tipo sindical o soviética, que podría conducir al stalinismo o al fascismo corporativo." [102] 02

[99] 9 Quispe Correa refiere lo siguiente: "Se debe señalar que en la historia constitucional se ha hecho referencia constante a la economía y que, en las sociedades marxistas, tuvo especial preponderancia. Lo que distingue la preocupación actual no es sólo el hecho que el mundo se reduce a una aldea, sino que la carta(se refiere a la Constitución del Perú de 1993) desarrolla un modelo coherente en base a la ideología liberal que es, precisamente, la distinción con los sistemas marxistas". En: Quispe Correa, Alfredo: La Constitución Económica. Editorial Gráfica Horizonte. Lima 2002, p. 7

[100] 00 García Belaunde, Domingo. Teoría y Práctica de la Constitución Peruana Tomo 2. Ediciones Justo Valenzuela. Lima 1993 p.51.

[101] 01 Smitt se refiere así a la constitución económica: "La otra solución opuesta, la de dar al Estado, convertido en estado económico, una verdadera Constitución económica, sea la del Estado estamental, sindical o soviético, tiene a primera vista la ventaja de que responde más exactamente y se adapta mejor a las circunstancias reales. Sin embargo, tal ventaja no pasa de ser un beneficio abstracto, y en la realidad su concreción sería peligrosa e induciría a error... Es muy digno de tenerse en cuenta que en la actualidad sólo dos grandes Estados poseen semejantes Constituciones económicas: la Rusia comunista, con su sistema soviético, y la Italia fascista con su stato cortorativo. Trátase de dos países en gran parte agrarios todavía, que no se hallan a la cabeza de la evolución económica y del progreso industrial, y cuya Constitución económica está ensombrecida por una organización de partido rígidamente centralizada y por el llamado "Estado de un solo partido". El sistema de la Constitución económica no tiene, en este caso, el sentido de hacer libre y autónoma la Economía, sino que sólo trata de ofrecerla al Estado y someterla a él; el régimen de un solo partido se deriva de la necesidad de impedir el dominio del Estado por diversos partidos, o sea de la conveniencia de evitar la dispersión pluralista del estado".(Schmitt, Carl: La Defensa de la Constitución. Editorial Tecnos S.A. Madrid 1983, p. 165- 166) .

No obstante lo dicho anteriormente, Miguel Herrero de Miñón advierte que la denominación es acuñada por Beckerath(autor también alemán) , en 1932, con motivo del homenaje al economista y sociólogo Werner Sombart.

Con esta denominación, Beckerath alude a una serie de preceptos aparecidos en constituciones posteriores a 1917, que tratan aspectos económicos. Estos preceptos no sólo tienen que ver con el derecho de propiedad, punto ya tratado en ordenamientos constitucionales del siglo XIX, sino con la intervención del Estado en la economía, tanto para posibilitarla, como para orientarla y limitarla. [103] 03

Completando esta información, Ignacio de María Lojendio nos dice que Beckerath concebía la constitución económica como ordenación de la propiedad, del contrato y del trabajo, de la forma y extensión de la intervención del Estado, así como la organización y la técnica de la producción y distribución." [104] 04

Como vemos hasta aquí, el origen del término tiene que ver con el surgimiento del Estado Social del Derecho o Constitucionalismo Social, que en buena cuenta, se caracterizó por adicionar a los derechos fundamentales, los llamados derechos sociales que limitaban los derechos individuales(la propiedad por ejemplo) en función de las necesidades nacidas de la convivencia social. [105] 05

Dentro de esta concepción, el Estado tenía que cumplir una función social en beneficio de los sectores más débiles y marginales de la sociedad. Con esta perspectiva se promulgaron importantes ordenamientos, como la Constitución de Querétaro en 1917, la Constitución de Weimar en 1919 y, la Constitución de España de 1931.

Según Ekkhart Stein, el concepto de "Estado de Derecho Social", parte de Heller, quien había censurado al Estado de Derecho Liberal, el olvido de las relaciones sociales del poder, lo que había tenido como consecuencia, que la libertad igual y formal de todos se convirtiese en el derecho de los más fuertes a desarrollar su posición preeminente de forma desmesurada. A ello opuso- sigue Stein comentando la posición de Heller- la necesidad de tener en cuenta las relaciones sociales de poder, con el fin de nivelar la posición subordinada de los débiles, ayudándoles a lograr una libertad tan real como la de los fuertes. [106] 06

[102] 02 Ibid. p. 52.

[103] 03 Herrero de Miñón, Miguel. "La Constitución Económica" en: Material de Maestría en Derecho Empresarial. Derecho Constitucional Económico Tomo II. Universidad de Lima. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. p. 1

[104] 04 Lojendio, Ignacio de María. "Derecho Constitucional Económico" en: Material de Maestría en Derecho Empresarial. Derecho Constitucional Económico Tomo III. Universidad de Lima. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas p.10.

[105] 05 Blume Fortíni señala que los conceptos Constitución Económica, Derecho Constitucional Económico y Derecho Constitucional de la Economía son, dentro del desarrollo del Derecho Constitucional, patrimonio exclusivo del presente siglo, constituyendo el primero seguramente la matriz de la cual derivan los segundos" en: "La Constitución Económica Peruana y el Derecho de la Competencia" en: Themis N° 36. Segunda Época. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 1997, pp. 29 y ss

Los desequilibrios del Estado Liberal y la preocupación creciente por estos, hacen que se busque fórmulas que conjuguen los principios de libertad y socialización, tratando de imponerle al capitalismo un sentido humano y, con esto, purificarlo de aquellos efectos perniciosos contenidos en su devenir.

El derecho entonces, va a tomar la senda de la socialización cuyo instrumento principal va a ser la intervención económica del Estado. Aparecerán así, el Derecho Económico, Derecho Constitucional Económico y otras disciplinas, cuyos orígenes van a estar signados por las circunstancias descritas y la proyección esbozada.

Economistas como Wilhem Röpke y Walter Eucken de la Escuela de Friburgo, también utilizaron el término constitución económica. El primero de los nombrados en su obra "La crisis social de nuestro tiempo" aparecida en 1942, parte de que no existe un divorcio entre la estructura política y la estructura económica; por el contrario, hay una mutua influencia: "... así como en el mundo de la constitución política existen libertades, tolerancias, respetos y contrapesos, así debe existir lo mismo en el mundo de la economía, pues si ésta última se convierte en dirigida, estatista, controlada y sujeta, el mismo modelo tarde o temprano se impondrá a la estructura política...". [107] 07

Para Röpke, las democracias liberales se encuentran amenazadas por el comunismo y otras formas de socialización, signadas por un tinte estatista y el fin de la iniciativa privada. Si se quiere preservar la libertad clásica, nervio fundamental de la democracia, hay que- según Röpke- mantener la misma libertad en lo económico. [108] 08

Por su parte, Walter Eucken [109] 09, en principio se pregunta, cómo nacieron los órdenes económicos del pasado y del presente. Como respuesta dice, que la mayoría de ellos se formaron en el curso de la evolución histórica, en el curso del acontecer económico y político, interior y exterior, llamándolos órdenes económicos orgánicos. Sólo en contadas ocasiones históricas, la creación de órdenes económicos se hizo en base a planes de ordenación, a ciertos principios de carácter general ideados racionalmente. A estos últimos los llama órdenes impuestos. Seguidamente manifiesta que es a través de la creación de constituciones económicas que nacieron órdenes económicos en el siglo XVIII y la primera mitad del siglo XIX, en donde primaron los principios de propiedad privada, libertad de contrato y libre competencia. Es así como Eucken logra definir a la constitución económica: "Por constitución económica entendemos la decisión total sobre el orden de la vida económica de una comunidad." [110] 10.

[106] 06 Stein, Ekkhart. "La Constitución Económica" en: Material de Maestría en Derecho Empresarial. Derecho Constitucional Económico. Tomo III. Universidad de Lima. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas p.40.

[107] 07 García Belaunde, Domingo. "La Constitución Económica Peruana" en: Material de Maestría en Derecho Empresarial. Derecho Constitucional Económico. Tomo III. Universidad de Lima. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas p. 25.

[108] 08 Ibid. p. 25.

[109] 09 Eucken, Walter. Cuestiones fundamentales de la economía política. Revista de Occidente Madrid 1947 p.78.

[110] 10 Ibid. p.79.

Más adelante advierte que aun cuando las constituciones económicas quieren efectuar la ordenación de la economía, a menudo de facto, sobre la base de tales constituciones, se desarrollan órdenes económicos que no corresponden en todo o en parte a la idea fundamental de la constitución económica. Pone como ejemplo, la presencia de cárteles en la Alemania de fines del siglo XIX, que en base a la libertad de contrato, como principio racionalmente establecido, sirvió para que se constituyan dichos cárteles y con ello distorsionar y en mucho eliminar, la competencia.

A su vez, Eucken plantea la no identificación de los órdenes económicos con los respectivos órdenes jurídicos. Las normas de derecho vigentes en cada caso – según su criterio - incluyendo a la jurisprudencia, ofrecen una inmensa variedad de posibilidades o probabilidades para el desarrollo de órdenes económicos distintos.

Agrega que esta afirmación no significa negar o disminuir la influencia que la formación de los órdenes jurídicos ejerce muchas veces sobre los órdenes económicos, como tampoco puede negarse que, al contrario, el desarrollo de los órdenes económicos repercute también a menudo sobre la formación de los órdenes jurídicos. Muchas veces, el orden jurídico, en cuanto tiene importancia económica, suele nacer para dar forma a ciertos hechos económicos existentes. Así mismo, los sujetos del proceso económico, crean directamente normas jurídicas dentro de un orden económico.

Luego, en los años siguientes, como que se perdió el interés en el tratamiento de este tema. Sólo en 1971, con Ekkhart Stein volverá al primer plano el concepto de constitución económica, definiéndola como el sistema económico en su aplicación a la República Federal de Alemania.

En España, la utilización del concepto empieza en la década del 70, siendo la promulgación de su Constitución en 1978, el hecho que desencadenará una serie de estudios que tratarán de unificar criterios sobre su definición.

El legislador constituyente español, dedicará todo el Título VII de la Constitución de 1978 al tema, asignándole el nombre de Economía y Hacienda. Posteriormente el Tribunal Constitucional español, mediante sentencia Nº 1/1982 se encargaría de expresar lo que entiende por constitución económica en los siguientes términos: “En la Constitución Española de 1978 a diferencia de lo que solía ocurrir con las constituciones liberales del siglo XIX y de forma semejante a lo que sucede en las más recientes constituciones europeas, existen varias normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica; el conjunto de todas ellas compone lo que suele denominarse la constitución económica o constitución económica formal. Ese marco implica la existencia de unos principios básicos del orden económico que han de aplicarse con carácter unitario, unicidad que está reiteradamente exigida por la Constitución, cuyo Preámbulo garantiza la existencia de un “orden económico y social justo”...”. [111] 11

Dentro de la doctrina italiana, Francesco Galgano ha ensayado también, una definición de constitución económica, manifestando que es “... el análisis de las

[111] 11 Fernández Segado, Francisco. El régimen socio- económico y hacendístico en el ordenamiento constitucional español. Ediciones Jurídicas Lima 1995 p. 24.

estructuras constitucionales del actual sistema económico y naturalmente de las múltiples conexiones entre la constitución económica y la constitución política...". [112] 12

En la doctrina nacional, Diez Canseco advierte que en paralelo a las disposiciones de naturaleza política, la Constitución también establece un conjunto de normas de contenido específicamente económico mediante las que se determinan los principios que rigen la actividad comercial o industrial de los individuos y del propio Estado. Este conjunto de preceptos constituyen- según el autor citado- , la Constitución Económica. Agrega finalmente, que la noción de Constitución Económica cobra especial importancia puesto que los preceptos económicos de la Constitución establecen el marco dentro del que deben actuar los individuos(en su calidad de intervinientes en el mercado) y el propio Estado. [113] 13

En síntesis, se puede establecer que el término constitución económica, en su desarrollo ha tenido varios significados. Constitución Económica puede ser entendida como sistema económico subyacente a un ordenamiento jurídico. También como orientación general de un texto constitucional en el cual se da un lugar prevalente al accionar económico del Estado y de los agentes económicos. Y, por último, como el sistema económico que es regulado expresamente en un determinado texto constitucional o como también señala Lojendio, de ser la constitución económica, el establecimiento jurídico de una ordenación económica determinada. En opinión de Domingo García Belaunde sería este último significado el prevaleciente en la actualidad. [114] 14

Cabe advertir que no siempre se aceptó y, que aun es tema de debate, la inclusión y tratamiento de aspectos económicos en una Constitución del Estado. El mismo García Belaunde nos recuerda que la materia económica estuvo ausente en constituciones tan importantes como la de Estados Unidos de 1787 o la Carta Francesa de 1791, en las cuales sólo se trataban los derechos de la persona y la delimitación del ejercicio del poder, criterio que prevaleció- salvo algunas excepciones- a través del siglo XIX: "Ello ocurrió no por descuido, sino porque se consideró innecesario hacerlo. En efecto, de acuerdo a las tendencias fisiocráticas y liberales de la época, se tenía la absoluta certeza de que el mundo de la economía se movía con sus propias leyes naturales(...) de

[112] 12 García Belaunde, Domingo. "La Constitución Económica Peruana" en: Material de Maestría en Derecho Empresarial. Derecho Constitucional Económico. Tomo III. Universidad de Lima. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas p. 28.

[113] 13 Diez Canseco, Luis: "Función regulatoria, promoción de la competencia y legislación antimonopólica" en: Themis N° 36. Segunda Época. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 1997, pp.43- 44.

[114] 14 Es importante resaltar la opinión que tiene Cairo Roldán, Omar: "El constitucionalismo económico y social: trayectoria y actualidad", en: Enlace. Revista de Sociología Jurídica N° 3, Lima, 1998, pp. 165 y ss., específicamente pp.165- 166, cuando señala que la finalidad de la Constitución Económica es "...asegurar que la conducta de los organismos públicos y de los ciudadanos, en el ámbito de la economía, sea coherente con los fines del estado democrático. Dentro de este esquema, la economía debe orientarse hacia el desarrollo, garantizando siempre la dignidad y la libertad de las personas hacia un desarrollo económico concurrente con el bienestar general".

cumplimiento ineluctable(...) se consideraba que existiendo leyes naturales de la economía, establecer leyes artificiales para gobernar ese mundo era tarea no sólo inútil sino innecesaria y superflua".

Sólo al finalizar la primera guerra mundial, y, al comprobar, que la economía es solo parte de la propia actividad humana y, por tanto, no debía ser observada con los mismos ojos que las ciencias de la naturaleza, es que se permite que sea tratada constitucionalmente, apareciendo así- como hemos manifestado anteriormente- el constitucionalismo social.

Es interesante lo que manifiesta Eucken al respecto. "La economía de los pueblos modernos, en la que, desde el punto de vista de la división del trabajo, están íntimamente unidos muchos millones de economías individuales, y que representa un gigantesco taller, necesita para poder funcionar, la ordenación según determinados principios. Dejar crecer de un modo ilimitado los órdenes económicos y las intervenciones asistemáticas de la política económica, conducen a la larga, como lo ha enseñado de un modo convincente la experiencia de los últimos cincuenta años, a órdenes económicos, en los que el proceso económico moderno tiene lugar bajo fuertes perturbaciones y que, finalmente, como sucedió en la baja Antigüedad, han de conducir a la primitivización. Por lo tanto, la economía moderna necesita la "constitución económica"" [115] [15]

A contracorriente de lo manifestado, aún hoy, es discutible el tratamiento de la materia económica en la constitución. Se dice que un régimen económico en una constitución, lo que haría es crear conflictos más que proporcionar soluciones [116] [16].

Creemos que sí es necesario un régimen económico pues, ya sea desde el constitucionalismo social(el cual enuncia la subordinación del principio de máxima ganancia al principio de cobertura de necesidades) , o, desde el liberalismo(que expresa su conformidad con una regulación para el mercado y no del mercado [117] [17]) , tendremos que aceptar la conveniencia de una constitución económica.

Otro punto relacionado con este tema, es sobre la ubicación del tratamiento de la materia económica en una constitución. Se ha llegado a establecer tres partes integrantes de una constitución. Una primera llamada parte dogmática, comprendería los derechos políticos, así como los económicos y sociales; una segunda, denominada parte orgánica, destinada al tratamiento de los poderes del Estado y sus facultades; y, finalmente, la constitución económica, que encierra y proporciona el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica, en sus vertientes privada y pública.

[115] [15] Eucken, Walter. Ob. Cit. p. 338- 339.

[116] [16] Rebaza Torres, Alberto. "El régimen económico en una Constitución: ¿Solución o fuente de conflictos?. En: Ius et Veritas Nº 7. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú pp. 55 y ss

[117] [17] Bullard González, Alfredo. "¡Firme primero, lea después!. La contratación masiva y la defensa del consumidor" en: El Derecho Civil Peruano. Perspectivas y problemas actuales Pontificia Universidad Católica del Perú. Primera edición Lima 1993 p.16.

Así mismo, la sentencia- reseñada líneas arriba- emitida por el Tribunal Constitucional Español, señalaba que el conjunto de normas constitucionales que tratan aspectos económicos componían la constitución económica, en sentido formal, dando lugar a preguntarnos si había una constitución económica en sentido material.

Al respecto, se puede concluir, que en este último sentido(constitución económica en sentido material) , la constitución económica sería el ordenamiento real de la economía. En síntesis, podemos hablar entonces de una constitución económica en dos sentidos: formal y material.

Finalmente, nos atrevemos a ensayar una definición de constitución económica. Esta sería aquella regulación jurídica de un sistema u orden económico, entendido este último, como el conjunto de principios que rigen la disposición sobre bienes en una comunidad, tanto respecto de su producción y consumo como así mismo con relación a los sujetos titulares del poder de disposición [118] [18], o, también, sistema económico entendido como el conjunto de estructuras, relaciones e instituciones complejas que resuelven la contradicción presente en las sociedades humanas ante las ilimitadas necesidades individuales y colectivas, y los limitados recursos materiales disponibles para satisfacerlas [119] [19].

Hay que anotar que las normas constitucionales sobre cuestiones económicas sólo serán el núcleo o base llamada constitución económica. En definitiva, es el conjunto de normas de derecho referentes a un sistema económico que están incorporadas en la Constitución del Estado y desarrolladas en normas complementarias.

2.2. La Constitución Económica en 1979

La Constitución de 1979 fue la primera en el Perú, en tratar sistemáticamente los aspectos económicos. Antes, si bien se habían tocado elementos correspondientes a la materia económica, se hizo de manera inorgánica.

La Carta de 1979 lo haría de modo sistemático en el Título III, al que se denomina Régimen Económico. Esto provoca en lo doctrinario, el inicio de la utilización del término constitución económica.

Esta Constitución de 1979 tuvo críticas de todo calibre, desde las más duras, hasta las que resaltaban su ponderación y flexibilidad, sobre todo, al referirse a la fórmula principal “economía social de mercado”.

Así, Rubio y Bernales, señalan que: “...la llamada “economía social de mercado” que recoge nuestra constitución en el art. 115°, es un sistema que beneficia centralmente al capital extranjero, que secundariamente beneficia a los sectores intermediarios(y minoritarios dentro del país) , que impide el control del Estado y la promoción de un verdadero desarrollo en base a nuestros propios recursos y posibilidades, que empobrece cada vez más al país como conjunto frente a los países desarrollados y que,

[118] [18] Alemann, Roberto. Sistemas Económicos. Ediciones Arayu. Buenos Aires 1953 p.15.

[119] [19] Witker, Jorge. Derecho Económico. Harla editores. México 1985 p. 24.

en nuestro medio por las limitaciones financieras que el mismo modelo impone, es más una “economía de mercado” que una “economía social de mercado”. Esa es la lógica del sistema y la realidad misma del país hace inviable la armonización con el “interés social””. [120] 20

A su vez, José Pareja Paz- Soldán manifiesta que la nueva Constitución propicia una Economía Social de Mercado, pues no se inclina en el tradicional liberalismo capitalista manchesteriano ni en el socialismo, sino que se basa en un neocapitalismo progresista y social, como lo es el de la República Federal de Alemania, la que gracias a dicho tipo económico ha logrado alcanzar un notable desarrollo económico y bienestar general. La Economía Social de Mercado – en opinión del autor- facilita la participación de todos los sectores, como el público, el privado, empresarial, social o corporativo, un auténtico pluralismo económico, sin que el Estado imponga un monopolio o política económica y financiera, sino que al contrario, respete la libre iniciativa empresarial y la propiedad privada de los medios de producción. Favorece la inversión extranjera y la actividad pública se planifica de manera concertada y conversada con los demás sectores. Porque, “es importante alentar la iniciativa, la seguridad y la prosperidad de las empresas privadas que han cumplido una benéfica tarea en la historia económica nacional y que son un indispensable recurso para solucionar el desempleo, y dignificar el trabajo como fuente de la riqueza y como medio de la realización de la persona humana” [121] 21.

No obstante todo lo reseñado, es preciso centrarse en los rasgos principales de la constitución económica, a fin de tener una visión más clara del modelo de organización económica asumido.

Rubio y Bernales señalan que el modelo consta de tres elementos fundamentales, que dominan sobre los demás: 1.- La libertad de industria y comercio; 2.- La economía social de mercado; 3.- El pluralismo empresarial; advirtiendo los autores que, la participación creciente del Estado en la economía, al cruzar transversalmente a los tres elementos mencionados, atenúa la ortodoxia liberal del modelo. [122] 22.

Por su parte, Domingo García Belaunde manifiesta a su parecer que, los rasgos principales de la constitución económica formal sancionada en 1979 son los siguientes: a) Pluralismo económico(art.112°) ; b) Economía social de mercado(art. 115°) ; c) Propiedad privada con limitaciones(art. 125° y 124°) ; d) Moderada intervención estatal(art. 113°, 114° y 211° inciso 20) ; e) Planificación(art. 111°) ; f) Rechazo moderado al monopolio y al oligopolio(art. 133°, 134°, 153° y 127°) ; g) Papel rector del Banco Central de Reserva(art. 151°) ; h) Adhesión a la integración latinoamericana(art.100°) ; i) Otros aspectos como la libertad de comercio e industrias(art. 131°) , intervención del Estado mediante medidas transitorias, etc. [123] 23.

En resumen, se puede señalar como rasgos principales de la constitución económica

[120] 20 Rubio, Marcial y Bernales, Enrique. Constitución y Sociedad Política. Mesa Redonda Editores. Segunda Edición. Lima 1983 p. 432.

[121] 21 Pareja Paz- Soldan, José. “La nueva realidad constitucional del Perú en: Acción para el Desarrollo. Año III Nº13 1980

[122] 22 Rubio, Marcial y Bernales, Enrique. Ob. Cit. p. 428.

formal de 1979, en primer lugar, un pluralismo económico(art. 112°) , garantizado por el Estado, en cuanto se señala la coexistencia democrática de diversas formas de propiedad y de empresa sustentando la economía nacional. También se plasma constitucionalmente la intervención del Estado como empresario (art. 113°) con el fin de promover la economía del país, de prestar servicios públicos y alcanzar el desarrollo, indicándose que el Estado podía reservarse actividades productivas o de servicios por causas de interés social o de seguridad nacional(art. 114°) . Si se lee conjuntamente estos artículos mencionados se puede interpretar que el Estado- como concluyó en su momento César Ochoa- , no estaba sujeto al principio de subsidiariedad.

Otro aspecto principal en materia económica, es la consagración de la economía social de mercado. Al respecto, cabe decir con García Pelayo [124] [24], que no tiene una definición unívoca. Lucas Verdú, completando esta apreciación señala que puede tener dos acepciones. Una primera, como economía de mercado neocapitalista, que podría identificarse con la versión democristiana alemana que encubre la posibilidad, mediante un gobierno neoliberal, de reforzar nuestro sistema capitalista periférico y subdesarrollado, que con el juego de las leyes del mercado lleve a la concentración privada de los medios de producción y a una distribución regresiva del ingreso. Una segunda, como economía de mercado socializada, que si bien no constituye una ruptura del sistema, refleja una suerte de capitalismo socializante que, mediante instrumentos como la planificación concertada, reconocida en el art. 111° y conceptos como el de "interés social" permiten una acción reguladora del Estado que oriente al mercado a cumplir objetivos que no puede lograr por si mismo, pero que le dotarán de eficiencia económica, social y ecológica [125] [25]. César Ochoa se inclina por entender, en esta segunda versión de economía social de mercado, lo plasmado por la Constitución de 1979, en su art. 115°.

Además se plasma en materia económica el reconocimiento constitucional del derecho de propiedad privada(art. 125°) ,la libertad de comercio e industria(art.131°) ,la consideración de la planificación(art.111°) ,posición antimonopólica(art.133°) ,y, un concepto de empresa definida como unidad de producción, cuya eficiencia y contribución al bien común son exigibles por el Estado de acuerdo a ley(art.130°) .

Mención aparte y de especial relevancia, es lo establecido en la Constitución de 1979, para la protección al consumidor. Es cierto que se contempló la preocupación por los intereses del consumidor de manera casi marginal y declarativa en el art. 110°, pero, la sola mención en este artículo y sobre todo relacionándola con la finalidad del desarrollo económico y social constituyó un paso adelante. Así, en el artículo mencionado se prescribió:

[123] [23] García Belaunde, Domingo. "La Constitución Económica Peruana" en: Revista de Derecho de la Empresa Nº 5, Constitución, Economía, Empresa. Lima 1986

[124] [24] García Pelayo, Manuel. Las transformaciones del estado contemporáneo. Alianza Editorial Madrid 1977, p..72.

[125] [25] Lucas Verdú, Pablo, citado por Ochoa Cardich, Cesar. "Economía y Constitución" en: La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación. Cultural Cuzco Editores. Lima 1987 p.641

"Artículo 110°. El régimen económico de la República se fundamenta en principios de justicia social orientados a la dignificación del trabajo como fuente principal de riqueza y como medio de realización de la persona humana.

El Estado promueve el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción y de la productividad, la racional utilización de los recursos, el pleno empleo y la distribución equitativa del ingreso. Con igual finalidad, fomenta los diversos sectores de la producción y defiende el interés de los consumidores".

De manera que, la protección al consumidor en la Constitución de 1979, hay que contemplarla como un principio existente a la par de otros dentro de lo que se denominó una economía social de mercado con las características señaladas en este apartado.

En síntesis, la Constitución de 1979, en lo tocante a lo económico, contenía un modelo neoliberal, dejando determinado margen de flexibilidad, vista aquella enunciación de las orientaciones programáticas, para alcanzar el objetivo de desarrollo nacional, interviniendo el Estado en la economía.

2.3. La Constitución Económica en 1993

Coincidentemente con la Constitución pasada, se asigna en la Carta vigente, el Título III al Régimen Económico. Sin embargo, se presentarán ciertas variantes al adoptarse un modelo neoliberal rígido, ortodoxo, en donde se nota en mucho, la ausencia de la flexibilidad tan apropiada en la anterior constitución.

El Estado cumple sólo un rol vigilante de las reglas de juego establecidas para el desenvolvimiento del mercado, pudiendo actuar sólo restrictivamente en las áreas de promoción del empleo, salud, seguridad de la población, servicios públicos e infraestructura.

Este aspecto de intervención económica del Estado que cumplía el rol de morigerar el modelo neoliberal aceptado en la Constitución pasada, hoy ya no existe en la magnitud requerida.

El Estado- nos dice el art. 58° – orienta el desarrollo y deja a la iniciativa privada libre la prioridad de dinamizar la economía. Desde esta perspectiva sólo por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional(art.60°) .

Completando el mismo artículo, se reconoce el pluralismo económico, señalándose como en la constitución derogada, la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Queda claro entonces, la aceptación del principio – no admitido en la constitución anterior- de subsidiariedad del Estado.

Se hace mención a su vez, al régimen de economía social de mercado(art. 58°) , pero que, mirado en concordancia con otros principios admitidos en el Título III, nos obliga a considerarla en aquella acepción señalada por Lucas Verdú, en cuanto a economía de mercado neocapitalista, de reforzamiento de nuestro sistema capitalista periférico y subdesarrollado que alienta la concentración privada de los medios de producción y una distribución regresiva del ingreso.

Otra variante se distingue, en cuanto al tratamiento de la propiedad no sólo al señalar que se ejerce en armonía al bien común y dentro de los límites de la ley(art.70°) , substituyendo aquella referencia al interés social. Pero la sobreprotección de la propiedad privada se desprende del celo excesivo mostrado en cuanto a la expropiación, concibiéndola restrictivamente en referencia a las causales de la misma, pudiéndose sólo expropiar por causa de seguridad y necesidad públicas, declarada por ley(art.70°) , suprimiendo la causa de interés social, establecida en la Carta derogada.

Se suprime igualmente toda alusión a la planificación, aún en el caso de la de tipo indicativo, a contracorriente de un moderno constitucionalismo.

Se otorga al Estado el rol de vigilante de la libre competencia(art. 61°) traducido en funciones de combate a toda práctica que la limite y de abuso de posiciones dominantes y monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

La inversión nacional y extranjera se sujetan a las mismas condiciones(art. 63°) , indicando que la producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres.

Se suprime todo lo correspondiente a la eficiencia y contribución al bien común exigible a las empresas por parte del Estado, explicando dicha desaparición en razón de que el centro del Derecho Empresarial deja de ser la empresa misma para trasladarse a la relación empresa- consumidor [126] [26], en donde este último sujeto económico, tendrá la función de su propia tutela, verificando únicamente la ley, que le sea transmitida una información apropiada sobre los bienes y servicios.

Se expresa así, que el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios (art.65°) ,y, para tal efecto, garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a disposición en el mercado.

César Ochoa [127] [27] manifiesta que las bases fundamentales de la constitución vigente son: el principio de subsidiariedad del Estado, el principio de pluralismo económico, la economía social de mercado, la libre competencia, la defensa de los consumidores y las garantías de la inversión nacional y extranjera.

Francisco Fernández Segado [128] [28] opina que la Constitución de 1993, ha optado por un modelo ortodoxamente liberal. Ha desaparecido – nos dice- todo principio valorativo inspirador del régimen económico, como la justicia social enunciada en la Carta de 1979: “Estamos ante un modelo clásicamente liberal que aunque se autodefine como de “economía social de mercado”, adjetivo este, el de “social” que fue incorporado no sin notable debate en el seno del Congreso Constituyente Democrático, ya que en un primer momento la mayoría del Congreso se oponía a su inclusión en la Constitución, la realidad es que esa calificación no se traduce en el ámbito constitucional en unas consecuencias

[126] [26] Torres y Torres Lara, Carlos. La Constitución Económica en el Perú. Desarrollo y Paz Editores Lima Noviembre 1994 p. 38

[127] [27] Ochoa Cardich, César. “Bases fundamentales de la constitución económica de 1993” en: Lecturas sobre Temas Constitucionales Nº 11. Comisión Andina de Juristas. Lima 1995 pp.87 al 95

[128] [28] Fernández Segado, Francisco. “El nuevo ordenamiento constitucional del Perú. Aproximación a la Constitución de 1993” en: Lecturas sobre Temas Constitucionales Nº 10 Comisión Andina de Juristas. Lima 1994 p.26

concretas". [129] 29

Por otra parte, Enrique Bernales, haciendo una comparación entre la Carta de 1979 y la vigente manifiesta: "... si esta(Carta de 1979) se mantenía al margen de las connotaciones ideológicas y se concentraba en dejar enunciadas las orientaciones pertinentes a la consecución del desarrollo nacional y el estado de bienestar, la actual opta resueltamente por disposiciones en las que el perfil ideológico del neoliberalismo resulta visible..." y concluye diciendo: "...esta orientación privatista de la Constitución que ha sido radicalmente asumida por el gobierno que la promovió, rebasando - inclusive- las propias previsiones constitucionales" [130] 30 [131] 31

3. CONSTITUCIÓN ECONOMICA Y PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

3.1. La Constitución de 1979 y la Protección al Consumidor

Como se ha expresado líneas arriba, la Carta de 1979 fue la primera en el Perú, que trató sistemáticamente en lo constitucional, la materia económica. Dentro de esta materia, si bien es cierto, existe una mención – se puede decir- expresa pero marginal de la protección al consumidor, no fue tema ajeno a esta Constitución.

Así, como ya se ha expresado, en el art. 110° se indicaba la defensa de los intereses de los consumidores, como principio asociado a la finalidad del desarrollo económico y social del país.

Asimismo, en el art. 133° se establecía: "Están prohibidos los monopolios, oligopolios, acaparamientos, prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad industrial y

[129] 29 Sobre el particular Melquíades Castillo señala: "En el artículo 58° de la Constitución, se considera que la iniciativa privada es libre y la cual se ejerce en una economía social de mercado. Asimismo se sostienen principios referidos al neoliberalismo. En esta forma se plantean condiciones que no son las mismas bases sustentatorias que las que tenía la Constitución de 1979". En: Derecho Monetario y Bancario. Fecat. Segunda edición. Lima 1995, p.127

[130] 30 Bernales, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis Comparado. Ediciones Constitución y Sociedad Lima Noviembre 1997 Tercera edición, p. 347

[131] 31 Es interesante la opinión vertida por Sánchez Carlessi, Ricardo: La Constitución sometida a referéndum y el desarrollo económico del Perú. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, 1993, p. 11; cuando señala lo siguiente: "... ha sido la lucha del pueblo peruano durante el presente siglo: tratar de que el Estado se humanice convirtiéndolo en un medio para el desarrollo y el cambio social; el primer resultado de esta lucha fue la Constitución de 1933, después de la Dictadura de Leguía, y el segundo, la Constitución de 1979, después del proceso de reformas y contrarreformas de Velasco y Morales Bermúdez, respectivamente... En esta lucha por convertir al estado en un instrumento del desarrollo hay, en el Proyecto de Constitución aprobada por el llamado Congreso Constituyente Democrático(CCD) un evidente retroceso;..".

mercantil. La ley asegura la normal actividad del mercado y establece las sanciones correspondientes".

De la lectura de ambos artículos se puede concluir que se llegó a establecer los contenidos propios de un derecho de la competencia y de una incipiente protección al consumidor, aunque de manera defectuosa y muy general.

Por ejemplo, en lo que respecta a la posición antimonopólica asumida en el art. 133°, se criticó por prohibir los monopolios en sí mismos, siendo lo más aconsejable reprimir las prácticas abusivas emanadas de una posición dominante en el mercado. Asimismo, se asume una posición contra las prácticas y acuerdos restrictivos tanto en la actividad industrial como en la mercantil.

También, al rechazar los acaparamientos, no sólo se hace alusión a prácticas de competencia desleal, sino también a la protección de los consumidores, concordante en esto último con lo preceptuado en el art. 110° que- como se explica- , señalaba la función del Estado de defender el interés de los consumidores

Cabe decir, que los preceptos constitucionales en materia económica(de lo que lo último reseñado es parte) , fueron criticados, debido quizás a una explícita opción por un Estado social y democrático del derecho, para algunos no compatible con una opción de mercado.

Sin embargo, es con esta Constitución sirviendo de base, que se dictan una serie de leyes referentes a legislación antimonopólica(D. Leg. 701) ,publicidad(D. Leg. 691) ,protección al consumidor(D.Leg. 716) , libre acceso al mercado(D.Leg. 757) e- interrumpido el régimen democrático- la creación de Indecopi (D.L. 25868) , y, sobre represión de competencia desleal(D.L. 26122) .

Se puede concluir, por tanto, que en esta Constitución de 1979, existió un tratamiento de la protección al consumidor como principio, aunque no tuvo un desarrollo estelar. Más bien se le trató como un tema marginal. La protección al consumidor concurría con otros principios como la posición antimonopólica y otros, con los que se configuraba una economía social de mercado, como se expresó en el propio articulado.

3.2. La Constitución de 1993 y la Protección al Consumidor

Con esta Constitución se logra consagrar constitucionalmente, de manera explícita, lo que en leyes especiales ya se había preceptuado sobre Protección al Consumidor y el Derecho de la Competencia.

Así, refrenda lo que venimos diciendo, lo señalado en los arts.61° y 65°. El primero de los nombrados preceptúa que el Estado facilita y vigila la libre competencia y, combate toda práctica que la limite, así como el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación podrá autorizar o establecer monopolios. Se reitera entonces lo establecido en la legislación antimonopólica (D. Leg. 701) y el acceso a los mercados(D. Leg. 757) .

El art. 65° señala que el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios, garantizando el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran

a su disposición en el mercado. Además el Estado velará por la salud y la seguridad de la población. Con esta norma se recoge lo ya establecido en cuanto a protección al consumidor (D. Leg 716) , publicidad(D.Leg. 691) , competencia desleal(D.L. 26122) , normadas con anterioridad a la Carta vigente. [132] 32

Lo importante será remarcar que se opta por una protección al consumidor de carácter liberal, al recaer todo el problema en la existencia de una asimetría informativa en la relación entre la empresa y el consumidor. Por tanto, una vez subsanada esta asimetría, será el mercado quien logre satisfacer las expectativas del consumidor. Esto va en relación con la función que se le asigna al Estado. Este no puede intervenir en la economía, a diferencia de lo que se señalaba en la Constitución de 1979, consecuencia de adoptarse una orientación liberal rígida.

4. PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR, CONSTITUCION ECONOMICA FORMAL Y CONSTITUCION ECONOMICA MATERIAL

Hasta aquí hemos asistido a un recuento rápido sobre el conjunto normativo que regula el orden económico, el cual se denomina constitución económica formal y su relación con la protección al consumidor y su normatividad de entorno, el denominado derecho de la competencia.

Sin embargo, nos falta apreciar la constitución económica material, es decir, el ordenamiento real de la economía en relación tanto con la constitución económica formal, como también con la protección al consumidor y con el derecho de la competencia.

Recordemos lo manifestado por Eucken, en el sentido de que aun cuando la constitución económica(es decir la decisión total sobre el orden de la vida económica) quiere efectuar la ordenación de la economía, de facto, sobre la base de tal constitución, se desarrolla un orden económico que no necesariamente corresponde en todo o en parte a la idea fundamental de la constitución económica formal.

Es más, las normas jurídicas, ofrecen una enorme variedad de probabilidades para el desarrollo de órdenes económicos distintos al pensado como racionalmente aceptable.

Si analizamos la legislación antimonopólica (D.Leg. 701) - parte importante del

[132] 32 Torres y Torres Lara explica el interés de plasmar en la Constitución de 1993 la protección de los consumidores de la siguiente manera: “Cada tiempo tiene su núcleo de tensión y esto se refleja en el Derecho, el cual no es más que la síntesis de la ideología de la época. Así, durante el desarrollo del Derecho Romano, el centro de las tensiones estuvo vinculado al propietario inmobiliario. Luego desde el siglo XV el Derecho se centra en la protección preferencial del propietario mobiliario, base del desarrollo del capitalismo inicial, que se difundiría a partir de las libertades consagradas por la Revolución Francesa, hasta la aparición del fenómeno socialista, desde el cual el núcleo se ubica en el “trabajador”. Con el desarrollo de la sociedad de consumo hoy se abre un nuevo centro de tensión: el consumidor”. En: La constitución económica en el Perú. Desarrollo y Paz Editores. Lima 1994, p.40

derecho de la competencia- vemos una ausencia notable, como es la regulación aplicable a las fusiones y adquisiciones. Como se sabe, esta es una de las formas de concentrar poder económico, al lado del originado en el crecimiento interno de una empresa y la concertación entre competidores. Las modernas legislaciones sobre competencia no contemplan el crecimiento interno, por ser una forma de concentración válida. Pero, aquellas otras dos restantes, si son pasibles de tratamiento jurídico. En nuestro país, sólo la concertación entre competidores(prácticas colusorias) es actualmente regulada. [133] 33 Esto nos trae serias dudas sobre qué es lo que en definitiva se pretende como objetivo de la normatividad antimonopólica, mas cuando, el propio Alfredo Bullard – uno de los entusiastas con esta normatividad - expresa en cuanto a las fusiones y adquisiciones: "...deben ser sancionadas en casos muy excepcionales. Ello solo debe suceder cuando como consecuencia de las mismas resultan mercados altamente concentrados y donde la unidad resultante de la fusión o concentración adquiere un porcentaje sustancial de participación que le permite desarrollar ciertas capacidades para fijar precios, siendo presumible la inexistencia de beneficios palpables en términos de eficiencia..." [134] 34. El tema es de actualidad debido a haberse presentado primero la compra por parte de la cervecería Backus y Johnston de un paquete en la Compañía Nacional de Cerveza, y luego la Cervecería del Sur, con lo que se llega a tener el 100% del mercado nacional.

De la misma manera, en cuanto a la protección a los consumidores, se ha diseñado un mecanismo basado en la asimetría informativa, no contemplando otras asimetrías surgidas en la relación empresa- consumidor, como son la asimetría en el poder económico y la asimetría en el derecho. [135] 35 La asimetría en la información supone la concentración y administración de la misma por parte de las empresas, provocando que el mercado no sea determinado por el consumidor ni que este último sea tutelado efectivamente por la competencia.

La asimetría en el poder económico, indica que la empresa tendrá mayores recursos para influenciar en su beneficio al mercado, manteniendo un comportamiento estratégico para aumentar su utilidad. Es más, en un mercado como el nuestro, incipiente, es claramente utópico que se le asigne al mismo la tutela del consumidor.

La última asimetría es la habida en el derecho, concibiéndose como la imposibilidad de solucionar la situación antes descrita a través del uso de las categorías tradicionales. El derecho no tutela efectivamente al consumidor, no hallando los mecanismos apropiados, como por ejemplo, en el caso de las normas señaladas en el Código Civil, en lo que se refiere a la contratación en masa(contratos por adhesión, cláusulas generales de contratación, oferta al público, etc.) .

La normatividad sobre protección a los consumidores (D. Leg. 716) , como está

[133] 33 Quiroga Glave, María de Rosario y Rodriguez Zevallos, Miguel A.. La concentración de empresas y la libre competencia. Cultural Cuzco S.A. Lima 1997 p.29

[134] 34 Bullard González, Alfredo: Estudios de Análisis Económico del Derecho. ARA Editores Primera edición Lima 1996 p. 315.

[135] 35 Morote, Hugo: "La protección al consumidor en el Código Civil" en: El Derecho Civil Peruano. Perspectivas y Problemas Actuales. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 1993, p.180

planteada, en base a contrarrestar la asimetría informativa y, al desconocer las otras dos restantes, no parece lo más apropiado para cumplir sus objetivos.

Entonces, si el objetivo de todo este derecho de la competencia y de la protección al consumidor, es un mercado eficiente y que esa eficiencia se muestre económicamente, expresada en mejores productos a menores costos, con el consecuente ahorro de recursos, procurando beneficio para los consumidores y la sociedad en pleno, como se ha establecido en la constitución económica formal. Además, si el protagonista de todo el derecho es el consumidor, y el fin es maximizar su bienestar como consecuencia de una mayor eficiencia productiva; la pregunta es ¿ por qué no está dando resultado la reglamentación planteada?.

Como primera constatación tenemos, que establecido lo anterior en la constitución económica formal y en la protección al consumidor y el derecho de la competencia, entonces, no se está verificando en la constitución económica material. Lo que sucede es la concentración privada de la economía, viéndose solo el beneficio del sector empresa, por sobre el interés del consumidor.

Frente a esta constatación caben dos respuestas. Una primera es que la normatividad de la protección al consumidor y del derecho de la competencia está mal planteada y por tanto no cumple con los objetivos propuestos en la constitución económica formal. O quizás podríamos llegar a una conclusión malévola o maliciosa, de que todo el ordenamiento jurídico(constitución económica formal y legislación infraconstitucional) está diseñado para que se verifique en la realidad económica concreta, esa concentración económica señalada y el abuso de la empresa, siendo solo un recurso lírico la garantía del Estado de la protección al consumidor y mercado eficiente.

En una u otra respuesta estaría dándose lo que Barcellona llamó función marginal del derecho: “Basta mirar alrededor, incluso superficialmente, para convencerse de que existen, al menos, dos sociedades diversas: la sociedad o los grupos sociales, para entendernos, que tienen un gran interés en que el derecho desarrolle una función marginal, que haga simplemente del guardián del sistema, sin penetrar en la política del empresario, sin llevar a cabo ningún control sobre el modo en que se explotan los servicios públicos, etc., y, en el polo opuesto, la otra sociedad, aquella de la cual nace la demanda de una “nueva justicia” para los oprimidos, para los explotados, etc.” [136] 36

[136] 36 Barcellona, Pietro. La formación del jurista. Editorial Civitas Madrid 1983 p.31

"Programa Cybertesis PERÚ - Derechos son del Autor"

CAPITULO IV: PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR: DERECHO DE LA COMPETENCIA

1. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

El concepto de competencia normalmente se liga a lo económico, pero decimos de primera intención, que la competencia es un término que excede a este campo.

Competencia es disputa, contienda, oposición, rivalidad entre sujetos que pugnan por obtener algo. Se da en el ámbito profesional, en el juego, en el deporte e inclusive en el amor, donde - al decir de Joaquín Garrigues - es quizás la más dramática de todas, pues se trata de la lucha por una sola mujer, que no es fungible o sustituible por otra, como en el caso de los clientes en la competencia económica.

Font Galán señala que la competencia “nace cuando varias personas persiguen un mismo objeto codiciable y luchan por conseguirlo, subrayándose que la pluralidad de aspirantes a una misma meta es requisito característico de la competencia. Partiendo del significado usual del término competencia, se suele definir ésta como la actuación de varias personas que se caracteriza por el hecho de que cada una aspira a ganar lo que

las demás, al mismo tiempo, intentan conseguir". [137] 37

Asimismo, Rodríguez Larraín señala que competencia en general "significa coincidencia o concurrencia en el deseo de conseguir una misma cosa: el uno aspira a alcanzar lo mismo que el otro y al mismo tiempo que éste", mientras que cuando el objetivo que se persigue es económico, estamos dentro de la competencia mercantil, lo cual puede definirse "como la actuación independiente de varias empresas para conseguir cada una de ellas en el mercado, el mayor número de contratos con una misma clientela, ofreciendo los precios, las calidades o las condiciones contractuales más favorables". [138] 38

Si toda forma de convivencia humana ha sido de interés para el Derecho, la competencia no podría ser ajena al mismo. La competencia no puede ser un hecho dejado a la absoluta libertad, como si fuera una lucha ilimitada y anárquica. Se establecen determinadas reglas de juego o reglas de competencia con el objetivo de que no sea eliminada.

Joaquín Garrigues [139] 39 expresa que históricamente, la posición del Derecho ante la competencia ha pasado por fases diversas. Una primera fase, consiste en que la reglamentación era tan minuciosa que llegó a anular la competencia, destruyendo el principio de igualdad. Estamos en la Edad Media, que se adentra por los comienzos de la Edad Moderna. En una segunda fase, se entroniza el principio de igualdad al proclamarse la libertad de industria y de comercio a fines del siglo XVIII. En una tercera fase, el abuso de aquella libertad reclama de nuevo la intervención del Estado. Nacen entonces leyes especiales sobre represión no de la competencia, sino de aquellas prácticas que la restringen. En esta fase se presenta algo paradójico representado por Garrigues en una frase feliz: se defiende la libertad limitando la libertad.

En un intento por definir el Derecho de la Competencia, Hermenegildo Baylos señala que "es el conjunto de normas que regulan la actividad concurrencial, para que prevalezca en el mercado el principio de competencia y la lucha entre los competidores se desenvuelva con lealtad y corrección" [140] 40.

En cuanto al contenido del Derecho de la Competencia, nos dice Garrigues [141] 41, que el ordenamiento jurídico establece normas relativas a la competencia en un doble sentido. Por una parte, las normas sobre restricciones a la competencia, que presuponen

[137] 37 Font Galan citado por Blume Fortini, Ernesto. "La constitución económica peruana y el derecho de la competencia" en: Themis Revista de Derecho editada por estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Perú. Segunda Época / 1997/Nº 36 p.34.

[138] 38 Rodríguez Larraín, Alejandro Alfageme: "El desafío de la libre competencia" en: "El Peruano" del 17/05/1994, p.. B- 11

[139] 39 Garrigues, Joaquín. La Defensa de la Competencia Mercantil. Sociedad de Estudios y Publicaciones. Madrid 1961 pp. 13 y ss

[140] 40 Baylos, Hermenegildo. Tratado de Derecho Industrial. Editorial Civitas S.A. Madrid 1978 p.251.

[141] 41 Garrigues, Joaquín Curso de Derecho Mercantil. Tomo I. Imprenta Aguirre Madrid 1976 p.223- 224.

la falta de libre competencia y tratan de restaurarla, eliminando los obstáculos que la anulan o la perturban. Por otra parte, las normas sobre competencia ilícita, que presuponen, por el contrario, que la libre competencia existe y tratan de encauzarla por el camino de la ética y del Derecho. En el primer caso se quiere asegurar el respeto a la competencia misma, mientras que en el otro se quiere asegurar la corrección en el ejercicio de la competencia.

Sin embargo, las transformaciones en la economía y el derecho, han hecho que las áreas dentro de lo jurídico no sean tan fáciles de demarcar, ocurriendo en muchos casos que determinados fenómenos sean vistos desde el derecho por una o más disciplinas simultáneamente.

La competencia era apreciada sólo como algo concerniente a los intereses de comerciantes y empresarios, no siendo tomados en cuenta directamente los consumidores. En la actualidad es el interés de los consumidores el denotado como el interés social tendiente a prevalecer sobre cualquier otro particular. Así mismo, el interés del Estado, en cuanto busca que se respete los lineamientos generales establecidos en la constitución económica.

Así también, hoy se asigna a la competencia económica una doble dimensión. Por un lado está la competencia en la oferta de bienes y servicios, entre empresarios. Por otro, en la demanda, entre consumidores por adquirir dichos bienes y servicios.

De allí que el contenido del Derecho de la Competencia –según diversas opiniones- se haya ampliado, aunque todavía sea muy discutible a qué sectores jurídicos involucra. En el libro del maestro Ulises Montoya Manfredi, por ejemplo, se señala que el Derecho de la Competencia está integrado por la legislación antimonopólica, la represión de la competencia desleal, la regulación de la publicidad, protección de los consumidores, derecho de la propiedad intelectual en su doble versión: como derechos subjetivos privados y posiciones económicas privilegiadas.[142] 42 [143] 43

Sin embargo, pensamos que el derecho de la competencia posee dos áreas bien definidas. De un lado, el derecho de la libre competencia que como expresa Garrigues, le interesa la preservación de la competencia misma, la existencia de la libertad de competencia. Y, de otro, el derecho contra las prácticas desleales o derecho contra la competencia desleal, en donde el interés no es ya la competencia, que se da por existente, sino que la competencia se lleve con corrección o lealtad. Es cierto que existen áreas que guardan evidente relación con el derecho de la competencia, pero que tienen otros intereses preferentemente protegidos por su respectiva normatividad.

Finalmente diremos, que en atención al contenido señalado del Derecho de la Competencia, este se erige en una parte importante en el desarrollo de la constitución económica. La institucionalización de la competencia económica entonces se proyecta en

[142] 42 Montoya Manfredi, Ulises. Derecho Comercial. Tomo II Editorial Grijley. Novena edición aumentada y actualizada. Lima 1998 p.459

[143] 43 Cabe anotar que de la misma opinión es César Landa en: Presentación de Revista Derecho Nº47. Facultad de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Diciembre 1993, p.7.

una triple dimensión: la competencia económica como instrumento realizador del sistema de economía de mercado, la competencia económica como un valor esencial del sistema económico constitucionalizado y la competencia económica como programa de objetivos socioeconómicos de la constitución económica [144] 44.

1.1. DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.1.1. Aproximación histórica

Fue en los Estados Unidos a fines del siglo XIX, en donde se constituye por primera vez un conjunto de normas de protección de la competencia que a su vez serviría de modelo para otros países.

Es cierto que existían con anterioridad, una serie de reglas pertenecientes al common law inglés y del equity law, que regulaban los problemas derivados de cárteles y monopolios en los Estados Unidos, aplicables aún después de conseguida su independencia. [145] 45

Sin embargo, con el surgimiento de los trusts, a finales del siglo XIX, se presentó la urgencia de enfrentar dichas conductas sin una demanda civil previa. Los estados de manera autónoma comenzarían a reprimir dichas prácticas en un primer momento. Pero luego, al no tener efectividad en la represión, se pensó en que lo ideal sería mediante una ley federal. [146] 46

Es así como se da nacimiento al Derecho Antitrust norteamericano, mediante la "An Act to protect trade and comerse against unlawful restraints and monopolies", conocida como la Sherman Antitrust Act(Ley Sherman) , dada en 1890. Esta ley tuvo como finalidad principal, garantizar el desarrollo del comercio entre los Estados de la Unión, por lo que en su primera sección se establece la prohibición de los contratos y combinaciones que restringen la industria y el comercio entre los Estados o con el extranjero. Asimismo, en la sección segunda, establece que está prohibido monopolizar, o tratar de monopolizar, así como realizar un acuerdo o conspirar con cualquier otra persona para monopolizar cualquier parte de la industria o el comercio, entre los distintos Estados o con el extranjero. [147] 47

Posteriormente se dictaron una serie de leyes que precisaron o, en algunos casos, complementaron la Sherman Act. Así, se dictó la Clayton Act en 1914, en la cual se detallan con mayor precisión los actos que restringen la competencia o constituyen un

[144] 44 Blume Fortini, Ernesto. Ob. Cit. p.35.

[145] 45 Domínguez García, Manuel: "Control de las concentraciones de empresas en el Derecho Antitrust norteamericano. Líneas evolutivas" en: Actas de Derecho Industrial 11. Madrid 1985- 1986, p.161 y ss., específicamente 165 y ss

[146] 46 Domínguez García, Manuel: Ob. Cit Madrid 1985- 1986, p.161 y ss., específicamente 166 y ss

[147] 47 Instituto Libertad y Democracia: La Ley Antimonopolio. Lima 1989, p.76

intento de monopolizar. En la Sección 2- que sería luego enmendada en 1936 por la Robinson- Patman Act- , se prohibió discriminar precios entre compradores de bienes de la misma calidad, siempre y cuando eso tenga como efecto reducir sustancialmente la competencia, o crear un monopolio. Igualmente, en la sección 3 se prohibió vender, alquilar o hacer un contrato de compra, exigiendo que el cliente compre o venda a otros competidores, siempre y cuando esto signifique una reducción sustancial de la competencia, o tienda a crear un monopolio. En la sección 7, igualmente, se prohibió adquirir directa o indirectamente acciones en distintas empresas para limitar la competencia o crear un monopolio, y, en la sección 8, asimismo, se prohibió que haya un mismo director en dos o más corporaciones, cuando cualquiera de ellas tiene un patrimonio mayor de un millón de dólares, y estas corporaciones han sido antes competidoras en el mismo mercado, de tal manera que la supresión de la competencia entre ellas constituye una violación de las otras leyes antitrust. [148] 48

En el mismo año 1914, se promulgó la ley que creó la Federal Trade Comisión(Comisión Federal de Comercio) , que introdujo la persecución administrativa de prácticas desleales, así como mejoras en la organización destinadas a una mayor cooperación entre juristas y economistas: “Esta “Comisión Federal de Comercio”(CFC) creada fue destinada a supervigilar la vigencia de la competencia, investigar problemas económicos y apoyar a las autoridades y tribunales en los procesos antitrust. Para realizar sus tareas la CFC puede dictar “cease and desist orders”, es decir, órdenes para el cese o desistimiento de prácticas, las que pueden ser contradichas judicialmente”. [149] 49

El mismo autor citado anteriormente, hace un recuento de las leyes complementarias antitrust dictadas en los Estados Unidos [150] 50. Así, la Ley Robinson- Patman(RPA) de 1938, precisó la prohibición de discriminar de la sección 2 de la Clayton Act, así como prohibió los “precios predatorios”. La Ley antifusiones Séller- Kefauver de 1950, mejoró la prohibición de fusiones de la Sección 2 de la Clayton Act, introduciendo la prohibición de monopolizaciones mediante la adquisición de activos de otras empresas. Y, finalmente, la Ley Antitrust Civil Process de 1962, posibilitó a la División Antitrust, en el marco de investigaciones de carácter civil, investigar prácticas restrictivas sospechosas para recopilar material de prueba, aplicando medidas coercitivas. Esta última ley a su vez, fue precisada por la Ley Hart- Scott- Rodino Antitrust Improvement Act de 1978, la cual, entre otros aspectos incluyó la posibilidad de solicitar coercitivamente informaciones a empresas y personas naturales no involucradas en la restricción de la competencia. [151] 51

Las leyes anteriores y el desarrollo jurisprudencial fueron perfilando un sistema protector de la competencia, modelo de otras legislaciones. Específicamente en cuanto a

[148] 48 Instituto Libertad y Democracia: Ob. Cit. p.76.

[149] 49 Abanto Vásquez, Manuel: El Derecho de la Libre Competencia. Editorial San Marcos. Lima 1997, p.253.

[150] 50 Abanto Vásquez, Manuel: Ob. Cit.. Lima 1997, p.254

[151] 51 Abanto Vásquez, Manuel: Ob. Cit. Lima 1997, p.254

la jurisprudencia, se dice que su desarrollo ha atravesado por diversas etapas. [152] 52

Se puede hablar de una primera etapa, comprendida entre 1890 y 1945, en la cual, la "regla de la razón" va generalizando la idea de que el hecho en sí de constituir un monopolio no constituye delito, salvo que se hayan realizado prácticas maliciosas para obtener la posición dominante en el mercado. No obstante que en el primer caso presentado en la Corte(Northern Securities, en 1904) , los jueces tuvieron una posición muy dura, condenando la fusión de dos líneas de ferrocarriles, tratando de aprovechar las economías de escala, luego esa posición variaría hacia una de mayor condescendencia. Así sucedió en los procesos seguidos contra la Estándar Oil de New Jersey y la American Tobacco(ambos en 1911) , en los que las respectivas sentencias no se fundamentaron en la posición dominante en el mercado, sino en las prácticas malintencionadas que ambas llevaron a cabo para eliminar la competencia. Idéntico criterio se aplicó en el caso U.S. Steel Corp., en 1920, en el que la Corte encontró que la compra de acciones de empresas del mismo ramo no violaba el artículo 2° de la Sherman Act, ya que no se impedía el ingreso de competidores al mercado, a pesar de que la empresa detentaba el 40% del mercado en el momento del proceso. Subyace a esta forma de resolver los conflictos, el criterio de que si el mercado estaba abierto a la competencia, esta misma evitaría el poder monopólico. Aún no se había puesto en cuestionamiento el modelo de "competencia perfecta". Es consecuencia entonces de ésta tendencia predominante que fueran pocos los casos en los que los jueces señalaran violaciones de la Ley Sherman.

Sin embargo, en 1945, el juez Learned Hand, dictó una sentencia contra la Aluminium Company of America, que representó un cambio de la tendencia anterior en el tratamiento de las violaciones a la Ley Sherman. La empresa tenía el control del 90% del mercado del aluminio refinado, pero no había cometido ninguna práctica ilícita ni tenía utilidades que pudieran considerarse monopólicas. No obstante lo anterior, el juez determinó que el poder monopólico en sí es un mal que debe ser evitado, no importando cómo se ha adquirido.

El criterio del juez Learned Hand aplicado al caso en referencia, dio lugar al llamado análisis estructural, que constituyó la base teórica para el tratamiento de los monopolios en los siguientes treinta años. En consonancia con este análisis, debe evitarse las estructuras de mercado de tipo monopólico, promoviendo la formación de empresas competitivas mediante la descomposición de las grandes corporaciones en unidades más pequeñas, y condenando las fusiones y adquisiciones tendientes a controlar el mercado.

No obstante esta posición y criterio del juez Learned Hand, en los casos posteriores se fue haciendo cada vez más evidente la necesidad de aplicar criterios menos rígidos y de recurrir a la teoría económica para determinar el tamaño del mercado, así como para poder dictaminar cuándo las prácticas, en vez de ser restricciones, fomentaban más bien la eficiencia, o cuándo dichas prácticas o acuerdos, pese a ser restrictivos en el corto plazo, tendían a promover la competencia en el largo plazo.

Indicativo de esta última tendencia, es el caso Du Pont de Nemours, ocurrido en 1956, en donde quedó establecido que el tamaño del mercado era más amplio de lo que

[152] 52 Instituto Libertad y Democracia: Ob. Cit., p.77 y ss.

los jueces pensaban. Ante la acusación de controlar el 75% del mercado de celofán, la empresa alegó que si se consideraban los bienes sustitutivos del celofán como papel encerado, papel de aluminio, pliofilm, celulosa, acetato y polietileno, que también se utilizan como envoltura, su participación en el mercado se reducía a 25%. La Corte aceptó el alegato, pero a consecuencia de este caso se fueron perfeccionando técnicas para medir el tamaño del mercado, que toman también en cuenta los precios de los bienes sustitutos.

Una de las causas del cambio en la tendencia en el tratamiento jurisprudencial de los casos de violaciones a la libre competencia, es la referida por Manuel Abanto, quien señala que a partir de 1938 se verificó un cambio en la aplicación de las leyes antitrust, cambio que no dejó de tener por trasfondo, motivaciones políticas.

Es el hecho que en 1940- luego de la renuncia al "modelo de competencia perfecta"- John Maurice Clark revolucionaba el derecho antitrust con la introducción del concepto "workable competición"(competencia eficaz, practicable o funcional": "La importancia de esta teoría no solamente radica en que se elige como objetivo político- económico a una competencia imperfecta, sino también en que se crea una íntima vinculación entre la teoría de la competencia y la política de la competencia al hacer que sea el teórico de la competencia el que, determinando la función de la competencia, señale cuáles son las tareas de la política económica que debe cumplir la competencia". [153] 53

Desde el punto de vista de John Maurice Clark, la competencia debe apreciarse menos en función de ciertas estructuras del mercado que de los resultados que de ella derivan. La competencia puede ser "incompleta", por el hecho de intervenir en ella un pequeño número de empresas, por la dimensión de las mismas y por el grado de concentración; no obstante importa, antes que nada, saber si los precios, la calidad y la cantidad de los productos son satisfactorios y si la amenaza de una competencia potencial queda preservada. Importa ante todo que la competencia funcione, que sea efectiva. El concepto de competencia efectiva o "workable competition" es una concepción dinámica de la competencia, opuesta al modelo estático tradicional- como señala Barre- . "Tal concepción de la competencia- añade el profesor último citado- no excluye la desigualdad de las empresas y la influencia asimétrica de las empresas dominantes". [154] 54

Es necesario resaltar la mecánica en la asunción de los distintos criterios que se utilizan, de acuerdo a los posibles casos de atentados contra la competencia. Así, para juzgar los casos de acuerdos sobre precios, fusiones, intentos de monopolizar y acuerdos de integración vertical, se fue perfeccionando lo que se denomina por los abogados "análisis de performance" y por los economistas "análisis dinámico de las estructuras de mercado", por el cual sólo se condenan las prácticas o acuerdos que tienen efectos restrictivos sobre la competencia en el largo plazo. Asimismo, los acuerdos de compra o venta en exclusividad y las restricciones geográficas impuestas a los distribuidores solo son considerados ilícitos en la medida que dificultan el acceso al mercado a los

[153] 53 Abanto Vásquez, Manuel: Ob. Cit., Lima 1997, p.255.

[154] 54 Barre, Raymond: Economía Política. Tomo 1. Editorial Ariel. Octava edición. Barcelona 1975, pp.423- 424.

competidores, o significan un aumento en los costos de producción de estos últimos. [155] 55

El otro modelo – alternativo al norteamericano- sobre legislación antimonopólica, surgió en 1957, fecha en la cual se firmó el "Tratado de Fundación de la Comunidad Económica Europea", conocido como el "Tratado de Roma", en el cual se establece la prohibición de ciertos acuerdos que tienen por objeto la restricción de la competencia y asimismo, la prohibición de conductas que constituyen abuso de posiciones de dominio en el mercado.

Ya en el artículo 3°, referido a las acciones trazadas para la Comunidad Económica Europea, entre otras, se señala en el literal f) "el establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el Mercado Común".

En el artículo 85° se establece que serán incompatibles con el Mercado Común y quedarán prohibidos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del Mercado Común y, en particular, los que consistan en: fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

Asimismo, este artículo 85° prescribe que los acuerdos o decisiones prohibidos por este artículo serán nulos de pleno derecho.

Igualmente- se agrega en este artículo- , no obstante, las disposiciones del apartado uno, podrán ser declaradas inaplicables a: cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas; cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas; cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa del beneficio. Esto señalado últimamente, a su vez, sin que: impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

Por otra parte, en el artículo 86° se establece que será incompatible con el Mercado Común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el Mercado Común o en una parte sustancial del mismo.

Se señala asimismo en este artículo 86°, que tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente en: imponer directa o indirectamente precios de compra, de

[155] 55 Instituto Libertad y Democracia: Ob. Cit., p.79.

venta u otras condiciones de transacción no equitativas; limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores; aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

Es interesante anotar algunas similitudes y diferencias entre la legislación norteamericana y lo propuesto por el "Tratado de Roma".[156] 56

Por ejemplo, el artículo 85° del Tratado de Roma guarda semejanzas con el artículo 1° de la Sherman Act, y, el artículo 86° se asemeja al artículo 2°. Sin embargo, pese a estas similitudes existen diferencias en cuanto a los objetivos buscados y en la manera de enfocar los casos. Mientras que en el caso norteamericano la competencia es vista como la base fundamental del desarrollo comercial e industrial, en el caso europeo existe una tradición muy arraigada de vínculos entre el Estado, la banca, la industria y el comercio. Esto explica porque mientras que en Estados Unidos las trabas a la competencia son vistas como contrarias a la eficiencia y el bienestar general, en el modelo europeo son consideradas más que nada como incompatibles en el mercado común.

Por otra parte, la legislación norteamericana acepta los acuerdos y prácticas que, pese a ser restrictivas, estimulan la eficiencia y la competencia en el largo plazo, pero sobre la base de un análisis caso por caso, en el cual el acusado no sólo tiene que demostrar que está contribuyendo a la eficiencia, sino que debe convencer a la Corte que empleó los medios menos restrictivos posibles. En el caso europeo, contiene una lista de excepciones, que son consideradas lícitas solo con demostrar que promueven la eficiencia. Mediante dicha lista de excepciones se han permitido los acuerdos de integración vertical que no dificultan el movimiento de mercancías entre los países europeos.

Igualmente, en el caso de las fusiones, en Europa se es mucho más condescendiente que las autoridades norteamericanas, prohibiéndose solo los casos en que se realice el abuso de una posición dominante en el mercado.

Asimismo, respecto del artículo 86° del Tratado de Roma, en el cual se trata del abuso de posición de dominio en el mercado, cabe remarcar que a diferencia del artículo 2° de la Clayton Act, la Comisión respectiva no se preocupa de la forma cómo se obtuvo la posición dominante, sino sólo la conducta actual de la empresa. La posición dominante es vista- en el modelo europeo- como aquella posición de poder económico que permite a la empresa evitar la competencia en el mercado relevante, pudiendo ésta tener un comportamiento independiente de sus competidores, clientes y consumidores.

Es importante mencionar que recientemente se ha presentado el caso contra Microsoft Corporation. La demanda fue planteada por diecinueve Estados individuales y el Distrito de Columbia, bajo los cargos e haber violado la Ley Sherman. El juez Thomas Penfield Jackson falla el 2 de abril del 2000 a favor de los demandantes, indicando que

[156] 56 Instituto Libertad y Democracia: Ob. Cit., p.81 y ss

Microsoft ha violado las leyes contra el abuso del monopolio, obligándolo a que se divida en empresas independientes. [157] 57

Por otra parte, en Latinoamérica, la preocupación por el tratamiento de los monopolios y prácticas restrictivas se mostró desde las primeras décadas del siglo XX. Así, en Argentina, la Ley N° 11210 y en 1946 la Ley N° 12906; en Brasil se dio el Decreto Legislativo N° 7666 en 1945, la Ley N° 4137 de 1962 y el Decreto Legislativo N° 52025 de 1963; en México la Ley Orgánica de 1934 reglamentando el artículo 28° de su Constitución de Querétaro de 1917; en Colombia la Ley N° 155 de 1969; en Chile la Ley N° 13305 de 1969 y el Decreto Legislativo N° 211 de 1973.

Como se explica seguidamente, "en ningún de estos casos, la legislación antimonopólica llegó a ser considerada como un instrumento para promover una estructura económica más competitiva, sino más bien como un mecanismo para proteger a los consumidores de las alzas de precios. La carencia de autonomía y de recursos por parte de las autoridades competentes y la falta de un instrumental económico para definir también factores decisivos para explicar la escasa trascendencia que tuvieron estas leyes. En México nunca se llegó a aplicar, y en los otros cuatro países su implementación fue apenas tentativa". [158] 58

Sin embargo, a fines del siglo XX se modernizan las legislaciones antimonopólicas y en otros casos se implementan bajo otra fundamentación que la protección de los consumidores de las alzas de precios. Es la competitividad lo que interesa ahora, bajo otro orden económico predominante. Así, en Argentina se da la Ley 22.262 de 1980, estando presentado por el Ejecutivo al Congreso, un Proyecto de Nueva Ley de Defensa de la Competencia; en Chile el Decreto Legislativo N° 211 de 1973, es modificado por el Decreto ley N° 2.760 de 1979; en Brasil se da la Ley 8.884 de 1994 sobre Abuso de Poder Económico.

Igualmente cabe mencionar que en el Mercosur se encuentra presentado un Proyecto de Decisión del Consejo del Mercado Común sobre Defensa de la Competencia, lo que indica el interés por implementar un sistema de protección de la competencia, en los procesos de integración de la región latinoamericana. Asimismo, en el Pacto Andino, la Decisión 285 "Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia" del año 1991, igualmente se encuentra dentro de esta misma dirección.

El Perú no se ha quedado al margen de la predominante tendencia iniciada a finales del siglo XX en Latinoamérica. A partir de 1990 se dieron una serie de cambios legislativos que promovieron una economía de mercado – ortodoxamente liberal - y dentro de dicha lógica, primordialmente la protección de la libre competencia.

En 1991, se promulga el Decreto Legislativo N° 701 llamado "Ley contra las prácticas

[157] 57 Se establece como fallo: "El tribunal concluye que Microsoft mantuvo su poder monopolístico por medios contrarios a la competencia, e intentó monopolizar el mercado de navegadores(...) Microsoft también violó el epígrafe 1 de la Ley Sherman al unir su navegador en forma ilegal con su sistema operativo". En: Revista Abogados. Año III, N°5, p.214.

[158] 58 Instituto Libertad y Democracia: Ob. Cit., p.84.

monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia". Al decir de Manuel Abanto, con la dación de ésta última ley, así como con la instauración del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual(INDECOPI) , mediante el Decreto Ley N° 25865 de 1992, se impuso definitivamente una nueva especialidad jurídica en el Perú: el Derecho de la Competencia. [159] 59

Como en toda Latinoamérica, en el Perú se había pensado que la legislación antimonopólica debía ser considerada como un mecanismo para proteger a los consumidores de las alzas de precios más que como un instrumento para promover una estructura económica más competitiva, lo que cambiaría con el Decreto Legislativo N° 701, lo cual obedece a participar ortodoxamente de la economía de mercado.

Sin embargo, ya en las primeras décadas del siglo XX en nuestro país, se presentó la preocupación por combatir las prácticas monopólicas, aunque pensado dicho enfrentamiento, dentro de otro orden público económico.

Así, en la Constitución de 1933, en su artículo 16° se prescribió lo siguiente: "Están prohibidos los monopolios y acaparamientos industriales y comerciales. La ley fijará las penas que se impongan a los contraventores. Sólo la ley puede establecer monopolios del Estado en exclusivo interés nacional".

No obstante la jerarquía constitucional asignada a la prohibición de los monopolios, es decir, abierta la posibilidad para que se implementara una ley que efectivamente promoviera un control al respecto, esto no se realizó. Sólo se darían las leyes N° 8951 y 10551 sobre coaliciones para implantar el monopolio, leyes con carácter de genéricas. [160] 60

Asimismo, dentro de la doctrina jurídica nacional, tampoco el tema de los monopolios, fue extraño. Así, por ejemplo, Luis Bramont Arias señalaba en 1952, la necesidad que se admitieran como delitos económicos diversas figuras como "el procurar alzar o bajar el precio de las mercaderías o valores"; "la coalición dirigida a implantar el monopolio" en donde "el bien jurídico tutelado es la libre concurrencia en la producción y el comercio"; "los actos de monopolio o tendientes a él(...) reprimiéndose a "los que cometieron cualquier otro acto de monopolio tendientes a él, cuando sin importar un progreso técnico ni un progreso económico aumentaren arbitrariamente las ganancias de quien o quienes la ejecutaren, sin proporción con el capital efectivamente empleado""; "otros actos de monopolio o tendientes a él, sancionando "a los que dificultaren o se propusiesen dificultar a otras personas, físicas o jurídicas, la libre concurrencia en la producción y el comercio interno o en el exterior""; "el suministro de capitales y la participación en convenios, castigando "al que suministrare capitales a efecto de que se cometan los hechos previstos en las disposiciones anteriores(sobre monopolios) con el

[159] 59 Abanto Vásquez, Manuel: Ob. Cit.. Lima 1997, p.348.

[160] 60 Bramont Arias, Luis: "Delitos contra la economía" en: Revista de Derecho y Ciencias Políticas. N° 1, 2, 3. Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima 1952, pp.235 y ss, específicamente p. 244. Al respecto también se puede ver: Laplaza, Francisco: "Concentración del poder económico y Derecho Penal" en: Revista del Foro. Colegio de Abogados de Lima.. Lima 1969- 1970- II, p.38 y ss.

propósito de cometer los mismos hechos, aún cuando no intervinieren especialmente en éstos""; "los monopolios por sociedades o personas jurídicas, estableciendo que "cuando los hechos previstos en los artículos anteriores, fueren cometidos por sociedades comerciales o personas jurídicas, se declarará la pérdida de la personería jurídica y la anulación de las prerrogativas o concesiones que se le hubieren otorgado, sin perjuicio de la sanción que corresponda a los directores, administradores, gerentes u otros miembros que hayan participado en tales hechos""; todo lo cual llevaba al profesor citado a concluir en que podían admitirse como delitos económicos a los monopolios. [161] 61

Las políticas económicas de los distintos gobiernos no sólo no controlaron las concentraciones económicas sino que favorecieron la posición monopólica de varias empresas en la economía peruana. [162] 62

Así, por ejemplo, el caso de las empresas extranjeras Gloria y Perulac. En 1940, cuando las mencionadas empresas deciden invertir en el Perú, el gobierno de nuestro país no sólo las exonera de impuestos y derechos a la importación de materias primas, equipos y maquinarias, sino que también acuerda subir los aranceles a los productos importados competitivos y no otorgar nuevas autorizaciones para el establecimiento de empresas productoras de leche evaporada, que era el ramo industrial en el que se desempeñaban Gloria y Perulac. Dichas concesiones tenían una duración de 15 años y en 1955 fueron renovadas por 15 años más. Esto significó que por 30 años, ambas empresas no sólo estuvieron protegidas de la competencia del exterior, sino que también estuvieran protegidas de posibles competidores nacionales o extranjeros, que podían haber ingresado al mercado de la leche evaporada.

Asimismo, en los años 70- y ya bajo el gobierno del general Juan Velasco Alvarado- , el gobierno trasladó la concesión de privilegios hacia las plantas nacionales de leche recombinada, las cuales conformaron un grupo oligopólico no solo sobreprotegido, sino también mucho más ineficiente que las empresas extranjeras, puesto que- según lo reseñado por el ILD- no realizaron ninguna contribución al desarrollo de la ganadería nacional. Con este apoyo del gobierno, las plantas nacionales constituyeron un poder monopsónico- un solo comprador- , al constituirse en compradoras exclusivas de la leche fresca, así como un poder monopólico regional para la venta de su producto final.

Algo semejante ocurrió para el caso del aceite. En la década del 40, los fabricantes de aceite lograron que se dicten dos dispositivos gubernamentales dirigidos a conformar y proteger un grupo oligopólico. El primero prohibió la instalación de nuevas fábricas, aduciendo que ya había un número suficientemente grande de productores, que contrariamente eran menos de siete. Y, el segundo prohibió el expendio de aceite en los "estanquillos", significando esta última ley la erradicación de los productores informales, que no podían embotellar su producto y lo vendían a granel.

Dentro de este mismo mercado del aceite, ya en la década del 70, el Estado asume el monopolio de la comercialización de los insumos básicos, primero a través de EPCHAP, luego de ENCI y PESCAPERU, con lo cual el Estado constituyó el control

[161] 61 Bramont Arias, Luis: Ob. Cit.. Lima 1952, pp.235 y ss, específicamente p. 247.

[162] 62 Instituto Libertad y Democracia: Ob. Cit., p.70 y ss

monopólico de los tres insumos básicos para la industria de la fabricación de aceite(harina de pescado, soya y pepita de algodón) . La decisión de cuánto podía comprar cada empresa estaba en manos del Estado, quien fijaba cuotas proporcionales a la producción del año anterior. En esta repartición quedaban favorecidas, como era de esperarse, las tres empresas más grandes de aquél entonces como COPSA, Pacocha y Perú Pacífico, viéndose las empresas más pequeñas impedidas de crecer y anulándose la posibilidad de ingreso de nuevas empresas competidoras.

Igualmente, en el caso de la harina de trigo, también en la década del 70, el Estado asume el monopolio de la importación de trigo y de su comercialización hacia los molinos, a través de ENCI, quien vendía el trigo a los molinos con créditos a 180 días, lo que les resultaba altamente beneficioso por cuanto las ventas de la harina de trigo que éstos producen son al contado. Los dos grupos más grandes en aquél entonces, como Nicolini y La Fabril, no sólo se beneficiaban con las cuotas preferenciales de trigo que recibían por parte de ENCI, sino que además captaban más del 50% del crédito, pese a no necesitarlo, lo que al final aumentaba sus utilidades.

Asimismo, el control de precios impuesto por el Estado, durante la década del 70- según análisis efectuado por el ILD- , dio lugar a que los precios de los productos bajo regulación crecieran a un ritmo mayor que el de los productos no controlados.

Con la Constitución de 1979, se incorpora la noción de “economía social de mercado” prescribiéndose en el artículo 115° que la iniciativa privada es libre y se ejerce en una economía social de mercado, añadiéndose que el Estado estimula y reglamenta su ejercicio, para armonizarlo con el interés social.

Se ha señalado en un capítulo anterior en qué términos debe entenderse la economía social de mercado proclamada en esta constitución. Y es desde esta perspectiva que debe observarse lo dispuesto en el artículo 133°: “Están prohibidos los monopolios, oligopolios, acaparamientos, prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad industrial y mercantil. La ley asegura la normal actividad del mercado y establece las sanciones correspondientes”.

Antes de finalizar el gobierno de Francisco Morales Bermúdez y siendo Ministro de Economía y Finanzas Javier Silva Ruete, se elaboró el “Anteproyecto de ley regulando la libre concurrencia en el mercado”, bajo la asesoría del Dr. Roberto Mac Lean, con el objeto de reglamentar el artículo 133° de la Constitución. Sin embargo, este esfuerzo se quedaría en el camino, al no ser tomado en cuenta finalmente, y que además ni siquiera sería publicado.

Así como pasó con lo dispuesto en la Constitución de 1933, también la de 1979 mandaba implementar una ley que tuviera como objetivo el desarrollo de lo establecido constitucionalmente. Sin embargo, lejos de cumplir con esto, los gobiernos que siguieron sólo atinaron a expedir ciertas leyes como por ejemplo, el Decreto Legislativo N° 123, dado en 1981 [163] 63, el cual a pesar de ser denominado “Ley sobre delitos económicos” sólo contemplaba la persecución penal de tres delitos como el acaparamiento, la especulación y el falseamiento de productos, siendo ineficaces para proteger al

[163] 63 Bramont Arias, Luis: Temas de Derecho Penal. Lima 1990, p.69

consumidor y, en general, inidóneos obviamente en la contemplación de las prácticas monopólicas.

Sin embargo, existió una política desmonopolizadora llevada a cabo por el gobierno de Fernando Belaunde Terry a partir de 1980, que lejos de cumplir con el objetivo propuesto por la Constitución de 1979, contribuyó a la afectación de monopolios estatales estratégicos para favorecer a empresas peruanas y extranjeras, en aspectos como el petróleo, dejando completamente intactos a los monopolios privados. [164] 64

Con el afán de dar cumplimiento a lo prescrito en la Constitución de 1979, en el gobierno aprista se promulga el Decreto Supremo N° 407- 85- EF de 1985, en el que se prescribía que aquellas empresas con posición dominante en el mercado que tuvieran una participación en él de 70 a 100%, quedaban sujetas a control de precios.

Es importante preguntarse por qué no se llegó nunca a una implementación efectiva de una ley que controlara las concentraciones económicas. Al respecto una posible respuesta es la dada por Eduardo Anaya quien manifiesta lo siguiente sobre el segundo gobierno constitucional de Fernando Belaunde Terry y que puede ser aplicado a otros gobiernos de turno: “De esta manera el Estado se convirtió cada vez más en el instrumento indispensable de los grupos de poder, en el garante esencial de la ganancia de éstos. La ganancia, no la ganancia media sino la sobreganancia que consideran tener derecho los grupos monopólicos no depende ya únicamente de los mecanismos de las leyes económicas sino de la política económica del Estado, que en muchos casos hizo nulas las leyes económicas, sobre todo cuando su juego amenazaba la ganancia de los grupos de poder”. [165] 65

Igualmente, en 1990, el gobierno de Alberto Fujimori, expidió el Decreto Supremo N° 296- 90- EF, complementando el Decreto Supremo N° 226- 90- EF, por el cual desde el ámbito penal, se prohibía el abuso de posiciones dominantes en el mercado y, asimismo, las acciones colusorias. Igualmente se creaba una comisión nacional encargada de la defensa de la libre competencia. Se reservaba también - mediante este decreto- al Estado la potestad de fijar precios. Este decreto nunca fue aplicado.

El nuevo Código Penal de 1991, dentro del título “Delitos contra el Orden Económico”, incluyó en el artículo 232°, el denominado “abuso del poder económico”. Al tratarse de una ley en blanco que se basaba en una ley aún inexistente al momento de entrar en vigencia el nuevo Código Penal, no pudo aplicarse inmediatamente. Sólo con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 701 posteriormente, adquirió plena observancia el numeral del Código Penal.

Es necesario también como antecedente válido del Decreto legislativo N° 701, al Decreto Legislativo N° 668, que destinado a garantizar la libertad de comercio exterior e interior, como condición esencial para el desarrollo del país, incluyó entre otras medidas, la eliminación de toda restricción o práctica monopólica, dentro de ellas la estatal.

El Decreto Legislativo N° 701 se inscribe - como se ha dicho líneas arriba- dentro de

[164] 64 Dammert, Manuel: La Izquierda en el Parlamento. Lima 1985, p.11

[165] 65 Anaya, Eduardo: Los grupos de poder económico. Editorial horizonte. Abril 1990, p.168.

un plexo de normas que optan por una economía de mercado. Una de ella es el Decreto Legislativo N° 757, en donde se incluyen una serie de consideraciones económicas que acentúan una economía de mercado. Así, en el artículo 2° se prescribe: "El Estado garantiza la libre iniciativa privada. La Economía Social de Mercado se desarrolla sobre la base de la libre competencia y el libre acceso a la actividad económica". Y en el artículo 3° se señala: "Se entiende por libre iniciativa privada el derecho que tiene toda persona natural o jurídica a dedicarse a la actividad económica de su preferencia, que comprende la producción o comercialización de bienes o la prestación de servicios, en concordancia con lo establecido por la Constitución, los tratados internacionales suscrito por el Perú y la Leyes". Y finalmente en el artículo 4° se establece: "La libre competencia implica que los precios en la economía resultan de la oferta y la demanda, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y las Leyes. Los únicos precios que pueden fijarse administrativamente son las tarifas de los servicios públicos, conforme a lo que se disponga expresamente por Ley del Congreso de la República".

Como se podrá ver, con este Decreto Legislativo N° 757, se delinean los principales elementos de una economía de mercado, como el señalamiento de la iniciativa privada libre, la libre competencia, entre otros.

La Constitución de 1993 lo que hace es ratificar los cambios ocurridos a partir de 1990. En lo tocante a las prácticas restrictivas y monopólicas dice en el 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".

"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".

1.1.2. Análisis de la ley contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia – decreto legislativo N° 701

I.1.2.1. Aspectos Generales

El Decreto Legislativo N° 701, en su artículo 1° señala que 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.

Asimismo, en cuanto a su ámbito de aplicación- explicitado en el artículo 2°- , se expresa que comprende a todas las personas naturales o jurídicas, sean de derecho público o privado, que realicen actividades económicas. Igualmente, se aplica también a las personas que ejerzan la dirección o la representación de las empresas, instituciones o entidades en cuanto éstas participen en la adopción de los actos y las prácticas sancionadas por esta Ley. Este texto es el resultado de la modificación introducida por el

artículo 11° del Decreto Legislativo N° 807.

Al respecto, también hay que remarcar que antes de la vigencia del Decreto Legislativo N° 807, en base a este artículo 2°, se comprendían como autores en la aplicación del Decreto Legislativo N° 701 a las entidades de la Administración Pública, así como los gobiernos regionales y locales. Esto cambió con la creación de la denominada Comisión de Acceso al Mercado del Indecopi(según el artículo 50° del Decreto Legislativo N° 807 que introdujo el artículo 26° bis en el Decreto Ley N° 25868) , la que se encargó desde ese momento del control y sanción sobre dichos organismos que impidieran la competencia en los mercados.

Correspondiente al ámbito de aplicación, también es importante lo señalado en la Resolución N° 229- 97- TDC, en la que se precisa –como precedente de observancia obligatoria- que los Colegios Profesionales siendo entidades que realizan actividades económicas, de acuerdo a lo establecido en el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 701, se encuentran comprendidos dentro del ámbito de aplicación de dicha ley. En tal sentido, son pasibles de sanción en la medida que sus decisiones, recomendaciones y cualesquiera de sus actividades produzcan o puedan producir limitaciones, restricciones o distorsiones a la libre competencia, en los términos establecidos en la ley.

Por otro lado, el órgano que dirige el proceso administrativo contra los responsables de la conducta atentatoria contra la competencia, es la Comisión de Libre Competencia(antes Comisión Multisectorial de Libre Competencia) , que está compuesta por seis miembros. Dicha Comisión cuenta con una Secretaría Técnica, quien inicia las investigaciones de oficio o por denuncia, cumpliendo con presentar su dictamen ante la Comisión, quien decide en primera instancia administrativa. El Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual es la encargada de la revisión de las decisiones de la Comisión en vía de apelación. Se puede agregar que las decisiones del Tribunal, las que constituyen segunda instancia administrativa, pueden impugnarse ante el Poder Judicial.

1.1.2.2. Prácticas que comprende la ley

La ley comprende dos tipos de prácticas contra la libre competencia: el abuso de posición de dominio en el mercado(artículos 3°, 4° y 5°) y prácticas restrictivas de la libre competencia(artículos 3° y 6°) .

Es de notar al respecto- como lo hace Manuel Abanto- , que cuando la ley en su artículo 1° se refiere a “practicas monopólicas, controlistas y restrictivas de la competencia”, parece indicar que abarcaría más de lo que en la literatura continental se recomienda como punible(las prácticas restrictivas) . Esto podría indicar prima facie- anota Abanto- , que la ley adopta el sistema norteamericano de sancionar toda práctica destinada a monopolizar el mercado, y no solamente aquellas que sin que necesariamente busquen un monopolio, restringen la competencia. Sin embargo- concluye el citado autor- , del estudio sistemático de la ley se deriva que ésta se orienta más bien en el sistema europeo de sanción. [166] 66

A) Abuso de Posición de Dominio en el Mercado

Concordante con lo que señala la Constitución de 1993 en su artículo 61°, la Ley no sanciona la conformación de una posición de dominio o monopólica en un mercado, sino específicamente el abuso de dicha posición.

De esta manera, para que se configure una conducta sancionada por esta Ley, se necesitan dos elementos de presencia obligatoria: el primero, que se presente una posición de dominio en un mercado determinado; y, en segundo lugar, que se constituya el abuso de dicha posición de dominio.

1) Posición de Dominio en el Mercado

En el artículo 4° de la Ley, se señala que una o varias empresas gozan de una posición de dominio en el mercado, cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como a redes de distribución.

Uno de los problemas no resuelto del todo en nuestras legislaciones para definir la posición de dominio- según Alfredo Bullard- , es qué debe entenderse por mercado relevante. Este se refiere a cuál es el área geográfica en base a la cual se va a definir la participación en el mercado y, además, qué productos deben ser considerados sustitutos adecuados para determinar con qué productos compite el producto de una empresa en especial.

"Las empresas- expresa Bullard- van a tratar de definir el mayor mercado posible para así reducir su porcentaje de participación y considerar por tanto, que no tienen una posición de dominio de la que puedan abusar. Ello porque una conducta prohibida para una empresa en esta situación es perfectamente permitida para todas las demás. Así les conviene definir su participación dentro del mercado nacional antes que dentro de un mercado local. De la misma manera tratarán de señalar el mayor número de sustitutos posibles a fin que puedan sostener la existencia de una competencia que les impida aumentar unilateralmente el precio". "La idea central es- continúa Bullard- identificar el dominio en el mercado en relación al poder de determinar el precio. Si esta facultad está controlada por la posibilidad de otras áreas geográficas abastezcan el área de la empresa en cuestión, o que los consumidores elijan bienes sustitutos, se considera para efectos de determinar el porcentaje de participación en el mercado las alternativas de los consumidores".[167] 67

Un segundo problema es cómo determinar que una empresa ha concentrado una porción significativamente extensa del mercado. "El criterio ordinariamente utilizado – nos

[166] 66 Abanto Vásquez, Manuel: "Introducción al Derecho penal de la competencia. Análisis histórico y comparativo del decreto legislativo 701" en: Derecho N° 49. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima Diciembre 1994, pp.253 y ss., específicamente p.269.

[167] 67 Bullard, Alfredo: "La legislación antimonopolios y el mito del muro de Berlín" en: Estudios de Análisis Económico del Derecho. Editorial ARA. Lima 1996, pp. 296- 297.

dice el mismo Bullard- , es establecer el porcentaje de participación. Así, por ejemplo, suele considerarse que una empresa que tiene más del 50% del mercado tiene una posición dominante del mismo, sin embargo, considerar sólo la participación en el mercado es insuficiente para entender la capacidad que tiene una empresa para influir en el precio. La idea no es sólo identificar su participación particular sino el nivel de concentración del mercado en que dicha participación se presenta. La concentración de un mercado es una función del número de empresas y de la participación de estas empresas en dicho mercado".

Así, siguiendo lo explicado por Bullard, se puede señalar que en un mercado muy concentrado, es decir, en un mercado donde existe un reducido número de competidores, son grandes las posibilidades para que ese número pequeño de empresas pueda hacer efectivo su posición de dominio en el mercado, ya que se reducirían los costos de transacción para llegar a una concertación u otras prácticas. [168] 68

Por otro lado, la Comisión de Libre Competencia ha utilizado ciertos criterios sobre la determinación de la existencia de una posición dominante en el mercado que es bueno tener en cuenta.

Así, la Resolución N° 003- 93- INDECOPI- CLC del 31- 08- 93, en el caso FONGALSUR contra GLORIA S.A., en donde la Comisión señaló que la denunciada GLORIA S.A., en el mercado de compradores de leche entera cruda en la cuenca lechera del sur, que era lo relevante en el caso, tenía una participación de 73.59%, haciendo la aclaración que si se consideraba únicamente el mercado de compradores industriales, la participación de la empresa en cuestión alcanzaba un 84.04%. Estos considerandos eran fundamentales en el criterio de la Comisión para concluir en que la denunciada GLORIA S.A. ostentaba una posición de dominio, resaltando el poder de la empresa de actuar consecuentemente al margen de los proveedores, para el caso en mención.

Asimismo, en el caso de Servicios Técnicos Marítimos S.A. contra ENAPU- PERU S.A., la Comisión mediante Resolución N° 014- 93- INDECOPI- CLC de 1993, determinó que la empresa denunciada era la única empresa que poseía o administraba los terminales marítimos comerciales en todo el país en base al establecimiento de un monopolio legal y, por tanto- aún estando en pleno proceso de privatización- , gozaba de posición de dominio en el mercado, pudiendo adoptar decisiones empresariales al margen de sus competidores- ya que estos no existían- , y de sus clientes- porque no tenían otra alternativa- .

También el caso de la empresa de espectáculos CHOMIN'S S. R. LTDA. contra APDAYC y SPAC, la Comisión mediante Resolución N° 015- 95- INDECOPI- CLC de 1995, señala que ambas denunciadas ostentaban una posición de dominio en el mercado, dado que al ser los únicos entes con facultades de cobrar por la utilización de obras musicales, detentaban poder económico, siendo que podían actuar de modo

[168] 68 Sobre los métodos de medición del grado de concentración de un mercado puede revisarse el libro La concentración de empresas y la libre competencia de: María del Rosario Quiroga Glave y Miguel Rodríguez Cevallos. Fundación M.J. Bustamante De la Fuente. Lima 1997, pp.79 y ss. Aquí se hace una explicación del Indice de Lerner, Indice de Beneficios Netos, Indice de Elasticidad Cruzada de la Demanda y el Indice de Lorenz- Gini.

independiente con prescindencia de sus competidores- ya que no tenían competencia- , compradores- ya que estos no tenían posibilidad de elegir- , y proveedores- ya que si no se asociaban estos últimos era prácticamente imposible que pudieran cobrar sus derechos de autor- .

Asimismo, existieron casos en los cuales no hubo la determinación de la posición de dominio en el mercado. Por ejemplo, en el caso de la Asociación de Menudencieros de Ganado Vacuno de la Provincia de Huaral contra el Regidor del Concejo Provincial de Huaral, Sr. Carlos Medina Mercado. La Asociación había denunciado al regidor huaralino- quien administraba el camal de la ciudad- por presunto abuso de posición de dominio, consistente en eliminar el sistema de rotación de entrega de menudencia entre los comerciantes miembros de la referida asociación, solicitando que la Comisión dispusiera el reimplante del sistema de comercialización y se impida el ingreso de nuevos comerciantes de menudencia. Con la Resolución N° 039- 95- INDECOPI- CLC de 1995, la Comisión establece que en referencia al mercado relevante para el caso en cuestión, este era el comercio de menudencia de ganado vacuno en la Provincia de Huaral. Y, seguidamente, respondiendo si existía una posición de dominio de alguno de los participantes en el mercado mencionado, señala que en relación al administrador del camal, éste tendría posición de dominio si es que gozara de la potestad para actuar o tomar decisiones sin considerar a los proveedores o a los miembros de la Asociación de Menudencieros y que esas decisiones o actuaciones tuvieran impacto directo sobre el mercado relevante, situación que – según criterio de la Comisión- no se presentaba en el caso. Sin embargo, los proveedores de ganado vacuno, al existir una excesiva demanda de menudencia, si estaban –según la Comisión- en una posición de dominio respecto de los menudencieros que les compran la menudencia, dado que se encontraban en capacidad de fijar el precio sin tomar en cuenta a los compradores o consumidores finales. Con este caso se puede ejemplificar el camino de análisis de la Comisión: primero establece el mercado relevante, luego determina si existe la posición de dominio de quien es denunciado, para luego establecer la comprobación de la conducta atentatoria de la competencia.

2) Abuso de posición de dominio en el mercado

Se ha establecido en el artículo 5° de la Ley, que existe abuso de posición de dominio en el mercado cuando una o más empresas, que se encuentran en posición dominante en el mercado, actúan de manera indebida con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles de no existir dicha posición de dominio.

A esta cláusula de carácter genérico sigue una lista de los casos típicos de abuso de posición de dominio, que son meramente ejemplificativos – siguiendo en esto la forma establecida en el Tratado de Roma de 1957- .

a) El primer caso es señalado en el inciso a) del artículo 5°, como la negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios.

Por ejemplo, es el caso de la Empresa Industrial Comercial Holguín e Hijos S.A. contra la Empresa Nacional de Comercialización de la Coca(ENACO) , por supuesta

práctica de abuso de posición de dominio, consistente en negarse a satisfacer las demandas de compra de hojas de coca formuladas por la denunciante. En los considerandos de la Resolución N° 016- 94- INDECOPI- CLC de 1994, se establece en primer lugar que la empresa denunciada goza de posición de dominio en el mercado de hoja de coca, ya que de acuerdo a leyes y convenios vigentes, constituye el "Organismo Oficial" encargado de adquirir y tomar posesión de la totalidad de la cosecha de hoja de coca. Sin embargo, otra normatividad reciente contradecía aparentemente la contemplación como monopolio legal a la empresa denunciada señalando que se obligaba al propio Estado a garantizar el libre acceso a la adquisición, transformación y comercialización de bienes y prestación de servicios de toda clase, dentro de los cuales se consideraba a la hoja de coca. Por tanto, la Comisión establecía que la industrialización del producto hoja de coca estaba sujeta a fiscalización, pero no está sujeta al monopolio por parte del Estado

Otro hecho de negativa injustificada de venta ocurrió en el caso contra la Federación Nacional de Vendedores de Diarios, Revistas y Loterías del Perú(FEVENDRELP) , por investigación seguida de oficio por la Secretaría Técnica de la Comisión, por haber tomado conocimiento que la citada Federación impedía que el diario "La Mañana" pudiera ser distribuido por un mecanismo distinto al establecido por la investigada. La Comisión mediante Resolución N° 028- 94- INDECOPI- CLC de 1994, estableció que estando los propietarios de casi el 100% de puestos de venta de periódicos afiliados a la Federación aludida y, por tanto, no estando sujeta a competencia significativa y pudiendo tomar sus decisiones de empresa con completa independencia del resto de agentes económicos en el mercado, se cumplía con el supuesto de la ley para determinar una posición de dominio en el mercado de diarios y revistas de la ciudad de Lima. Al tener esta condición- señala la Comisión- , la Federación no puede negarse a la venta de ningún diario, por cuanto ello implica un acto de abuso de posición dominante en el mercado. Así se determina que al haber incurrido en esta conducta, la Federación efectúa un boicot a la comercialización del diario "La Mañana", conceptuada como aquella consistente en que un grupo de comerciantes se niegue a vender o dificulten la venta de algún producto, de forma tal que se pretenda obligar al proveedor a aceptar alguna condición de comercialización, contemplado en el inciso a) del artículo 6°. Finalmente, entonces, se determina que la FEVENDRELP ha incurrido en las prácticas de abuso de posición de dominio, contempladas en el artículo 5°, incisos a) y c) , y en prácticas restrictivas de la competencia contempladas en el artículo 6°, inciso a) en contra del diario "La Mañana".

Similarmente ocurrió en el caso contra el Sindicato de Vendedores de Diarios, Revistas y Loterías de Arequipa, en investigación de oficio iniciada por la Secretaria Técnica de la Comisión, al tomar conocimiento que el mencionado sindicato impedía que el diario "Arequipa al Día", pudiera ser distribuido por canal distinto al establecido por el investigado. En este caso, mediante Resolución N° 025- 94- INDECOPI- CLC de 1994, dispone en forma provisional que en tanto dure el proceso de investigación, el Sindicato investigado, se abstenga de impedir la libre distribución, comercialización y venta del diario, ya sea negándose a distribuirlo y / o venderlo o por cualquier otro mecanismo permitiendo que éste sea distribuido y vendido por cualquier empresa o medio que se considere conveniente.

Resulta de particular importancia también, el caso de la empresa de espectáculos CHOMIN'S S. R. LTDA. contra APDAYC y SPAC - referido también en líneas anteriores- , por presuntas prácticas restrictivas de la libre competencia y abuso de posición de dominio en el mercado. La Comisión mediante Resolución N° 015- 95- INDECOPI- CLC de 1995, primero señala que ambas denunciadas ostentaban una posición de dominio en el mercado, dado que al ser los únicos entes con facultades de cobrar por la utilización de obras musicales, detentaban poder económico, siendo que podían actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores- ya que no tenían competencia- , compradores- ya que estos no tenían posibilidad de elegir- , y proveedores- ya que si no se asociaban estos últimos era prácticamente imposible que pudieran cobrar sus derechos de autor- . Seguidamente, se pronuncia en un extremo de la denuncia en cuanto a que ambas Sociedades de Gestión Colectiva, al ostentar una posición de dominio en el mercado, no pueden cobrar tarifas diferenciadas a aquellos que desean utilizar su repertorio, siendo que incluso no pueden negarse, sin razones justificadas, a otorgar la autorización correspondiente, actitud ésta que sí podría adoptar el autor individualmente considerado. Por tanto, la Comisión al respecto se pronuncia que de conformidad con lo establecido en el artículo 5°, inciso a) del Decreto Legislativo analizado, existía una negativa injustificada a otorgar la autorización para el uso de repertorios que administran las Sociedades denunciadas.

b) En segundo lugar, se establece como abuso de posición de dominio, en el inciso b) del artículo 5° lo siguiente: "La aplicación, en las relaciones comerciales, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras, y / o que se otorguen con carácter general en todos los casos en que existan iguales condiciones".

El inciso b) del artículo 5° contempla la existencia de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes entre competidores o discriminación entre los mismos. Alfredo Bullard se refiere en los siguientes términos al respecto: "Según la teoría económica, las empresas monopólicas pueden maximizar aun más su utilidad si son capaces de vender sus productos a precios distintos. Así querrá cobrar más a los consumidores que estén dispuestos a pagar más y menos a quienes estén dispuestos a pagar menos, siempre que no estén dispuestos a pagar menos del costo marginal de un producto. Este efecto es diferente al que se da en un mercado competitivo en el que existe un solo precio de equilibrio. También puede producirse por la intención de un productor de extender su monopolio a otros estratos de la actividad económica. Así, por ejemplo, se otorgan condiciones distintas a dos distribuidores de un producto, con la intención de que uno desplace al otro del mercado; esto también podría considerarse contenido en el inciso b del artículo 5° de la Ley Antimonopolios". [169] 69

Si hacemos una revisión a la jurisprudencia respectiva, podemos encontrar el caso

[169] 69 Bullard, Alfredo: Ob. Cit. Lima 1996, pp. 305- 306.

ya señalado en líneas anteriores, de la empresa de espectáculos CHOMIN'S S. R. LTDA. contra APDAYC y SPAC por presuntas prácticas restrictivas de la libre competencia y abuso de posición de dominio en el mercado. La Comisión mediante Resolución N° 015-95- INDECOPI- CLC de 1995, declaro fundada la denuncia al determinar que las Sociedades de Gestión Colectiva imponían condiciones discriminatorias entre los usuarios de las obras que representaban y al imponer la obligación de contratar el 100% del repertorio protegido, siendo la posición en el mercado de las denunciadas una de dominio.

c) Asimismo se establece en el inciso c) del artículo 5°, como abuso de posición de dominio, la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

A esta práctica se le denomina uso de cláusulas de atadura. "Se trata- dice Bullard- de situaciones en las que la empresa exige la adquisición de bienes o prestaciones suplementarias al producto que se adquiere".[170] 70

En la jurisprudencia se puede encontrar el caso de la empresa de Servicios Técnicos Marítimos S.A. SENTEMAR contra la Empresa Nacional de Puertos(ENAPU S.A.) , por abuso de posición de dominio en el mercado. La Comisión mediante Resolución N° 014-93- INDECOPI- CLC de 1993, determinó en primer lugar que la empresa denunciada era la única empresa que poseía o administraba los terminales marítimos comerciales en todo el país, en base al establecimiento de un monopolio legal. Asimismo señala que no ha negado, a través de sus escritos presentados, que su conducta sea la de impedir que terceros prestaran el servicio de remolcaje de buques desde la rada exterior del Terminal Marítimo del Callao, hasta los distintos muelles integrantes del mismo- a cargo de la empresa denunciada- , con lo que se tenía que todo buque que deseaba utilizar las instalaciones del mencionado terminal - en la medida que sus características propias no le permitían arribar al muelle por sus propios medios- , debía también contratar, en forma exclusiva, con dicha empresa el servicio de remolcaje, dado que de otro modo no podría utilizar los muelles e instalaciones. Se trataba entonces de una cláusula de atadura, pues ENAPU obligaba a la utilización del servicio de remolcaje para así utilizar los muelles e instalaciones del terminal marítimo.

Otro caso importante y que ejemplifica las cláusulas de atadura es el seguido por la empresa Distribuidora Cervecera del Santa S.A. contra el Alcalde del Concejo Distrital de San Antonio, entre otros denunciados, por haber concertado condiciones de comercialización de cervezas y gaseosas en el balneario de León Dormido, impidiendo que se puedan comercializar productos diferentes a la cerveza Cristal y la gaseosa Inca Kola. Lo cierto es que- como se determina en la Resolución N° 018- 94- INDECOPI- CLC de 1994- , quedó plenamente demostrado que el Municipio Distrital de San Antonio a través de su Alcalde y el Regidor, obligaron a las personas que deseaban contratar para el verano de 1994 la concesión de uno de los módulos del Balneario de León Dormido, a expender en forma exclusiva los productos que se habían mencionado en la denuncia. La Comisión declaró fundada la denuncia, disponiendo que las autoridades comprometidas

[170] 70 Bullard, Alfredo: Ob. Cit.. Lima 1996, pp. 306- 307.

en el caso, se abstuvieran de volver a realizar actos de esa naturaleza. Asimismo, declara que de conformidad con las normas que regulan la libre competencia, ninguna autoridad puede subordinar el otorgamiento de una concesión a la suscripción de un contrato que contenga una cláusula de obligatoriedad de venta exclusiva de productos de una determinada marca.

Un caso muy importante es el seguido por la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios(ASPEC) en contra de la empresa Los Portales S.A. y la Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial S.A.(CORPAC) . El hecho era que CORPAC, en calidad de titular del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, luego de una licitación efectuada en julio de 1993, había otorgado la administración de la playa de estacionamiento a la empresa Los Portales S.A., y, como parte de la playa de estacionamiento, CORPAC había incluido la vía de ingreso al aeropuerto, por lo que el público usuario se veía obligado a pagar el servicio de estacionamiento por el hecho de ingresar. Asimismo, la concesionaria de la playa obligaba a pagar a los usuarios por dos horas como mínimo, no importando si el vehículo sólo estaba de paso, no siendo esto lo que se había establecido en las bases de la licitación de la concesión, es decir, una tarifa por hora y fracción. La Comisión mediante Resolución N° 057- 95- INDECOPI- CLC, declaró fundada la denuncia presentada en contra de Los Portales S.A. por abuso de posición de dominio en el mercado al condicionar el pago de dos horas o fracción para el ingreso a la playa de estacionamiento del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez. Asimismo, la Comisión declaró fundada la denuncia presentada contra CORPAC por abuso de posición de dominio en el mercado al condicionar el ingreso vehicular al Aeropuerto al uso de la playa de estacionamiento de dicho aeropuerto. Igualmente declaró la infracción cometida como Muy Grave y sancionó a cada una de las denunciadas con una multa de 50 Unidades Impositivas Tributarias(UIT) , es decir, la máxima contemplada.

d) Se debe precisar que los incisos d) y e) del artículo 5° fueron derogados mediante el Decreto Legislativo N° 807. El inciso d) establecía como práctica de abuso de posición de dominio: “La aplicación en la venta local de materias primas, cuyos precios de venta se rigen en base a cotizaciones internacionales, de sistemas de fijación de precio, condiciones de venta, de entrega o financiamiento que impliquen la obtención de mayores valores de venta en el mercado local que los valores de venta explanta netos obtenibles en la exportación de esas mismas materias primas”. Y, el inciso e) señalaba: “El aprovechamiento de los términos concedidos por los convenios de estabilidad tributaria suscritos con anterioridad a la vigencia del presente Decreto Legislativo, en forma tal que impidan a otras empresas productoras de bienes similares las posibilidades de competencia equitativa, tanto en el mercado nacional como en el internacional”.

En la Exposición de Motivos [171] [71] del decreto derogante mencionado se señala que el inciso d) ha sido derogado pues “la norma contemplaba una situación bastante extraña, porque no resulta explicable la razón en función de la cual puede existir un mercado internacional competitivo y- paralelamente- un mercado nacional concentrado, pues la sola existencia del mercado internacional genera la posibilidad de que el consumidor local

[171] [71] Ministerio de Justicia: Libre Competencia. Legislación y Jurisprudencia. Trujillo 1996, pp.168- 169.

u otros proveedores locales puedan importar los mismos productos. En la práctica, la norma podría degenerar en control de precios, lo que resulta contrario al esquema económico actual". Asimismo, se señala que la conducta contemplada en el inciso d) ya lo estaba en el inciso b) .

En cuanto a las razones de la derogación del inciso e) , la Exposición de Motivos establece que "contemplaba una figura ajena a la legislación antimonopolios. No se trataba de un supuesto abuso de posición de dominio, sino simplemente del ejercicio de un derecho concedido por el propio Estado. La lógica de los procedimientos y sanciones contempladas no resulta aplicable a los excesos que se cometan en ejercicio de un convenio de estabilidad tributaria".

e) Finalmente en el inciso f) se establece una cláusula abierta señalándose "otros casos de efecto equivalente", consecuentemente al carácter ejemplificativo de los anteriores casos contemplados.

B) Practicas Restrictivas

El artículo 6° del Decreto Legislativo N° 701 prescribe que "se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia".

Un primer comentario que se debe hacer, es que al referirse este artículo a "prácticas restrictivas" está aludiendo a las prácticas colusorias específicamente. Y esta aclaración hay que realizarla debido a un error en la denominación- por cierto reconocido desde un inicio por la Comisión- , ya que los abusos de posición de dominio son también consideradas como prácticas restrictivas.

A diferencia de los casos vistos en el artículo 5°- sobre abuso de posición de dominio- , respecto a las llamadas prácticas restrictivas, no se requiere la existencia de una posición de dominio en el mercado. La declaración de per se ilícitas obedece a que a simple vista no contribuyen en nada a favorecer el funcionamiento del mercado y, asimismo, el costo de determinar si ciertas prácticas tienen la posibilidad de restringir de manera efectiva la competencia en perjuicio del consumidor es demasiado elevado: "Básicamente- destaca Bullard- es atacable por esta vía toda acción dirigida a concentrar poder económico para crear un monopolio, sea a través de coordinar a los competidores fijando precios, distribuyendo mercados, determinando cuotas de producción y otras prácticas análogas. Usualmente, las prácticas per se ilícitas son aquellos acuerdos, entre dos o más empresas, destinados a concentrar poder económico de manera horizontal a fin de poder fijar condiciones en el mercado". [172] 72

Este mismo autor hace la precisión siguiente: "Debemos destacar que la concentración debe darse a nivel horizontal, es decir, entre competidores. Las concentraciones verticales no tienen la posibilidad efectiva de limitar la competencia. El hecho de que un fabricante obligue a un distribuidor a vender a un precio acordado no evita el funcionamiento del libre mercado; el problema se da cuando la concertación se produce entre dos competidores". [173] 73

[172] 72 Bullard, Alfredo: Ob. Cit. Lima 1996, p. 311.

Para comprender este artículo, hay que distinguir además entre concentración de poder económico o concentración económica, las uniones de empresas- que son de carácter temporal también llamadas coordinación de comportamientos- y, las uniones estables de empresas o concentraciones de empresas.

La concentración de poder económico como señalan Quiroga Glave y Rodríguez Cevallos [174] [74]- , puede ser consecuencia del crecimiento interno de una empresa, es decir, que eliminando competencia mediante eficiencia, la empresa crece internamente apoderándose de un mayor sector del mercado. Y, asimismo, puede generarse dicha concentración, porque dos o más empresas deciden unirse sumando así las porciones de mercado que cada una posee. Ahora bien, esta segunda forma de concentrar poder económico presenta dos variantes, sea que la unión de empresas sea de carácter temporal(cárteles o acuerdos) o que sea de manera permanente(fusiones y adquisiciones) . A la primera variante los autores citados le dan el nombre de coordinación de comportamientos y a la segunda variante el de concentración de empresas.

El artículo 6° se refiere únicamente a la coordinación de comportamientos, es decir, a las uniones temporales de empresas, y de ninguna manera a las concentraciones de empresas o uniones estables(fusiones) , que es el tema más discutido actualmente en relación con el establecimiento de su control.

En el artículo 6° de la Ley - a semejanza de lo prescrito en el artículo 5°- , se establecen comportamientos ejemplificativos.

a) Así, en el inciso a) se establece como prácticas restrictivas, “la fijación concertada entre competidores de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio”, en texto modificado por el Decreto Legislativo N° 807.

En la jurisprudencia podemos encontrar el caso contra diversas Asociaciones de Transportistas por haber concertado injustificadamente las tarifas de transporte urbano de pasajeros en la ciudad de Lima. La Comisión mediante Resolución N° 015- 93- INDECOPI- CLC de 1993, estableció que la Fechop, Cetu y Asetup, a través de sus presidentes, a partir de 1993, habían realizado al interior de sus respectivos gremios, concertaciones injustificadas de precios, bajo la modalidad de decisiones y recomendaciones. Asimismo, la Comisión consideró que existía una prueba determinante de la existencia de algún nivel o tipo de concertación en un gremio o asociación, cuando dirigentes de los mismos, daban declaraciones públicas en las que indicaban con precisión a partir de cuándo regirían las nuevas tarifas, o hasta cuándo mantendrían vigencia las anteriores. Igualmente importante es la precisión que realiza la Comisión en el sentido de que la correspondencia entre las declaraciones y las variaciones de tarifas, eran prueba suficiente de la existencia de una concertación de precios, mediante las modalidades de acuerdos, decisiones y recomendaciones. Finalmente, la Comisión declara que los investigados han infringido las normas de libre competencia, realizando prácticas restrictivas consistentes en concertar injustificadamente los precios de los

[173] [73] Bullard, Alfredo: Ob. Cit. Lima 1996, p. 311.

[174] [74] Quiroga Glave, María del Rosario y Rodríguez Cevallos, Miguel: Ob Cit.. Lima 1997, pp.87 y ss

servicios de transporte urbano de pasajeros de Lima y Callao, mediante la modalidad de decisiones y recomendaciones, señalándose también que por ser una infracción de carácter dolosa, procederá a formular la correspondiente denuncia penal, en el caso de que no cesen en la conducta infractora. Este caso finalmente llegado al ámbito penal- el único hasta ahora- , desembocó con la absolución.

Un caso similar es el llevado contra la Asociación de Industriales en Panadería por la concertación en el precio del pan y en el precio de la harina de trigo. Finalmente la Comisión mediante la Resolución N° 033- 95- INDECOPI- CLC DE 1995, aceptó el reconocimiento hecho por el representante de la Asociación de que las declaraciones realizadas en diversos medios periodísticos en el sentido de sugerir un incremento de los precios del pan de labranza no pretendían transgredir las disposiciones legales respectivas. Asimismo, la Comisión aceptó el compromiso de la Asociación de emitir un comunicado a sus asociados, precisando su completa libertad en el establecimiento de sus precios.

Otro caso importante es el seguido contra el Comité de Molinos de Trigo de la Sociedad Nacional de Industrias y de dieciocho empresas molineras por concertación de precios en la harina de trigo. La Comisión luego de haber reunido una serie de elementos como paralelismo en el movimiento de precios, estadísticas, declaraciones, determinaron mediante la Resolución N° 047- 95- INDECOPI- CLC, de 1995, la concertación de precios en la comercialización de la harina de trigo. Asimismo se sancionó a cada una de las infractoras con 50 Unidades Impositivas Tributarias.

Un caso muy complejo e importante, es el seguido contra la Asociación Peruana de Avicultura- APA y diversas empresas del sector avícola por concertación del precio de pollo comercializado vivo en Lima Metropolitana y el Callao entre mayo de 1995 y julio de 1996, entre otras imputaciones. La Comisión determinó mediante la Resolución N° 001- 97- INDECOPI- CLC, que los denunciados habían concertado el precio del pollo, barreras anticompetitivas de acceso al mercado, volúmenes de producción, así como acuerdos de comercialización, estandarización de los productos, adquisición conjunta de insumos, comercialización conjunta de los productos. Asimismo, la Comisión declaró de Muy Graves las infracciones cometidas imponiéndoles una multa a cada empresa infractora que sumadas daban el total de 6,373 Unidades Impositivas Tributarias, una de las mayores impuestas por la Comisión. Luego sería confirmada en lo principal la resolución por el Tribunal de Defensa de la Competencia del Indecopi, aunque rebajándose la multa por debajo de la mitad. Sin embargo, impugnada la última resolución ante la Corte Suprema, se está a la espera del fallo definitivo.

Otro caso es el seguido contra el Colegio Químico Farmacéutico Regional del Norte, ampliada de oficio contra el Colegio Químico Farmacéutico del Perú. La Comisión mediante la Resolución N° 068- 96- INDECOPI- CLC declaró fundada la investigación de oficio en contra del Colegio Químico Farmacéutico del Perú, al fijar los “sueldos o remuneraciones mínimas”, siendo confirmada por la Resolución N° 229- 97- TDC. Lo importante de este pronunciamiento es que no obstante el Colegio mencionado no puede ser considerado propiamente como empresa, se estableció que actúan como tales.

Un ejemplo distinto a las típicas concertaciones de precios es el caso seguido contra

el Sindicato Central Único de Transportistas Manuales del Mercado Mayorista N° 1, la Asociación de Transportistas Manuales Túpac Amaru y la Empresa de Mercados Mayoristas S.A. por concertar condiciones de comercialización en la actividad de transporte manual en el Mercado Mayorista N° 1. El hecho era que los denunciados habían suscrito una acta de concertación por la cual sólo podían trabajar un número de carretilleros afiliados a las mencionadas organizaciones prohibiéndose a otros de ingresar al mercado mayorista. La Comisión mediante Resolución N° 034- 94- INDECOPI- CLC declaró que los denunciados habían incurrido en la concertación injustificada de condiciones para la prestación de servicio de carretilla al interior del Mercado Mayorista N° 1. Asimismo, se establecía el libre ingreso al mismo de personas que se dedicaban al transporte de carga con carretilla, no estableciéndose multa alguna.

b) El inciso b) del artículo 6°, establece como practica restrictiva “el reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento”.

En la jurisprudencia el “reparto de mercado” se ha dado en casos que involucran a autoridades del Estado, más que a empresas privadas, seguramente porque los repartos están ligados y subsumidos muchas veces en los “acuerdos sobre precios y condiciones de comercialización”.

Por ejemplo, en el caso contra el Subprefecto de la Provincia de Arequipa y del Comité de Distribuidores de Kerosene de la misma provincia. Al Subprefecto se le denunció por establecer una zonificación para la venta de kerosene, que según los denunciantes constituía un reparto de mercado, y, además pactar el precio de dicho combustible con el Comité mencionado, impidiendo que se fije de acuerdo a la oferta y la demanda. La Comisión mediante Resolución N° 011- 93- INDECOPI- CLC de 1993, estableció que si bien en el proceso de investigación se demostró que el Subprefecto había impuesto una zonificación en el mercado, no se había probado que dicha imposición se hubiera hecho en forma concertada con el Comité de Distribuidores de Kerosene. Por tanto, la Comisión señalaba que sólo era competente para pronunciarse respecto a una división de mercados que responda a una concertación, lo que en el caso en cuestión no se había demostrado, o, en todo caso, una decisión de un ente que realice actividad económica, percibiendo algún beneficio directo o indirecto por su situación, lo que tampoco se daba. Por consiguiente, se declaró infundada la denuncia por concertación de precios y división de mercados.

Asimismo, en el caso seguido por Best Clean S.A. contra el Alcalde del Concejo Distrital de San Luis. La empresa refería que el Alcalde había dividido el distrito en cuatro zonas y había seleccionado a cuatro empresas de fumigación para que en forma exclusiva prestaran su servicio en cada zona. La Comisión mediante la Resolución N° 012- 93- INDECOPI- CLC, determinó que efectivamente se había dado un reparto de mercado, por lo que se declaró fundada la denuncia interpuesta.

Otro caso de reparto de mercados es el seguido por la Empresa de Transportes Miguel Ciccia Vásquez E. I. R. L. (CIVA) contra la Empresa Turística Mariscal Cáceres S.A.. La Comisión mediante la Resolución N° 003- 97- INDECOPI- CLC, declaró infundada la denuncia presentada. Siendo apelada el Tribunal se pronunciaría mediante la Resolución N° 206- 97- TDC confirmándola “... toda vez que los acuerdos de reparto de

mercado y fijación de tarifas estipulados... no constituyen prácticas restrictivas de la libre competencia en los términos establecidos en el Artículo 6° del Decreto Legislativo N° 701 al tratarse de acuerdos accesorios o complementarios a un acuerdo de prestación conjunta de servicios".

El inciso c) del artículo 6° establece como práctica restrictiva, "el reparto de las cuotas de producción".

La jurisprudencia comprende el caso contra la Asociación Peruana de Avicultura- APA y diversas empresas del sector avícola, en donde se determinó que entre otras imputaciones se había cometido una infracción al inciso c) del artículo 6° de la Ley. La Comisión mediante la Resolución N° 001- 97- INDECOPI- CLC, señala entre los fundamentos de derecho la siguiente precisión al respecto: "La limitación o el control concertado de volúmenes de producción es una práctica restrictiva sancionada por la ley de competencia nacional- Decreto Legislativo N° 701- desde su entrada en vigencia. En efecto, en su versión original se disponía expresamente la prohibición de los acuerdos que implicaran el reparto de cuotas de producción –inciso c) del Artículo 6°- ; por otro lado, tomando en cuenta que todo acuerdo sobre volúmenes de producción lleva implícita también la determinación de un precio que permitirá vender la cantidad que se ha acordado producir o comercializar, debe entenderse que los mismos se encontraban prohibidos en aplicación de lo dispuesto en el inciso a) del Artículo 6° del Decreto Legislativo N° 701 en su versión original. Las modificaciones introducidas a este respecto por el Decreto Legislativo N° 807 que añade como una práctica restrictiva, entre otros, la limitación o el control concertado de la producción- inciso h) del Artículo 6°- , constituye una precisión de los dispositivos vigentes en la fecha".

d) El inciso d) del artículo 6° establece como práctica restrictiva "la concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor".

Esta práctica restrictiva también fue verificada en el caso contra la Asociación Peruana de Avicultura- APA y diversas empresas del sector avícola- ya visto en líneas anteriores- . Se incurrió en dicha práctica ya que se había concertado en reducir el peso promedio del pollo, entre otros aspectos.

e) Los dos incisos siguientes- inciso e) e inciso f) del artículo 6° - , contemplan como prácticas restrictivas, la existencia de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes entre competidores o discriminación entre los mismos, y las cláusulas de atadura, respectivamente, a semejanza de lo dispuesto en el artículo 5°. Aquí como es obvio, no se requiere la existencia de una posición de dominio en el mercado.

El inciso e) del artículo 6° dice: "La aplicación, en las relaciones comerciales, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye practica restrictiva de la libre competencia el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras, y / o que se otorguen con carácter general en todos los casos en que existan iguales condiciones".

Y en el inciso f) del artículo 6° se señala: “La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos”.

f) Los incisos g) , h) e i) del artículo 6° siguientes, son incluidos por la modificación efectuada por el Decreto Legislativo N° 807.

Así, en el inciso g) se señala como práctica restrictiva: “La negativa concertada e injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios”.

Este inciso se refiere a la presentación del denominado “boicot”. “Se definen estos- señala Bullard- , como los acuerdos entre varios compradores o vendedores para dejar de comprar o vender a ciertos individuos o empresas, creando así una presión para someter o alterar la voluntad de éstos. Obviamente, debe desprenderse del tipo de boicot que se lleve a cabo que éste vaya dirigido a afectar el precio o los mecanismos de competencia. Los boicots dirigidos a alcanzar fines políticos o sociales(por ejemplo, lucha contra actitudes discriminatorias) no deberían ser atacables. Tampoco deberían ser atacables las organizaciones laborales de empleadores o trabajadores que tengan por finalidad la negociación de convenios colectivos de trabajo. En tal sentido, la huelga no sería un caso de boicot...”. [175] 75

A su vez, en el inciso h) se señala como práctica restrictiva: “La limitación o el control concertados de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones”. Este inciso – como se indicaba en lo resuelto en el caso sobre el “cartel del pollo”- , es una precisión de lo que originalmente de había dispuesto en el inciso c) del mismo artículo 6°, antes de la modificación efectuada por el Decreto Legislativo N° 807.

Y, en el inciso i) del artículo 6°, se establece lo que se conoce como cárteles de licitación. Así se señala como práctica restrictiva al establecimiento, la concertación o la coordinación de las ofertas o de la abstención de presentar ofertas en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas.

g) Similarmente a lo preceptuado en el inciso f) del artículo 5°, el inciso j) del artículo 6°, contiene una cláusula abierta, destinada a considerar otras prácticas restrictivas por la vía jurisprudencial.

1.1.2.3. Aspectos Complementarios

a) Procedimiento Administrativo

El Título V de la Ley, está dedicado al procedimiento en un Capítulo Único, estableciéndose sus diferentes etapas.

Los procesos que se siguen son iniciados de oficio por la Secretaría Técnica, con la aprobación previa de la Comisión y por los interesados o perjudicados o por representantes de las asociaciones o entidades gremiales de los afectados. La Secretaría Técnica, si estima que existen indicios razonables de infracciones a la ley, notifica al presunto responsable, enumerando los hechos que supuestamente infringen la ley.

[175] 75 Bullard, Alfredo: Ob. Cit. Lima 1996, p. 316.

Se otorga 15 días como plazo para que el denunciado conteste los cargos y ofrezca las pruebas correspondientes. Durante este período otras partes con interés legítimo pueden apersonarse en el procedimiento, expresando los argumentos y ofreciendo las pruebas que estimen relevantes.

El término probatorio es de 30 días contados a partir del vencimiento del plazo de contestación de la denuncia. Vencido a su vez el término probatorio, la Secretaria Técnica expide opinión sobre los extremos de la denuncia, sugiriendo las sanciones a aplicar, teniendo 5 días la Comisión para pronunciarse, constituyendo primera instancia. La resolución expedida por la Comisión puede ser apelada ante el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. El pronunciamiento del Tribunal constituye la segunda instancia administrativa.

Las resoluciones del Tribunal pueden ser impugnadas en la vía judicial ante la Sala Civil de la Corte Suprema, quien se pronunciará en primera instancia, y apelada que sea esta resolución, resolverá en segunda instancia la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, según el artículo 17° del Decreto Ley N° 25868, que fuera modificado por el Decreto Legislativo N° 807.

De singular interés es lo señalado como atribución de la Secretaría Técnica en el inciso b) del artículo 14° de la ley- modificado por el artículo 11° del Decreto Legislativo N° 807- , en el sentido de realizar indagaciones e investigaciones, ya sea de oficio o por el mérito de una denuncia, utilizando para ello las facultades y competencias que tienen las Comisiones de INDECOPI. Excepcionalmente y con el previo acuerdo de la Comisión, podrá inmovilizar por un plazo no mayor de dos días hábiles prorrogable por otro igual, libros, archivos, documentos, correspondencia y registros en general de la persona natural o jurídica, tomando copia de los mismos. En iguales circunstancias, podrá retirarlos del lugar en que se encuentren hasta por seis días hábiles, requiriéndose de una orden judicial para proceder al retiro. La solicitud de retiro deberá ser motivada y será resuelta en el término de veinticuatro horas por el Juez de Primera Instancia, sin correr traslado a la otra parte.

Importancia aparte tiene lo señalado en el artículo 20° en donde se establece que dentro del plazo fijado para la contestación de la denuncia, el presunto responsable podrá ofrecer un compromiso referido al cese de los hechos investigados o a la modificación de aspectos relacionados con ellos. La Secretaría evalúa la propuesta y, en caso de estimarla satisfactoria, propone a la Comisión la suspensión del proceso administrativo, sugiriendo asimismo, las medidas pertinentes con el objeto de verificar el cumplimiento del compromiso. La Comisión puede aprobar o denegar la propuesta efectuada. Si aceptado el compromiso se incumpliera, se reiniciará el procedimiento, de oficio o a petición de parte. Además la Comisión impondrá al denunciado una multa por incumplimiento.

Asimismo, también tiene interés lo señalado en el párrafo final del artículo 20°(agregado por el artículo 12° del Decreto Legislativo N° 807) , según el cual, cualquier persona podrá dentro de un procedimiento abierto por infracción a la ley, solicitar a la Secretaría Técnica que se le exonere de responsabilidad que le corresponda a cambio de aportar pruebas que ayuden a identificar y acreditar la existencia de una práctica ilegal.

A su vez, se permite a la Comisión la adopción de medidas cautelares, dentro del ámbito de su competencia, destinadas a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva. Con tal objeto, la Secretaría Técnica podrá proponer a la Comisión, la adopción de la medida cautelar que considere, en especial la orden de cesación o la imposición de condiciones determinadas para evitar el daño que pudieran causar las conductas a que el procedimiento se refiere. La solicitud de la medida cautelar se podrá presentar en cualquier estado del procedimiento, aceptándola o desestimándola la Comisión en un plazo no mayor de diez días útiles. La medida cautelar se podrá decretar aún antes de iniciarse el procedimiento de investigación dentro de los quince días útiles siguientes de su notificación. Si el obligado a cumplir una medida cautelar ordenada por la Comisión no lo hiciera, se le impondrá automáticamente una sanción no menor de 10 ni mayor de 100 UIT. La multa deberá ser pagada dentro del plazo de cinco días, vencidos los cuales se ordenará su cobranza coactiva. En caso de persistir el incumplimiento, la Comisión podrá imponer una nueva multa, duplicando sucesiva e ilimitadamente el monto de la última multa impuesta hasta que se cumpla la medida cautelar ordenada. Las multas impuestas no impiden a la Comisión otra multa o una sanción distinta al final del procedimiento.

Además, en lo tocante a la ejecución de las resoluciones tanto por la Comisión como por el Tribunal, se estará a lo establecido en el artículo 17° del Decreto Ley N° 25868, que fue modificado por el artículo 64° del Decreto Legislativo N° 807.

Finalmente, es necesario resaltar lo establecido en el artículo 22°, el cual prescribe que quien en forma maliciosa o sin motivo atendible solicite a la Secretaria investigaciones, será responsable de las costas personales, sin perjuicio de la responsabilidad civil a que haya lugar. Asimismo será sancionado por delito de calumnia. La Secretaría debe rechazar de plano solicitudes de investigación que sean manifiestamente infundadas. Lo establecido en el artículo 22° debe ser leído en concordancia con lo establecido en la última parte del artículo 25° cuando se prescribe que los denunciados falsamente pueden ejercitar acción civil de indemnización por daños y perjuicios.

b) Sanciones

Las sanciones contempladas para aquellos que infrinjan la libre competencia, pueden ser de carácter administrativo o de carácter penal.

Las sanciones de carácter administrativo están referidas básicamente a la multa. Así, el artículo 23° establece que la Comisión de Libre Competencia puede imponer a los infractores multas hasta por 1000 Unidades Impositivas Tributarias siempre que no supere el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la resolución de la Comisión, siempre que se gradúe o califique a la infracción como leve o grave.

Asimismo, si la infracción fuera calificada como muy grave, la Comisión podrá imponer una multa superior a las 1000 Unidades Impositivas Tributarias, siempre que la misma no supere el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la resolución de la Comisión.

Se establece entonces claramente una correlación entre multas impuestas y calificación de la sanción. Así, existen diversos criterios para que la Comisión determine

la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes, como la modalidad y el alcance de la restricción de la competencia; la dimensión del mercado afectado; la cuota de mercado de la empresa correspondiente; el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico, sobre los consumidores y usuarios; la duración de la restricción de la competencia; y, la reiteración en la realización de las conductas prohibidas.

Se señala además en el artículo 23°, que en caso que la entidad o persona sancionada no realice actividad económica, industrial o comercial, o recién la hubiera iniciado después del 1 de enero del ejercicio anterior, la multa no podrá superar, en ningún caso, las 1000 Unidades Impositivas Tributarias.

La Comisión asimismo, cuando se trate de una empresa o entidad infractora, puede imponer una multa de hasta 100 Unidades Impositivas Tributarias a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos, según se determine su responsabilidad en las infracciones cometidas.

En los casos de reincidencia, la Comisión podrá duplicar las multas impuestas incrementándolas sucesiva e ilimitadamente. Para calcular el monto de las multas a aplicarse, se utiliza la UIT vigente a la fecha de pago efectivo o ejecución coactiva de la sanción.

En cuanto a la prescripción de las infracciones, la Ley en su artículo 24° señala que se produce a los cinco años de cometida la infracción, interrumpiéndose por cualquier acto de la Comisión o de la Secretaría relacionado con la investigación de la infracción que sea puesto en conocimiento del presunto responsable.

Asimismo, se indica en el artículo 25°, que cualquier perjudicado por los acuerdos, contratos o prácticas prohibidos por la presente ley podrá ejercitar acción civil de indemnización por daños y perjuicios. Igualmente, quienes hayan sido denunciados falsamente- como se mencionó en líneas anteriores- , también podrán ejercitar dicha acción.

Por otro lado, se prevén sanciones de carácter penal al tipificarse en el artículo 232° del Código Penal el delito de abuso de poder económico o participación en prácticas restrictivas, prescribiendo lo siguiente: “El que, infringiendo la ley de la materia, abusa de su posición monopólica u oligopólica en el mercado, o el que participa en prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios, con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia, será reprimido con pena privativa de su libertad no menos de dos ni mayor de seis años, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días- multa e inhabilitación conforme al artículo 36°, incisos 2 y 4”.

Dentro de las posibles sanciones penales, es necesario contemplar las consecuencias accesorias penales, señaladas en los artículos 102° y siguientes del Código Penal, como aquellas contra las personas jurídicas en caso de que se cometiera el delito en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo(privación de beneficios, clausura temporal o definitiva del local, entre otras) .

c) Procedencia de Denuncia Penal

La Ley establece en su artículo 19° – modificado por el artículo 11° del Decreto Legislativo N° 807- , que si la Comisión estimara que en las infracciones tipificadas en los incisos a) , b) y c) del artículo 5° e incisos a) , b) , c) , d) , e) , f) , g) , h) e i) del artículo 6°, el responsable actuó dolosamente y el perjuicio fuera de naturaleza tal que se hubieran generado graves consecuencias para el interés económico general, procederá a formular la correspondiente denuncia penal ante el Fiscal Provincial competente.

Este mismo artículo 19°, señala que la iniciativa de la acción penal ante el Poder Judicial, por infracción del artículo 232° del Código Penal compete exclusivamente al Fiscal Provincial, quien la inicia, luego de recibida la denuncia de la Comisión.

Cabe agregar sobre el particular, que- como manifiesta Abanto- , la ley peruana de la competencia significó un cambio en la política de control de los ilícitos colusorios y monopólicos: “Efectivamente, el Código penal implicaba la decisión político - criminal de reprimir penalmente muchas, si no todas las prácticas restrictivas y abusos de posición dominante en el mercado, las que sólo debían ser especificadas en una ley futura. Pero esta posibilidad fue fuertemente restringida por el art. 19° del D. Leg. 701, porque éste sólo permitía la persecución penal de determinados casos dolosos de abuso de poder(...) y de prácticas restrictivas de la competencia(...) Una ulterior limitación resulta de la necesidad de verificar, según el art. 3° los daños para el “interés económico general en el territorio nacional” requisito introducido ahora expresamente como elemento de los tipos penales...”. [176] 76

Sin embargo, el mismo autor citado anteriormente, señala que la práctica de la Comisión ha restringido aún más las posibilidades de persecución penal a través de su particular interpretación del concepto “dolo”(primer elemento del injusto penal) . De esta manera, sólo se traslada a la justicia penal aquellas restricciones de la competencia que continúan siendo realizadas, pese a la orden de cese impartida por la Comisión. [177] 77

1.1.3. Comentario Final

Cuando se quiere encontrar el fundamento de esta ley, se tiene que hacer referencia a la existencia de una economía de mercado. La legislación contra prácticas controlistas y restrictivas de la libre competencia, no quiere otra cosa que la libertad de mercado no atente contra sí misma, dentro de una opción que tiene al mercado como factor principal en la economía. [178] 78

[176] 76 Abanto Vásquez, Manuel: Ob. Cit.. Lima 1997, p.348

[177] 77 Abanto Vásquez, Manuel: Ob. Cit. Lima 1997, p.394.

[178] 78 Es interesante lo manifestado por Pinkas Flint cuando señala: “En la legislación peruana no se prohíbe la formación de monopolios. Esto debido principalmente al reducido tamaño del mercado. Una simple mirada al mismo, nos lleva a comprobar que los sectores más significativos están en manos de monopolios u oligopolios. Si una empresa logra una posición dominante en el mercado no debe abusar de ella. Como sabemos los monopolios naturales se forman cuando una industria es atendida eficientemente por una sola empresa y debido a las características del mercado no permite la presencia de otro actor. Son casos típicos de monopolios naturales el agua, la electricidad, el correo, los servicios de baja policía y la telefonía”. En: Flint, Pinkas: Tratado de Defensa de la Libre Competencia. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Lima 2002, p. 479.

Una economía de mercado- se dice- genera concentraciones de poder económico de manera ineludible. La ley lo que busca es que esta consecuencia ineludible no conlleve un posible abuso de las posiciones de dominio generadas. La pregunta es si esto será posible, si pensamos que es la máxima ganancia lo que busca siempre la empresa, a manera de imperativo natural, y, si esta empresa en posición de dominio- con amplias posibilidades de maniobra- , en esa búsqueda de ganancia, no ve como evidentemente válido el incurrir en las infracciones a la libre competencia.

Se plantean las dudas sobre la eficiencia de una economía de mercado, sobre todo cuando se piensa en quienes favorece o a qué sectores. El mercado- como señala Prebisch [179] 79 - , no es responsable de las grandes disparidades distributivas, como tampoco lo es del desperdicio del potencial de acumulación que impide la integración social de los estratos inferiores. Lo que importa- señala el economista argentino- es saber qué hay en la estructura social, detrás del mercado: "...es incorrecto atribuir al mercado las fallas del sistema; es más bien la expresión de esas fallas. El mercado puede ser instrumento de eficacia económica pero no de eficacia social. Conviene subrayarlo pues a veces se sostiene que para evitar esos defectos será necesario abolir el mercado en la transformación del sistema". Continúa el autor citado: "La abolición del mercado llevaría inexorablemente a decidir en la cúspide del sistema qué debe consumirse y qué debe producirse. Significa, en realidad, la abolición de la libertad económica, con muy serias implicaciones políticas".

Comprender entonces una ley como la tratada aquí, es integrarla dentro de una lógica de mercado, y haber optado por la aceptación de que el mercado es el mecanismo más eficiente de asignación de recursos en la economía. Pero, la pregunta es si sólo el mercado es una opción válida en países como el nuestro, en donde los distintos sectores de la economía siempre han sido manejados monopólicamente, desde el Estado como también desde el sector privado nacional, con la anuencia y complicidad del primero. Acaso la respuesta sea la de que el objetivo es que las transnacionales remplacen monopólicamente en el país, tanto al Estado como al capital nacional, siguiendo la tendencia impuesta desde el exterior, de liberalización de mercados.

En fin, más allá de las anteriores disquisiciones, una economía de mercado es lo que se ha optado como aspecto central del orden público económico peruano y, dentro de este una implementación de leyes como el Decreto Legislativo N° 701 que propenden o están orientadas a la preservación de la libre competencia. Obviamente, la ley en cuestión tiene en perspectiva la supuesta consecución de la eficiencia económica y no de la eficiencia social, en los términos señalados por Prebisch.

Se ha visto que la actitud de los que controlan el Estado en referencia con las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia no ha cambiado esencialmente sino que, en resumida cuenta, sólo ha habido la asunción de una nueva forma, respetando la tendencia mostrada a lo largo del siglo XX, es decir, hay la actitud formal de un combate o enfrentamiento con los monopolios, pero en la realidad sólo existe un Estado que sirve e incentiva esas situaciones.

[179] 79 Prebisch, Raúl: Capitalismo periférico. Crisis y transformación. Fondo de Cultura Económica. Segunda reimpresión de la primera edición. México 1987, p.17

Con el fin del siglo XX, viendo que estas prácticas controlistas y monopólicas eran notoriamente nocivas, se optó por un control penal de las mismas- a raíz de la promulgación del nuevo Código Penal- . Sin embargo, luego esta posición original ha ido variando y con el Decreto Legislativo N° 701 y sus posteriores modificatorias, se llega a mediatizar la aplicación penal, como se ha comentado en líneas anteriores.

Esta línea dubitativa- por decir lo menos- , se ve claramente representada en la falta de control en las concentraciones de poder económico y, especialmente en el tratamiento de las fusiones.

La concentración de poder económico puede ser consecuencia del crecimiento interno de una empresa, es decir, que eliminando competencia mediante eficiencia, la empresa crece internamente apoderándose de un mayor sector del mercado.

Se establece asimismo que puede generarse porque dos o más empresas deciden unirse sumando así las porciones de mercado que cada una posee. Ahora bien, esta segunda forma de concentrar poder económico presenta dos variantes, sea que la unión de empresas sea de carácter temporal(cárteles o acuerdos) o que sea de manera permanente(fusiones y adquisiciones) .Respecto a estas uniones de empresas, Garrigues señala que cuando se habla de concentración "se está utilizando una expresión fundamentalmente económica, que no hace referencia a una institución jurídica única, y esto significa, por tanto, que la concentración puede tener lugar por medios de muy distinto significado jurídico". [180] 80

La protección administrativa de la libre competencia en el Perú, no contempla como ilícito la concentración de poder económico por crecimiento interno en sí mismo, sino el abuso que se haga de ese poder en el mercado. Tampoco las uniones permanentes en sí mismas son sancionadas como ilícitos. Sólo las uniones temporales constituyen ilícitos contra la competencia en cuanto restringen la misma, aunque de manera determinada.

A diferencia de otras legislaciones, en nuestro país, no son consideradas ilícitas las concentraciones de poder económico en sí mismas, y, más aun no existe control sobre ellas, con la excepción de las empresas de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica, según el D.S. 027- 95- ITINCI, pese a que- como manifiesta Manuel Abanto- , en algunos casos podría afectar gravemente a la competitividad en el mercado. [181] 81

Asimismo, en cuanto a las fusiones no existe ni la prohibición ni el control de las mismas. Por el contrario, se las incentiva, como por ejemplo, con las exoneraciones tributarias establecidas en la Ley N° 26283 de 1994, la cual se ha venido prorrogando anualmente. Esta actitud dubitativa es poco menos que sospechosa. [182] 82

En cuanto a las uniones temporales, si bien es cierto se han prohibido en cuanto constituyan prácticas restrictivas de competencia como acuerdos sobre precios o reparto de mercados, esto se ha flexibilizado mucho legislativa y jurisprudencialmente. Por ejemplo, se establecieron en la redacción original del Decreto Legislativo N° 701 en el

[180] 80 Garrigues, Joaquín: Ob Cit. Madrid 1976 pp. 618- 619.

[181] 81 Abanto Vásquez, Manuel: Derecho Penal Económico. Parte Especial. IDEMSA. Lima 2000, p.45.

artículo 7°, ciertos casos de "justificación" a los acuerdos, decisiones, recomendaciones, prácticas concertadas o actuaciones paralelas, los que eran autorizados por la Comisión. Para Abanto, "esta práctica autorizada expresamente por la ley constituía un parcial reconocimiento implícito de la técnica de la "rule of reason"(regla de la "razonabilidad") aplicada en Derecho antitrust norteamericano".

Este artículo con posterioridad fue derogado por el Decreto Legislativo N° 788 de 1994, y, por tanto, desapareció la posibilidad de la Comisión de dar autorizaciones, mediando el análisis caso por caso o "rule of reason". Sin embargo, "a pesar de esta decisión legislativa expresa de eliminar la posibilidad de relativizar las prohibiciones de los arts. 5° y 6° del Decreto Legislativo N° 701, la Comisión de Libre Competencia y el Tribunal del Indecopi han incluido la "rule of reason" por la vía interpretativa en algún caso reciente de prácticas colusorias horizontales". [183] 83

El caso al que se hace referencia es el seguido por la Empresa de Transporte Miguel Ciccia Vásquez E. I. R. L.(CIVA) contra la Empresa Turística Mariscal Cáceres, el cual- constituyendo precedente obligatorio- señala que inclusive ciertos acuerdos horizontales pueden ser lícitos, siendo lo común que sean los acuerdos verticales los únicos considerados lícitos y los horizontales per se ilegales, dentro de la jurisprudencia norteamericana.

Esta flexibilización de Indecopi debe observarse dentro de una tendencia en su devenir, en el cual muchos de los procesos sobre prácticas restrictivas en donde se ha probado lo denunciado, se ha mediatizado la aplicación de sanciones y casi ninguna - a pesar de las consecuencias para el consumidor- ha llegado al ámbito penal, salvo un caso(Caso contra las Asociaciones de Transportistas tratado anteriormente) .

Igualmente, es cierto que se han aumentado las multas a las actitudes de restricción de la competencia pero falta normas que establezcan el decomiso de ganancias y beneficios que sería lo ideal, según propuesta de Manuel Abanto

Por otro lado, se ha criticado mucho la denominada cláusula general o abierta contemplada tanto en el literal f) del artículo 5°, como en el literal j) del artículo 6°, por ir en contra de la seguridad jurídica. Sin embargo, hay que pensar que es idóneo para comprender todas las actitudes o comportamientos económicos multiformes que son difíciles de tipificarse.

[182] 82 Ejemplo de esta actitud es la mostrada por Alfredo Bullard, quien frente a la compra por parte de la Cervecería Backus & Johnston de un paquete de acciones en la Compañía Nacional de Cerveza. Lo que le permitía a la primera tener el control de la última mencionada, señala que es difícil pronunciarse sobre cómo deben regularse las fusiones y adquisiciones del control de empresas en el Perú, agregando lo siguiente: "Lo que si es evidente es que resulta difícil pronunciarse sobre cómo deben regularse en el Perú estas situaciones utilizando modelos provenientes de países desarrollados, con mercados inmensamente superiores en tamaño y por tanto que exigen porcentajes inferiores de participación en el mercado para alcanzar economías de escala. Las pequeñas dimensiones de nuestro mercado incrementan mis dudas sobre la conveniencia de regular o no el tema de fusiones o adquisiciones de control en el Perú, pues las posibilidades de cometer errores que destruyan eficiencia se incrementan tremendamente". En: Ob. Cit. Lima 1996, p. 314.

[183] 83 Abanto Vásquez, Manuel: Ob. Cit.. Lima 2000, p.37

1.2. DERECHO CONTRA LA COMPETENCIA DESLEAL

Si en el Derecho de la Libre Competencia, el interés de la normatividad es la preservación de la competencia misma, en el Derecho Contra la Competencia Desleal no es ya la existencia de la competencia la directamente protegida, sino el interés principal es que esa competencia se lleve adelante o se realice lealmente.

1.2.1. Aproximación Histórica

En mayoritaria posición doctrinal, se opina que las normas que reprimen la competencia desleal no surgen coincidiendo con el nacimiento de la economía liberal, sino muy por el contrario, con la madurez de la misma.

Es cierto que existieron denominadas reglas de competencia en el sistema corporativo del Renacimiento, pero- como afirma Ghidini [184] [84], al cual seguimos mayormente en este acápite- , resulta equivocada la referencia como precedente de las modernas normas de represión de competencia desleal, ya que estaban destinadas a tutelar los intereses de la corporación, y con estos, de la función monopolizadora de la actividad de un cierto sector de la economía, así como también de la comunidad política a la cual le importaba resguardar y mantener la corporación. Al no existir agentes económicos con autonomía, es decir, una economía sin competencia, no se podría hablar de un contexto requerido como básico para la existencia de reglas de competencia leal.

Tampoco se puede hablar de la aparición de normas de represión de la competencia desleal, cuando las corporaciones se subordinen al Estado, el cual les va a imponer un régimen de control, y se desplace el núcleo de la actividad económica hacia la industria, bajo control también del Estado.

Ghidini señala además, que en los orígenes del capitalismo liberal, la ausencia de cualquier freno estatal constituía una exigencia del sistema, a fin de posibilitar la creación de fuertes núcleos empresariales. Y, como los conceptos de lícito e ilícito están en función de los intereses dominantes, cuando éstos se consoliden - con la madurez del capitalismo- , una vez que esté establecido un aparato industrial suficientemente fuerte ya no temen sino exigen la intervención del Estado en su beneficio, en defensa de las posiciones adquiridas en el mercado. Es allí entonces que surge esta normatividad en cuestión.

Al respecto Bercovitz [185] [85] dice, que la regulación moderna contra la competencia desleal surge en el siglo XIX, de la mano con el liberalismo económico. Este autor lo explica en razón de que una de las conquistas de la Revolución Francesa consiste en la denominada libertad de industria y de comercio, dicho en otros términos, en la libertad de competir, libertad que en épocas anteriores no existía, debido principalmente a la rígida

184 84 Ghidini, Gustavo: “La competencia desleal. Desde las corporaciones al corporativismo” en: Revista de Derecho Mercantil N° 135- 136. Madrid 1975, pp. 7 y ss.

185 85 Bercovitz, Alberto: “La competencia desleal” en: Derecho de los Negocios. Año 3, N° 20. Madrid 1992, pp. 1 y ss

implantación de los gremios.

Surge en Francia mediante la aplicación interpretativa del artículo 1382° del Code Civil napoleónico, perteneciente al área de la responsabilidad extracontractual, para proteger a esa libertad de comercio e industria en la que se basaban los competidores, frente a posibles perjuicios que podían sufrir ante otros, incorrectos o desleales.

De la misma manera, luego en 1909, en Alemania, se puso en vigencia una ley de carácter específico sobre el mismo tema y con el mismo interés. Se puede decir que nacen en estos dos países, dos formas- la primera jurisprudencial y la segunda legislativa- de enfrentar la competencia desleal.

En cualquiera de las dos formas, se debía cumplir dos requisitos para que se diera la protección correspondiente. El primero consistía en que, quien ejerciera la acción por competencia desleal fuera competidor del autor de la conducta incorrecta. Asimismo, se requería que el acto o actos en mención incorrectos pudieran perjudicar al titular de la acción. Es decir entre autor y dañado debía existir lo que se denomina "relación de competencia", es decir, que ambos fueran competidores.

Menéndez [186] 86 habla de la existencia de dos modelos en esta primera época. Así, el modelo paleoliberal, vigente desde la Revolución Francesa hasta la puesta en vigencia de la Ley alemana de 1909, modelo al cual subyace una forma de observar las actividades económicas, que en lo esencial significaba concebir una plena iniciativa privada, siempre que no atentara contra derechos exclusivos concernientes a la propiedad industrial y no se infringieran normas penales.

De allí que Bercovitz señale en relación a esta etapa lo siguiente: "Desde el punto de vista cronológico son los signos distintivos, fundamentalmente las marcas, los que primero aparecen en la historia del Derecho. Ya en la Edad Media se conocen y se protegen las marcas, distinguiéndose entre la marca del gremio, que garantiza que el producto ha sido fabricado conforme a los procedimientos apropiados, y la marca del productor. Ambas marcas se fijaban conjuntamente en el producto...". [187] 87

Sin embargo, luego de que la forma de encarar la competencia desleal se encontraba muy próxima a la propiedad industrial- de allí que la marca tuviera una importancia directa en la formación de la disciplina en comento- , se llegaría en el siglo XIX a la madurez del capitalismo liberal, con el planteamiento de la necesidad de una protección de carácter general y no excepcional como se venía dando.

Es así, como surge el segundo modelo, denominado profesional, en el cual la disciplina de la competencia desleal asumirá un carácter privado, teniendo como función la represión de aquellas modalidades competitivas asumidas como incorrectas por los empresarios.

En este segundo modelo- señalado por Menéndez- , los intereses de los empresarios son tomados como representativos de los intereses de los consumidores como del público en general. Al proteger a la empresa competidora, se está protegiendo

[186] 86 Menéndes, Aurelio: La Competencia Desleal. Editorial Civitas. Madrid 1988, pp. 31 y ss.

[187] 87 Bercovitz, Alberto: "La formación del derecho de la competencia" en: Actas de Derecho Industrial. Tomo II, p.63

indirectamente- asumiendo esta lógica impuesta por el modelo en cuestión- los intereses de otros sujetos. Asimismo, adquiere plena vigencia- dentro de este modelo- , la denominada “relación de competencia”, es decir, autor y perjudicado, deben y son en definitiva competidores. De allí que se establezca que el derecho de la represión de competencia desleal será asumido como un conflicto surgido entre sujetos privados, prescindiéndose de una dañosidad frente al Estado.

Pero, a mediados del siglo XX, la disciplina en cuestión en Europa, pasa por un punto de inflexión, es decir, va a tener una reorientación sustancial, que se va a trasuntar en aspectos básicos como en lo referente al objeto de protección, criterios de enjuiciamiento de deslealtad y en la determinación de lo que constituyen prácticas desleales.

Así, como señala Menéndez [188] 88 en las siguientes líneas: “En relación con el objeto de protección se observa el paso de una concepción centrada en la tutela de los intereses individuales de los competidores a una concepción fundada en la protección del orden económico del mercado en función del interés privado de los competidores, el interés colectivo de los consumidores y el interés público del Estado. En el plano de los criterios de enjuiciamiento se advierte también una notable transformación: la deslealtad deja de ser primariamente entendida como un juicio de incorrección profesional, ensayado en atención a las normas morales o convencionales de la clase empresarial, para convertirse en un juicio de inadecuación a los principios del ordenamiento económico(libre competencia, tutela del consumidor, etc.) . Finalmente, en la cuestión relativa a las prácticas reprimidas se advierten asimismo algunos cambios importantes: ciertas actividades anteriormente consideradas como desleales(sirvan de ejemplo la publicidad comparativa o la invasión de zona de exclusiva) , comienzan a permitirse en atención a los efectos beneficiosos que pueden producir desde el punto de vista de los intereses de los consumidores y del interés del público en la conservación de un mercado altamente competitivo; por el contrario, ciertas prácticas permitidas(como pueden ser la venta bajo coste, la publicidad engañosa, o las ventas agresivas) se someten a una nueva estimación en respuesta a la primacía de los valores o intereses ahora dominantes”.

Surge así el llamado modelo social, consecuencia quizás, de la crisis del modelo de competencia perfecta del mercado esbozada por el pensamiento liberal y que dejaba toda la dinámica económica- social a la autonomía de los individuos, manteniendo para el Estado una función de mero árbitro. Por el contrario, las guerras mundiales y- sobre todo- la crisis mundial de 1929 influirían en pensar que el Estado tiene una función que cumplir en lo económico. Fruto de estas elucubraciones, se tendrá una creciente importancia del orden público económico, incluido en lo que a partir de 1920 se conocerá como constitución económica.

Asimismo, este cambio sustancial de la disciplina en comento en Europa, obedece a la influencia de la legislación antitrust norteamericana. Como expresan Bullard y Patrón: “Nótese que en sus orígenes, a pesar de la preocupación común por el buen funcionamiento de las actividades económicas de ambos modelos- esto es, de los

[188] 88 Menéndez, Aurelio: Ob. Cit.. Madrid 1988, p.96

regímenes antitrust y los regímenes de protección contra la competencia desleal- estos no compartían los mismos fines y enfoques. Las normas de competencia desleal se preocupaban principalmente del daño al competidor mientras que las normas antimonopolios se preocupaban adicionalmente del daño al sistema competitivo y, consecuentemente, al consumidor. Esto no sólo explica su diferente estructuración, sino incluso el propio nombre de las disciplinas. Mientras que en una la competencia es lo que es desleal(es decir el daño al competidor) en el otro es la propia estructura y funcionamiento del mercado visto como un todo". [189] 89

Con este último modelo, la denominada "relación de competencia" perderá su original vigencia, al considerarse otro objeto de protección y otros criterios de enjuiciamiento en las normas contra las prácticas desleales. Lo que ahora alcanza vigencia es proteger intereses como el de los consumidores, así como los del propio Estado a través del orden público económico.

Cabe agregar, que la "relación de competencia" – como se verá al analizar las distintas prácticas desleales en nuestro ordenamiento- , mantendrá su operatividad en ciertas prácticas, así como también su importancia dentro de los ordenamientos modernos variará de acuerdo al sistema jurídico del cual se trate, no siendo una sola la tendencia predominante.

1.2.2. Competencia Ilícita, Prohibida y Desleal

Se establece que la competencia ilícita, es aquella que implica el ejercicio de una actividad concurrencial de la que existe obligación de abstención, y, dentro de esta competencia ilícita se pueden distinguir dos modalidades, como son, de un aparte, la competencia prohibida y, de otra, la competencia desleal. [190] 90 [191] 91

La competencia prohibida, puede tener su origen en el infringir ya sea una ley o un contrato. De allí que se deduzca que lo ilícito sea el ejercicio mismo de concurrir en una actividad, es decir, competir.

Se señala que dentro de la competencia prohibida, referida a una ley, se puede distinguir la denominada "competencia prohibida absoluta" y la "competencia prohibida relativa". La primera se presenta cuando existe una imposibilidad total de que alguien ejerza una actividad económica, como sucede en el caso de la comercialización de estupefacientes. Y, se presenta la segunda, cuando existe una prohibición legal en

[189] 89 Bullard, Alfredo y Patrón, Carlos: "El otro poder electoral: Apuntes sobre la experiencia peruana en materia de protección contra la competencia desleal" en: Themis. Revista de Derecho. N° 39. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 1999, pp. 433 y ss., específicamente p.437.

[190] 90 Baylos, Hermenegildo: Ob Cit.. Madrid 1978, p.309.

[191] 91 Cabe indicar que se ha establecido mediante la Resolución N° 006- 2000/CCD- INDECOPI del 27/04/2000 que aprueba los "Lineamientos sobre Competencia Desleal", que los supuestos de competencia ilícita se dividen en tres modalidades: i) competencia prohibida; ii) competencia desleal; y, iii) usurpación de derechos de propiedad industrial. En: INDECOPI. Jurisprudencia. Precedentes de Observancia Obligatoria. Editorial Normas Legales. Trujillo 2000, p.709

competir que puede ser superada mediante el cumplimiento de ciertos requisitos exigidos normalmente con anterioridad al desarrollo de la actividad, por la administración, como es el caso de las estaciones de servicio de venta de combustibles, entre otras.[192] 92

Pero también, la competencia prohibida puede tener un origen contractual. Es el caso de estipularse que no se podrá concurrir dentro de una determinada área ejercitando una actividad económica, cuando se ha transferido una empresa y, accesoriamente el derecho de no concurrencia.

En la llamada competencia desleal, no está negada la posibilidad de realizar una actividad económica competitiva o concurrencial, sino que lo efectivamente negado es hacerlo por medios que sean reprobables. La ilicitud reposa precisamente en la utilización de medios que vayan contra la lealtad en la concurrencia.

1.2.3. Concepto de competencia desleal y tendencias en su represión

Kresalja conceptúa a la competencia desleal de la siguiente manera: "... cuando hablamos de competencia desleal nos estamos refiriendo a un tipo de actividad que persigue la atracción y captación de compradores- la formación, consolidación o incremento de la clientela- utilizando medios tortuosos que la conciencia social reprueba como contrarios a la moral comercial, según la costumbre y los usos que permiten potenciar la empresa propia como debilitar a las rivales, y que es, además, contraria a los principios rectores de la actividad económica, incorporados muchas veces en la Constitución, o en leyes reguladoras de dicha actividad".[193] 93

Se habla de la existencia de que la ilicitud de la competencia desleal puede derivar jurídicamente, bien de la aplicación del principio general que declara la responsabilidad por daño causado a otro, bien de la existencia de una ley especial represora.[194] 94

Esta especificación - que realiza Hermenegildo Baylos- , da lugar a señalar- como se mencionó en líneas anteriores- dos tendencias en la represión de las conductas tipificadas como desleales.

La primera tendencia es lo contenido en el llamado sistema francés, en el que asume particular importancia la labor de la jurisprudencia. Esta considera que al competir de manera desleal se recae en un acto de carácter ilícito, aplicando en dichas circunstancias el artículo 1382° del Code, que es el equivalente del artículo 1969° del Código Civil peruano: "Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor". La fundamentación que realiza la jurisprudencia francesa es en base al concepto del abuso del derecho.[195] 95

[192] 92 "Lineamientos..." Trujillo 2000, p.710.

[193] 93 Kresalja, Baldo: "Comentarios al decreto ley 26122 sobre represión de la competencia desleal" en: Derecho N° 47. Facultad de Derecho / Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima Diciembre 1993, pp. 13 y ss., específicamente p.23. También se puede ver del mismo autor: "Represión de la competencia desleal" en: Guía legal de negocios. Invirtiendo en el Perú. Editora: Beatriz Boza. PromPerú. Tercera edición. Lima 1998, pp. 421 y ss.

[194] 94 Baylos, Hermenegildo: Ob. Cit.. Madrid 1978, p.314.

Lo cierto es que según este sistema, el competidor utilizará determinados medios en una actividad concurrencial y, para ello, tiene plena libertad. Sin embargo, los medios empleados deben guardar correspondencia con la costumbre social comercial imperante. Se configura de esa manera un ilícito civil, que dará lugar a una reparación del daño de carácter económico, ya que en Francia no es catalogada la competencia desleal como una infracción en materia penal.

La otra forma de enfrentar la competencia desleal es mediante una ley especial, como sucede en Alemania, desde la dación de la ley el 7 de junio de 1909. Esta ley si bien es cierto ejemplifica mediante una lista de conductas típicamente desleales, la multiformidad de conductas infractoras que se pudieran presentar obligó a los legisladores alemanes a que se incluyera una cláusula general en la que se pudieran contemplar todas aquellas conductas que por el carácter dinámico de la economía, resultaban de difícil encuadre. Así en el artículo 1° de la ley se establece la mencionada cláusula general de la manera siguiente: "El que en el tráfico mercantil realiza actos, con finalidad de competencia, que atentan contra las buenas costumbres, puede ser sometido a una reclamación de cesación y de reparación del daño". Baylos- citando a Fikensscher- resalta en este artículo, que lo que sirve de defensa frente a la acusación de competir deslealmente, no es probar la lealtad misma considerada como un valor, sino el hacer referencia a un comportamiento acostumbrado, usual, socialmente admisible. [196] 96

1.2.4. Análisis de la Ley

1.2.4.1. Antecedentes

Como señala Baldo Kresalja, la primera norma que en el Perú trató sobre la represión a la competencia desleal fue la Ley N° 13270, del 30 de noviembre de 1959, en los artículos 99° y 100°. Esta ley sería posteriormente derogada por el Decreto Ley N° 18350(Ley General de Industrias) , ley reglamentada por el Decreto Supremo N° 001- 71- IC/DS. [197] 97

Como parte de una serie de normas que tenían como objetivo la puesta en marcha

[195] 95 Fernández Sessarego señala en cuanto al abuso del derecho lo siguiente: "El acto realizado en el ejercicio de un derecho es, en principio, un acto lícito, un comportamiento permitido por la ley. Pero, a través del llamado abuso del derecho, dicho comportamiento jurídicamente admitido, se convierte en un fenómeno que consiste en el ejercicio excesivo, irregular, desconsiderado, anormal y, en cualquier caso, antisocial de un derecho subjetivo susceptible de causar daño en relación con un interés ajeno. Es decir, sustancialmente contrario a la moral social. De este modo, no obstante sustentarse originariamente en un acto lícito, mediante una actuación socialmente inadmisible, aquel derecho subjetivo deja de ser "un derecho" para convertirse, transpuesto cierto límite que debe ser apreciado por el juez, en un acto que ya no es lícito y con el que se incurre, más bien, en la transgresión de un deber genérico de respeto al interés de los demás. No puede perderse de vista que la solidaridad se traduce más intensamente a través de los deberes que de los derechos". En: Fernández Sessarego, Carlos: Abuso del Derecho. Editorial Grijley. Segunda edición. Lima 1999, pp. 150- 151.

[196] 96 Baylos, Hermenegildo: Ob. Cit.. Madrid 1978, p.318.

[197] 97 Kresalja, Baldo: Ob. Cit. Lima Diciembre 1993, pp. 13 y ss., específicamente p.27.

de un orden público económico de tendencia liberal, en diciembre de 1992 se puso en vigencia el Decreto Ley N° 26122 Ley de Represión de la Competencia Desleal. Podríamos hacer nuestras, las palabras de Concepción Molina, en cuanto al significado de este decreto ley, al decir que "... considera la institución de la competencia como el objeto directo de protección de la normativa y realiza una apertura de los intereses protegidos, dando cabida a los intereses de los consumidores y al interés público". [198] 98

Entre las influencias que asumiría la nueva ley peruana se encuentra la ley española sobre el tema. Como expresa Kresalja: "En su parte sustantiva está directamente "inspirada" en la ley 3/1991 española sobre la mima materia. Como es lógico, es reflejo de un modelo concurrencial distinto al nuestro, es decir, correspondiente a un país mucho más desarrollado en lo económico e integrante de la Comunidad Económica Europea, lo que se hace especialmente visible al momento de proponer estándares de enjuiciamiento así como de casos típicos. Esa "inspiración" en la ley española obligará en el futuro a un estudio detenido para confrontar el contenido del decreto ley 26122 con nuestra realidad empresarial y con los valores que en materia económica tienen nuestros agentes en el mercado; en otras palabras, para conocer con mayor precisión cuáles son las normas de conducta que rigen el tráfico económico en nuestro país".

El mismo autor citado señala que en el Perú se presentaron tres razones inexcusables para la promulgación de una ley de competencia desleal, al igual que España, con la salvaguarda de diferente contexto y distinta intensidad: "...la creciente demanda social de un marco jurídico cierto y eficaz que sea apto para dar cauce a la lucha en el mercado; la necesidad de homologar, en el plano internacional, nuestro ordenamiento jurídico en esta materia, más aún ante la creciente globalización de la economía y la liberalización de la misma, acompañada en nuestro caso de la necesidad de reinsertarnos en el mundo financiero internacional y otorgar garantías a los inversionistas; y, por último, la necesidad de adecuar las normas a lo que se señala en nuestra Constitución económica de 1979". [199] 99

1.2.4.2. Aspectos Generales

La finalidad de esta Ley, se encuentra establecida en el artículo 1° de la misma, cuando señala que tiene por objeto evitar, desalentar y sancionar los actos contrarios a la libre competencia en actividades económicas. Este artículo por tanto, debe leerse en relación a lo preceptuado en la Constitución vigente en el artículo 61°, en cuanto a que el Estado facilita y vigila la libre competencia, combatiendo toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas.

Esto no nos debe llevar a pensar que este decreto ley es una redundancia de lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 701, sino que en definitiva es su complemento, ya que no hablaremos de una competencia efectiva si no se protege a la libre competencia y si ésta no se lleva por medios leales.

[198] 98 Molina, Concepción: Protección jurídica de la lealtad en la competencia. Editorial Montecorvo. Madrid 1993, p.259.

[199] 99 Kresalja, Baldo: Ob. Cit. Lima Diciembre 1993, pp. 13 y ss., específicamente p.29.

Asimismo, en referencia al artículo 1° del Decreto Ley N° 26122, la Constitución vigente también tiene como artículos relacionados, tanto el 58° como el 59°. Así, el artículo 58°, en cuanto prescribe que la iniciativa privada es libre y se ejerce dentro del marco de una economía social de mercado, en el que el Estado orienta el desarrollo del país, promocionando el empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura. Y por otro lado, el artículo 59°, en cuanto se señala que el Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria, cuyo ejercicio no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas.

Sobre el ámbito de aplicación- especificado en el artículo 2°- , se señala que la Ley es de aplicación a todas las personas naturales o jurídicas, sean de derecho público o de derecho privado, incluidas las asociaciones sin fines de lucro, sociedades de hecho, gremios o cualquier otra que realice actividades económicas.

Al respecto es necesario traer a colación el caso seguido por Warner Lambert Perú S.A. contra la revista “Además” y los señores Oscar Vergara y Guillermo Valdivia. La empresa denunciante argumentaba que en publicaciones de la revista denunciada se habían difundido varios artículos en relación con los productos que la empresa denunciante comercializaba(Tabrón y Chloromycetin) , incluyéndose afirmaciones denigratorias sobre dichos productos, lo que iba contra su prestigio comercial. Mediante Resolución N° 085- 99- TDC, la Sala de Defensa de la Competencia exceptuó de la capacidad para ser denunciados a los medios de comunicación social que difundieran informaciones amparados en las libertades de información, expresión y opinión.

Asimismo, se señala en el artículo 3°, que se aplica exclusivamente a los actos de competencia desleal que se realicen en el territorio nacional o en las importaciones de los bienes al país. Se establece expresamente, que no es de aplicación la norma a los actos comprendidos en el ámbito del Decreto Supremo N° 133- 91- EF, normas para evitar y corregir las distorsiones de la competencia en el mercado generadas por el dumping y los subsidios, sus disposiciones modificatorias, ampliatorias y conexas. [200] 00 En este sentido- como expresa Ulises Montoya Manfredi- , tampoco sería aplicable la Decisión 283 de la Comunidad Andina que se ocupa de este tema. [201] 01

Cabe además señalar, que mediante el Decreto Supremo N° 075- 93- EF, en cuanto a la importación de los bienes, se estableció que las personas que se consideren afectadas por importaciones presuntamente subvaluadas podían presentarse ante la Comisión de Represión de Competencia Desleal. Sin embargo, este decreto supremo quedó sin efecto mediante la Primera Disposición Final del Decreto Legislativo N° 807, y, por lo tanto, la solicitud de investigaciones sobre supuestas importaciones subvaluadas, se presentan a la Superintendencia Nacional de Aduanas.

Aspecto importante a resaltar es cómo queda lo que corresponde a la denominada “relación de competencia”. No hay duda que este punto, tiene necesaria relación con lo propuesto como objeto de protección. Así, mediante el establecimiento de esta ley se

[200] 00 Los casos de dumping y subsidios son conocidos por la Comisión de Dumping y Subsidios del Indecopi.

[201] 01 Montoya Manfredi, Ulises: Ob. Cit.. Lima 1998, p.499.

busca – como se ha dicho en líneas anteriores- , salvaguardar la competencia, en cuanto a que las prácticas desleales atentan contra este principio. Hay que recordar que este decreto ley en análisis, así como el Decreto Legislativo N° 701, no hacen otra cosa que desarrollar con énfasis- ortodoxamente para algunos- , lo establecido en la Constitución vigente, en cuanto a una economía de mercado como aspecto central del orden público económico peruano.

Dentro de esta perspectiva, los intereses tutelados por este decreto ley y por otras normas de igual tendencia, es salvaguardar intereses no sólo de la empresa privada, sino además de otros agentes económicos como los consumidores y usuarios, así como el interés público.

Es así que la relación de competencia, no debe ser vista como el nexo ineludible o necesario para legitimar activa o pasivamente en la aplicación de la ley. El modelo dentro del cual se inscribe este decreto ley, es uno social, en el que pierde en mucho significación, el hecho necesario- como era en el caso del modelo profesional- de que autor y perjudicado sean estrictamente competidores. Dañados podrán ser los consumidores y también el interés público.

Sin embargo, puede inducir a error el señalamiento que se hace dentro del Título I del Decreto Ley, en cuanto a la "relación de competencia", lo que haría pensar en la existencia de su exigencia, aunque en el propio texto de la ley no exista tal especificación. No obstante, Baldo Kresalja, analizando este punto señala lo siguiente: "Ello se debe, creemos, a una omisión, ya que en el proyecto- al cual tuvimos acceso- había un artículo en el que se decía con toda claridad que para su aplicación la ley no se supeditará a la existencia de una "relación de competencia". Consideramos que después de una lectura detenida de todo el articulado puede afirmarse que, en efecto, la ley peruana para su aplicación no exige siempre, es decir, en todos los casos, una "relación de competencia"."[202] 02

Por otro lado, en el artículo 5° de la ley se establece que para la calificación del acto de competencia desleal no se requerirá acreditar un daño efectivo o comportamiento doloso, bastando el perjuicio potencial e ilícito al competidor, a los consumidores o al orden público. Al respecto, el mismo Kresalja advierte que el fin que persigue la normativa es reprimir la conducta incorrecta y para ello, no es requisito la mala fe del autor ni que la conducta haya causado perjuicio: "Esto sin embargo, no puede llevarnos a desconocer que la mayoría de los actos de competencia desleal se realizan con mala fe subjetiva, y que esa mala fe y la producción cierta de un perjuicio son jurídicamente relevantes, resultando incluso imprescindibles para el ejercicio de determinadas acciones, como por ejemplo, para solicitar una indemnización por daños y perjuicios, pero no son requisitos para que un acto sea calificado como desleal, o para pedir su cesación. Habrá, sin embargo, casos específicos en los que la ley exige que la mala fe sea un elemento determinante de la incorrección de la conducta prohibida y también para la cesación de la misma, como es el caso de la sustracción de secretos empresariales consignado en el artículo 15° b) del decreto ley 26122". [203] 03

[202] 02 Kresalja, Baldo: Ob. Cit. Lima Diciembre 1993, pp. 13 y ss., específicamente p.32.

En la segunda parte del artículo 5°, se establece que- sin perjuicio de lo dispuesto en la primera parte del mismo- , se considerará acto de competencia desleal grave el que se encuentre específicamente dirigido a alejar o sustraer ilícitamente la clientela de un competidor. Al respecto Kresalja da la siguiente explicación: "En nuestra opinión, sin embargo, el aspecto más relevante es otro: si bien el modelo de nuestra ley- adoptado de la ley española- basta que una actuación sea incorrecta y perjudique a cualquiera de los participantes en el mercado, por ejemplo a los consumidores, para que sea calificada de desleal, no precisándose ya una "relación de competencia"; según el párrafo segundo del artículo 5° los actos desleales graves para nuestro legislador son aquellos en los que sí hay una relación de competencia, es decir, aquellos mediante los cuales un empresario- y sólo un empresario y no quien actúa esporádicamente en el mercado- trata de alejar o sustraerle la clientela a otro empresario. Se trata de "profesionales" que "tienen clientela" o aspiran a tenerla, que actúan como tales en el mercado, y no quienes desean simplemente obtener "un comprador" aunque lo hagan deslealmente". [204] 04 Este punto, por cierto, es un tema controversial que aún no ha sido esclarecido por el Indecopi.

Un ejemplo de la no necesaria presencia de la relación de competencia es lo acontecido en el caso seguido por Productos Rema S.A. contra Luz del Sur S.A.. La empresa denunciante que a la sazón, se dedicaba a la producción de enchufes triples, argumentaba que la denunciada había incurrido en actos de denigración, al presentar un folleto que tenía como tema central la prevención de incendios y en el cual se incluía la imagen de un enchufe de la marca de la empresa denunciante. Mediante Resolución N° 096- 96- TDC la Sala de Defensa de la Competencia se pronunció por estimar que no obstante denunciante ni denunciado eran competidores entre sí, vale decir, competidores directos, el acto efectuado por la denunciada constituía uno que era susceptible de menoscabar el crédito de los productos de la denunciante.

1.2.4.3. Definición de acto de competencia desleal - Cláusula general prohibitiva

El Decreto Ley N° 26122 siguiendo lo que se suele establecer cuando se adopta la tendencia de enfrentar las prácticas desleales mediante una ley especial, incluye una denominada "cláusula general prohibitiva", en la que se establece una definición omnicomprensiva de lo que constituye un acto de competencia desleal.

Así, el artículo 6° prescribe, que se considera acto de competencia desleal y, en consecuencia, ilícito y prohibido, a toda conducta que resulte contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de actividades económicas y, en general, a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas.

Baylos comentando la cláusula general señala: "...La cláusula general se estructura como un enunciado integrado por conceptos jurídicos indeterminados, cuyo carácter normativo está en su remisión a criterios de valor o principios de experiencia

[203] 03 Kresalja, Baldo: Ob. Cit. Lima Diciembre 1993, pp. 13 y ss., específicamente p.33.

[204] 04 Kresalja, Baldo: Ob. Cit.. Lima Diciembre 1993, pp. 13 y ss., específicamente p.34.

extrajurídicos". [205] 05

De allí que la cláusula general es sumamente importante, debido a que la economía y, dentro de esta, las prácticas de comercio, son eminentemente dinámicas y cambiantes, lo que haría imposible establecer una tipificación que no quedara rezagada con el paso del tiempo. Asimismo, la propia multiformidad de dichas prácticas, hace que sea la mejor manera, adoptar una cláusula que permita incluir, bajo ciertos parámetros o criterios, actos de competencia desleal que de otra forma quedarían sin sanción efectiva.

Es así, como en el texto de este artículo se encuentran tres parámetros o criterios, a saber: a) la buena fe comercial; b) el normal desenvolvimiento de las actividades económicas; y finalmente c) las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas.

La buena fe comercial está referida a la forma o modo de actuar de los sujetos económicos en el mercado, en correspondencia a los intereses protegidos de una economía en competencia, vale decir, el interés público del orden económico de un país, y el interés de los competidores, sean consumidores o empresarios. Las conductas actuarán de acuerdo a la buena fe comercial, cuando no rompan esa correspondencia con los intereses en la competencia. De allí que se establezca que existe libertad de competir, pero esa libertad tiene como límite el respeto a los intereses en juego en el mercado, de modo que se actúe con buena fe.

Los dos criterios restantes, están en consonancia principalmente con el orden público económico. Este marcará en definitiva lo que se entiende como normal desenvolvimiento de las actividades económicas y las normas de corrección que deben regir las mismas. Nótese además el cambiante sentido que pueden adquirir los actos de competencia desleal, es decir, estos estarán determinados por lo que en un momento en especial predomine como lo correcto. Pero, eso puede cambiar de acuerdo al momento en que se trate.

De particular importancia resulta el caso seguido por Cristal Vladich S. C. R. L. contra las empresas Central Tumbes S.A. y Unión de Cervecerías Backus & Johnston S.A. La empresa denunciante recurriendo en apelación ante el Tribunal, argumentaba que la Comisión – que había declarado infundada la denuncia- no se había pronunciado sobre todos los extremos de la denuncia, específicamente señalaba en cuanto a la cláusula general del Decreto Ley N° 26122. La Sala de Defensa de la Competencia mediante la Resolución N° 136- 98- TDC, se pronunció por declarar improcedente el pedido de nulidad de la resolución apelada, pues consideró que los hechos materia de la denuncia, no constituían infracciones de competencia desleal y que por tanto la Comisión ya se había pronunciado sobre todos los extremos de la denuncia. En este pronunciamiento de la Sala, es importante el establecimiento de una prelación entre los actos tipificados en la ley y la cláusula general, así como en la sistemática de análisis que debe existir entre los hechos materia de la denuncia y la cláusula general. La Sala considera que la cláusula general de la ley es aplicable a aquellos supuestos que no se hallaran ya previstos en artículos específicos de la ley. Y asimismo, que existiendo actos de competencia desleal

[205] 05 Baylos, Hermenegildo: Tratado de Derecho Industrial. Editorial Civitas. Segunda edición. Madrid 1993, p.337.

que no están expresamente tipificados en la ley, como por ejemplo, entorpecer la distribución de los productos del competidor, impedirle obtener envases o empaques, dificultarle hacer sus entregas en forma oportuna o destruir sus activos, entre otros, deberán ser analizados dentro del marco de la cláusula general.

1.2.4.4. Supuestos tipificados como competencia desleal

El Capítulo II del Título II del Decreto Ley N° 26122 se inicia con el artículo 7°, al cual se le conoce como pequeña cláusula general, ya que no sólo enuncia los distintos actos de competencia desleal que podrían darse en una realidad concreta, sino que además incluye una formulación abierta para ser considerados como desleales todos aquellos actos que puedan tenerse análogos a aquellos que se comprenden enunciativamente.

Así, el artículo 7° prescribe que son actos desleales, los destinados a crear confusión, reproducir, imitar, engañar, inducir a error, denigrar, desacreditar la actividad, productos, prestaciones o establecimientos ajenos, efectuar comparaciones inapropiadas, violar secretos de producción o de comercio, aprovechar indebidamente la reputación ajena y, en general, cualquier acto que por su naturaleza o finalidad pueda considerarse análogo o asimilable a aquellos que enunciativamente se señalan seguidamente en el Capítulo II del Título II.

Lo dispuesto en el artículo 7° sólo se aplica cuando el hecho materia de denuncia no se encuentra tipificado expresamente en la ley, teniéndose como ejemplos de actos análogos los siguientes: i) la comercialización de figuras con la imagen de deportistas destacados sin contar con la autorización de estas personas o de sus representantes, aprovechándose de manera indebida de su reputación; ii) la comercialización de agua en bidones registrados como marca de terceros, sin contar con la autorización correspondiente.[206] 06

a) Actos de Confusión

El artículo 8° señala que se considera desleal toda conducta destinada a crear confusión con la actividad, las prestaciones, los productos o el establecimiento ajeno.

Agrega este artículo, que el riesgo de confusión a que se ven expuestos los consumidores respecto de la procedencia empresarial de la actividad, producto, establecimiento o prestación es suficiente para determinar la deslealtad de una práctica.

Se dice que una de las características principales de la economía contemporánea es la agudizada diferenciación en beneficio de la competencia. La diferenciación de actividades, prestaciones, productos y establecimientos es de mucha importancia para la transparencia del mercado y las decisiones de consumo eficientes.

Ana María Pacón [207] 07 - refiriéndose a la confusión en relación al derecho de

206 06 Indecopi: "Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial"(Resolución N° 001- 2001- LIN- CCD / INDECOPI) . Separata Especial aparecida en: El Peruano del 20 / 07 / 2001, p. 9.

207 07 Pacón, Ana María: "Marcas notorias, marcas renombradas, marcas de alta reputación" en: Derecho N° 47. Facultad de Derecho / Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima Diciembre 1993, pp.303 y ss., específicamente p. 307 y pp. 318- 319

marcas - , señala que el riesgo de confusión puede producirse, en principio, por dos causas. El consumidor puede atribuir erróneamente a una empresa los productos producidos por otra empresa, bien porque por el extremo parecido entre los signos confunde uno con otro, bien porque aún diferenciando claramente las marcas, cree que ambas pertenecen a un mismo empresario. En el primer caso estaremos ante el llamado "riesgo de confusión directo"; en el segundo, frente al "riesgo de confusión indirecto". Luego, ahondando en esta distinción planteada, Ana María Pacón señala que mucho dependerá del consumidor frente a la marca para que el riesgo de confusión disminuya o aumente. El observador rápido y superficial, en ocasiones creerá contemplar una marca notoria cuando en realidad está mirando la marca que sólo presenta algunas coincidencias con ella(riesgo de confusión directo) . En el otro extremo, si el consumidor está dotado de gran capacidad de observación y de buena memoria, recordará con precisión todas y cada una de las características de la marca notoria y, por este motivo, se percatará inmediatamente de las diferencias existentes entre el nuevo signo y el signo más antiguo. Pero, al mismo tiempo, al comprobar que existen algunos elementos comunes entre ambos, él podrá suponer que la marca más moderna constituye un nuevo miembro de una serie de marcas, todas ellas pertenecientes a una misma empresa. Surge entonces el riesgo de que los consumidores puedan pensar que tras la marca más moderna se encuentra la empresa titular de la marca notoria(riesgo de confusión indirecto) .

De lo anteriormente dicho, entonces, aspecto principal es la caracterización del consumidor, es decir, si es uno de observación rápida y superficial y si, por el contrario, es uno de buena memoria y prolijo. Como se expresa en la Resolución N° 008- 97- TDC en el caso seguido por Productos Paraíso del Perú contra Tejidos Urdisa S.A., la confundibilidad o el riesgo de confusión al que se encuentran expuestos los consumidores debe evaluarse atendiendo a la capacidad de diferenciación de un consumidor razonable, es decir, un consumidor crítico que compara y se informa antes de efectuar una decisión de consumo, teniendo en cuenta la presentación o el aspecto general de los productos o de las prestaciones materia de evaluación. Opinión similar se encuentra en la Resolución N° 005- 97- TDC, en el caso seguido por Bijoutería B&X S.R.Ltda. contra Belcro S.R.Ltda..

Explicando el concepto de "consumidor razonable" en contraposición con el de "consumidor medio", Bullard y Patrón señalan: "El consumidor medio no es sino el actor común en una determinada colectividad, mientras que el consumidor razonable es un estándar abstracto de lo que sería el comportamiento socialmente deseable de un individuo. Si en un país el comportamiento de un consumidor medio, digamos su diligencia, está por debajo de lo "razonable"- esto es, de lo socialmente deseable- , las decisiones que adopten como estándar de tutela al individuo promedio promoverán su falta de diligencia(al menos no generarán incentivos para que adopte mayores precauciones) . El resultado sería la reducción del bienestar social. En la aplicación de las normas que reprimen el engaño en el mercado se ha asumido que el criterio de lo "razonable" incentiva conductas adecuadas por parte de los consumidores, lo que a su vez promueve eficiencia y competitividad". [208] 08

[208] 08 Bullard, Alfredo y Patrón, Carlos: Ob. Cit.. Lima 1999, pp. 433 y ss., específicamente p.444

De otra parte, para determinar si se ha producido un acto de confusión- directo o indirecto- , debe observarse, entre otros aspectos los siguientes: a) la forma como se distribuyen los productos o se proveen los servicios en cuestión(por ejemplo, si concurren en una misma plaza, en un mismo segmento del mercado o empleando similares canales de distribución) ; b) el nivel de experiencia de los consumidores que adquieren tales bienes o servicios; c) el grado de distintividad de la forma o apariencia externa del producto o de la prestación del servicio o de sus medios de identificación(esto es, que dichos elementos cumplan una función indicadora de procedencia empresarial) ; d) el grado de similitud existente entre los elementos que distinguen a los productos o la prestación de los servicios objeto de evaluación. [209] 09

Como ejemplos en donde se declaró fundadas las denuncias por actos de confusión se pueden tener las siguientes. [210] 10 Mediante las Resoluciones N° 024- 97- CCD y N° 191- 97- TDC, en el caso seguido por Onix S.A. contra Sindex S.A., que trató de la comercialización de jabones para lavar ropa utilizando un envase con un diseño muy similar al empleado por un competidor que tenía características que permitían que un consumidor lo identificase en el mercado, como producto de la empresa competidora, debido a características como la ubicación de los gráficos, el tipo de letra utilizado, entre otras.

Asimismo, mediante la Resolución N° 010- 1999/CCD- INDECOPI - en el caso seguido por la Sociedad Peruana de la Cruz Roja contra Cruz Roja de Lima- , la Comisión declaró que la constitución de la sociedad civil “Cruz Roja de Lima” daba a entender que era una filial de la Sociedad Peruana de la Cruz Roja, cuando esto no era cierto.

Igualmente, en el caso seguido por Texas Petroleum Company Sucursal del Perú contra Luna, Ormeño, Guzmán S.A., mediante la Resolución N° 023- 1999/CCD-INDECOPI, se determinó la utilización de los medios identificatorios de la empresa Texaco en los dispensadores de una estación de venta de combustible, dando a entender que aún existía una vinculación entre ambas empresas, cuando el contrato que autorizaba el empleo de los indicados medios identificatorios ya había sido resuelto por el titular.

También es necesario agregar los casos siguientes [211] 11. En el seguido por Helados Artika S.R.L. contra la señora Mileny Sánchez Luna, por la comercialización de helados utilizando carritos que reproducían el tamaño, forma y color característicos de carritos utilizados por el competidor. Se declaró fundada la denuncia y se sanciono a la denunciada, mediante la Resolución N° 025- 96- CPD. Asimismo, en el caso seguido por Societé des Produits Nestlé S.A. contra Envasadora Las Cálicas E.I.R.L., por la comercialización de ketchup empleando una etiqueta que copiaba las características y las imágenes utilizadas por uno de los competidores, para distribuir un producto similar.

[209] 09 Indecopi: “Lineamientos...” Trujillo 2000, p.685. Lo manifestado es reafirmado en: Indecopi: “Lineamientos...” El Peruano del 20 / 07 / 2001, p.9.

[210] 10 Lineamientos...” Trujillo 2000, p.685, y reiterados en: “Lineamientos...” El Peruano del 20 / 07 / 2001, p.9

[211] 11 “Lineamientos...” El Peruano del 20 / 07 / 2001, p.9.

Los actos de confusión tienen enorme similitud con los casos de infracción al registro de marcas. Bullard y Patrón señalan que existe una coordinación y delimitación adecuada en cuanto a los ámbitos de competencia: "Así, por ejemplo, en uso de las facultades legales, la Sala Plena del Tribunal del Indecopi dictó la Directiva 001- 96- TRI, que estableció que es competencia de la Oficina de Signos Distintivos conocer los actos de confusión y explotación de la reputación ajena referidos a signos que se encuentren registrados y de la Comisión de Represión de Competencia Desleal de aquellos que no. Para el caso de los actos que afecten tanto signos registrados como no registrados, la Sala Plena estableció el principio de la "punta de la flecha", según el cual la existencia de un elemento registrado determina que la Oficina de Signos Distintivos deberá resolver el caso, solicitando siempre la opinión de la Comisión de Competencia Desleal. Para el caso de duplicidad de funciones entre la Comisión de Represión de la Competencia Desleal y la Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías, se aplican criterios similares. El nombre del principio aplicado para casos de duplicidad de competencias("punta de flecha") conlleva implícita la idea de que los derechos de propiedad industrial debidamente constituidos "arrastran" a los demás elementos no registrados que generan confusión. Así, a manera de ejemplo, supóngase el caso de un restaurante que no sólo copie el nombre de otro(elemento registrado) , sino adicionalmente el diseño de su interior, la distribución de sus mesas, la vestimenta de sus meseros, los colores de sus manteles, su vajilla y utensilios y demás elementos no registrados que lo caracterizan e individualizan en la mente de los consumidores. La concepción que subyace es que la imitación de los elementos no registrados refuerza la confusión que se pretende realizar usurpando un elemento registrado, razón por la cual los primeros deben seguir la suerte del principal". [212] [12]

Lo dicho anteriormente- como expresan los mismos autores citados- , fue aplicado en el caso seguido por La Romana S.A. contra Romana Sazón Corp. S.R.L.. La denunciante argumentaba que la denunciada había imitado signos distintivos, registrados y no registrados, que caracterizaban a sus establecimientos comerciales. Mediante la Resolución N° 033- 96- TRI- SDC/ INDECOPI, la Sala de Defensa de la Competencia consideró que el caso era de competencia de la Oficina de Signos Distintivos del Indecopi.

b) Actos de Engaño

El artículo 9° establece que se considera desleal la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcance respecto a la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad y cantidad y en general, las ventajas realmente ofrecidas por los productos o prestaciones.

En su segunda parte, este artículo 9° señala que en especial se considera desleal, ostentar o afirmar la posesión de premios, distinciones, medallas o certificados de cualquier naturaleza, que no se han obtenido, o no tuvieran vigencia, particularmente en publicidad o en etiquetas, envases, recipientes o envolturas.

[212] [12] Bullard, Alfredo y Patrón, Carlos: Ob. Cit.. Lima 1999, pp. 433 y ss., específicamente p.446.

Sin duda los actos de engaño, son los de más ocurrencia en cuanto a actos de competencia desleal. En la jurisprudencia se puede encontrar un concepto de lo que constituye un acto de engaño en el caso seguido por Transportes Cesaro Hermanos S.A. contra Internacional Inspection Service Ltda.: "...el engaño puede definirse como la creación de una impresión falsa de los productos o servicios propios. En otras palabras, en el engaño la información está referida a los productos o servicios propios de quien incurre en los actos de competencia desleal. Así, en el engaño el agente proporciona información incorrecta o falsa respecto de sus propios productos o servicios para de esta manera atraer clientela de manera indebida...".(Resolución N° 051- TDC- INDECOPI del 21 de febrero de 1997) .

Lo que hay que destacar en la configuración de este acto de competencia desleal, es que la aquilatación del engaño debe ser analizada en correspondencia con la actitud del consumidor, es decir, en atención de un "consumidor razonable", como ha sido configurado en anteriores líneas.

Adicionalmente, se pueden citar una serie de casos dentro de la jurisprudencia en cuanto a la verificación del acto de engaño [213] [13]. Así, en el caso seguido por Corporación Misti S.A. contra Chemical Equipment & Accesories S.A.(Expediente N° 093- 96- CCD) , en donde ocurría en los hechos materia de la denuncia, que en la comercialización de fertilizante se incluía en el envase la indicación de que el producto estaba compuesto de 46% de fósforo, cuando en realidad, de acuerdo a los análisis realizados sobre una muestra tomada en el local del fabricante, el producto tenía sólo 20% del referido mineral.

Asimismo, en el caso seguido por Solopak Pharmaceutical Inc. contra IFE Comercial San Judas Tadeo S.R. Ltda. y Master Inversiones S. R. Ltda. (Expediente N° 080- 96- CCD) , en el cual ocurría que se vendían medicamentos a los cuales se les cambió el número de lote y la fecha de vencimiento, a fin de dar la impresión de que tenían un mayor tiempo de vida.

Igualmente, en el caso seguido por Compañía de Petróleos Shell del Perú S.A. contra Rentik S.A.(Expediente N° 019- 97- CCD) , en el que se relataba que la comercialización de combustibles se utilizaba los medios identificatorios de la empresa Shell dando a entender que tales productos tenían las características de aquellos elaborados por esta, cuando en realidad fueron adquiridos de PetroPerú y no presentaban las características de los combustibles elaborados por dicha empresa.

De la misma manera, en el caso seguido por Compañía Arrocera del Sur S.A. contra Semillas del Sur E.R.L.(Expediente N° 093- 97- CCD) , en donde en la venta de semillas de arroz se afirmaba que las mismas correspondían a la variedad "NIR 1" cuando en realidad no tenían las características de pureza y rendimiento del producto original.

Asimismo, en el caso seguido por Rodamientos del Sur S. R. Ltda. contra Relatch S.R.Ltda..(Expediente N° 151- 97- CCD) , en donde la comercialización para uso industrial de rodamientos reconstruidos, se hacía sin informar dicha circunstancia a los adquirentes de los mismos.

[213] [13] "Lineamientos...". Trujillo 2000, pp.688- 689, y reiterados en: "Lineamientos..." El Peruano del 20 / 07 / 2001, p.11.

Además, también se pueden nombrar los casos siguientes. [214] [14] El primero, seguido por Electrol S.A. contra Maruja Maquera López, Leonardo Mamani Jíscara y Gregoria Alarcón Flores, en donde se efectuaba venta de licuadoras a las que se les había cambiado uno de sus componentes internos, lo que no era informado a los compradores, siendo declarada la denuncia fundada mediante la Resolución N° 016- 96- CPD. Asimismo, el caso seguido por la Asociación de Laboratorios Farmacéuticos del Perú contra Boticas Torres de Limatambo S. A. C., ya que se comercializaron medicamentos cambiando el inhalador del envase e introduciendo un producto que no tenía todos los principios activos del medicamento cuyo nombre figuraba en el inhalador.

Igualmente, es necesario citar los casos que según el parecer de Indecopi, no constituyen actos de competencia desleal bajo la modalidad contemplada en el artículo 9° de la ley. [215] [15] Así, en los procesos seguidos por New Zealand Milk Products Perú S.A. y la Asociación de Industriales Lácteos respectivamente contra Asa Alimentos S.A.(Expedientes acumulados N° 014- 1998/CCD y 027- 1998/CCD) , por la comercialización de leche de soya utilizando en el rotulado la expresión “leche” pese a tratarse de un producto de origen vegetal y no animal, toda vez que se trataba de una designación que correspondía a los usos habituales del mercado y de una denominación descriptiva del origen del producto que, no inducía a error a los consumidores respecto a sus características, por lo cual consecuentemente se declaró infundadas las denuncias presentadas. Por otra parte, en el caso seguido por Vita Vida S.A. y la Asociación de Industriales Lácteos, respectivamente contra Friesland Perú S.A.(Expedientes acumulados N° 008- 1998/CCD y 018- 1998/CCD) , por la comercialización de una bebida láctea utilizando la denominación “yogurt”, pese a que el producto no había supuestamente contado con los microorganismos propios de este producto, lo cual en opinión de los denunciantes induciría a error a los consumidores acerca de las características del producto en cuestión. La Comisión declaró infundada la denuncia señalando que la etapa de ultrapasteurización del proceso de producción no alteraba las propiedades químicas, físicas no organolépticas del producto, siendo común en otros países utilizar dicha denominación para identificar a un producto sometido a este proceso. Y finalmente, el caso seguido por Alicorp S.A. contra Molino Italia S.A., por la comercialización de fideos incluyendo imágenes de huevos en los empaques y en los elementos publicitarios, dando a entender que se trataba de un nuevo ingrediente del producto y no de la variedad conocida como “fideos al huevo”, declarándose infundada la denuncia presentada(Resoluciones N°080- 2000/CCD- INDECOPI y N° 152- 2001/TDC-INDECOPI) .

c) Actos prohibidos respecto a la procedencia geográfica

En el artículo 10° del Decreto Ley N° 26122 se prescribe que se considera desleal la realización de actos o la utilización de expresiones que puedan inducir a error sobre la procedencia geográfica de un producto o de un servicio.

En su segundo párrafo, se señala que, en particular, se reputa desleal el empleo de

[214] [14] “Lineamientos...” El Peruano del 20 / 07 / 2001, p.11.

[215] [15] “Lineamientos...”: El Peruano del 20 / 07 / 2001, p.11.

falsas indicaciones de procedencia y de falsas denominaciones de origen, aún cuando se acompañen expresiones tales como tipo, modelo, sistema, clase, variedad, u otro similar.

El acto contemplado en el artículo 10° de la ley, es una especificación de los actos de engaño, tratados en el acápite anterior. Se persigue inducir a error al consumidor, esta vez mediante elementos que permitan asociar un producto o servicio determinado con las características que se derivan del prestigio de un determinado lugar de producción, que a la sazón, es objeto de preferencia por el consumidor o usuario, motivándolo a la adquisición o utilización.

Uno de los aspectos centrales en éste tipo de actos y su tratamiento procesal, es sobre quién va a recaer la carga de la prueba, sobre el origen o la procedencia geográfica. La Sala se ha pronunciado que el más indicado es el que le atribuye a los productos dicho origen o procedencia, al encontrarse en una mejor posición al respecto((Resolución N° 100- 97- TDC en el caso seguido por Medidores Inca S.A. contra Sanitarios y Acabados S.A.) .

Entre los casos presentados en la jurisprudencia [216] [16]se encuentra el seguido por Fábrica de Accesorios Electrónicos S.A. contra Electrónica Audiotek S.A., en donde la Comisión mediante Resolución N° 063- 97- CCD, determinó el hecho que se vendían accesorios electrónicos, tales como cables y antenas de televisor, utilizando en los envases de los mismos las indicaciones “Japan” y “Japan Type”, lo que daba a entender a un consumidor que el producto era fabricado en Japón cuando en realidad era importado de China.

Asimismo, en el caso seguido por Nestlé Perú S.A. contra Comtrad S.A., la Comisión mediante la Resolución N° 011- 1998- CCD, tomó en consideración que se realizaba la comercialización de café fabricado en base a insumos importados de Ecuador utilizando la frase “Producto Peruano”.

También en los casos seguidos por Rena Ware del Perú S.A. y de oficio contra Zephir International S.A.(Expedientes acumulados N°030- 1998/CCD y o80- 1998/CCD) , pues se efectuaba la distribución de juegos de ollas coreanas, presentándolas como productos elaborados en Alemania, empleando en los envases de los referidos productos la palabra “Germany”(Resolución N° 058- 1998/CCD- INDECOPI y N°328- 1998/TDC- INDECOPI.

Asimismo, se indican como casos en donde se ha verificado el presente acto de competencia desleal el siguiente [217] [17]. Es el caso seguido por Industrias Vera Ltda. contra Importadora Nuevo Siglo S.A., por la comercialización de timbres de pared empleando las indicaciones “Ind. Col.” Y “Japan Style” sugiriendo que se trataba de productos procedentes de Colombia o del Japón, cuando en realidad eran artículos fabricados en la República Popular China, por lo cual se emitieron las Resoluciones N° 018- 96- CCD y N° 048- 96- TRI- SDC, declarándose fundada la denuncia e imponiéndose multa a la infractora.

[216] [16] “Lineamientos...” Trujillo 2000, pp.690, reiterados en: “Lineamientos...” El Peruano del 20 / 07 / 2001, p.12.

[217] [17] “Lineamientos...” El Peruano del 20 / 07 / 2001, p.12.

d) Actos de Denigración

El artículo 11° señala que se considera desleal la propagación de noticias o la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, el producto, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero o de sus gestores, que puedan menoscabar su crédito en el mercado a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes.

En su segundo párrafo, este artículo establece que califican dentro de lo dispuesto en el párrafo anterior, entre otras, las manifestaciones que refieran a la nacionalidad, las creencias o ideología, la intimidad, la vida privada o cualquiera otras circunstancias estrictamente personales del afectado.

Una definición de denigración la encontramos en la jurisprudencia nacional. Así, es definida como "...cualquier aseveración, verdadera o falsa, relativa a un competidor, dirigida a desacreditarlo. En otras palabras, la denigración se puede configurar tanto con afirmaciones falsas como en afirmaciones verdaderas sobre un competidor, sobre sus productos o sus servicios. En este último supuesto- esto es, cuando se difunda información verdadera- la ley exige además que tal afirmación sea pertinente y exacta, dentro del contexto en que ésta se difunde..."(Resolución N° 051- TDC- INDECOPI en el caso seguido por Transportes Cesaro Hermanos S.A. contra Internacional Inspection Service Ltda.) .

Se plantean ciertos elementos de análisis en los supuestos de actos de denigración.[218] [18] Así, se señala: 1) la difusión de la comunicación; 2) quién es el presunto afectado por las afirmaciones difundidas; 3) el contenido de las mismas.

En primer lugar, debe analizarse si de las pruebas se desprende que la parte denunciada difundió o iba a difundir afirmaciones referidas a la actividad, a los productos o a las prestaciones de un tercero o de sus gestores. La Comisión y la Sala han establecido que la difusión de las afirmaciones presuntamente denigratorias puede ser pública o privada; asimismo, en aplicación de lo establecido por los artículos 5° y 20° de la ley de competencia desleal, puede tratarse incluso de la existencia de una amenaza cierta e inminente de la difusión de las afirmaciones presuntamente denigratorias. Además se señala dentro de los Lineamientos, que la carga de acreditar que las afirmaciones presuntamente denigratorias fueron efectivamente difundidas en el mercado, sea a través de medios públicos o privados, o que existía una amenaza cierta e inminente de que las mismas serían difundidas, corresponde a la denunciante.

En segundo lugar, luego de que el denunciante ha acreditado lo anterior, la Comisión deberá determinar si las afirmaciones están referidas a un competidor identificado o al menos identificable por los destinatarios. Las referencias al competidor pueden realizarse de manera directa o indirecta, teniendo siempre en cuenta el hecho de que si un consumidor razonable puede determinar la identidad de dicho competidor.

En tercer lugar, la Comisión deberá evaluar si las afirmaciones denunciadas son exactas, verdaderas y pertinentes y si pueden menoscabar el crédito logrado por la denunciante en el mercado. La prueba de la veracidad, exactitud y pertinencia de las

[218] [18] "Lineamientos..." El Peruano del 20 / 07 / 2001, p.12 y ss.

afirmaciones difundidas corresponde a la persona que las difunde. Para esto, la Comisión tendrá en cuenta los siguiente criterios a fin de determinar si una afirmación es verdadera, exacta y pertinente y, por tanto, no denigratoria: 1) el carácter objetivo o subjetivo de las afirmaciones; 2) la vigencia o antigüedad de su difusión y 3) la época en que se produjeron, la veracidad de los hechos a los que se hace referencia en las afirmaciones bajo análisis, entre otras circunstancias de tiempo, lugar y modo que se presenten en cada caso particular.

El mismo caso citado (caso seguido por Transportes Cesaro Hermanos S.A. contra Internacional Inspection Service Ltda.) , sirve para ejemplificar los que no son actos de denigración. Así, en este caso, debido a un error del personal de la empresa denunciada, la denunciante recibió una comunicación vía facsímil dirigido a la empresa alemana Speditium Herbst, en el cual se le informaba a ésta última acerca de la idoneidad de los servicios prestados por diferentes empresas dedicadas al transporte pesado, entre ellas la empresa denunciante. El hecho es que en esta comunicación se señalaba que, anteriormente, la denunciante había tenido serios problemas, en cuanto a falta de equipo apropiado. En opinión de la empresa denunciante, la información contenida en el facsímil resultaba engañosa, denigrante y susceptible de menoscabar su crédito comercial en el mercado. La Sala se pronuncia entonces que existían elementos de prueba suficientes para presumir la veracidad y exactitud de la información materia de la denuncia. Asimismo, señalaba que el facsímil constituye un medio de comunicación privada que guarda relación con la actividad empresarial realizada por la denunciada que no habría generado descrédito de la imagen de la empresa denunciante en el mercado. Igualmente la empresa denunciante- para la Sala- , sólo habría comunicado la información a su cliente para una toma de una mejor decisión, por lo que consideraba que la entrega de información resultaba pertinente. [219] 19De la resolución anterior se pueden extraer algunos aspectos saltantes. En primer lugar, es fundamental la caracterización hecha del medio de comunicación empleado(el facsímil) , al cual lo califican como privado, y que según criterio de la Sala inclina a servir de descargo a la denuncia. Asimismo, el criterio es tomar en forma amplia el concepto de “competidor”, es decir, como cualquier sujeto concurrente en el mercado.

20Como ejemplos de afirmaciones denigratorias pueden señalarse las siguientes. [220] 20En primer lugar, el caso seguido por Editores de Medios Exclusivos S. R. Ltda. y Editores de Medios Publicitarios S. R. Ltda. contra Inter. World Network(Perú) S.A. y los señores Gianfranco y Orestes Bacigalupo Giugliano. La Sala mediante Resolución N° 027- 98- TDC- INDECOPI, consideró que los señores denunciados cometieron actos de competencia desleal de denigración al afirmar que se habían producido ilícitos penales cuando el procedimiento judicial aún se encontraba en trámite, en un comunicado publicado en el diario El Comercio del 29 de agosto de 1996 respecto de los denunciantes, cuya veracidad, exactitud y pertinencia no habían quedado acreditadas.

Asimismo, en el caso seguido por Inter. World Network(Perú) S.A. contra Editores de

[219] 19 Bullard, Alfredo y Patrón, Carlos: Ob. Cit.. Lima 1999, pp. 433 y ss., específicamente p.445

[220] 20 “Lineamientos...” El Peruano del 20 / 07 / 2001, p.14.

Medios Publicitarios S.R.Ltda. y Enlace Correos S.A., por remitir una carta a los clientes del denunciante, informando que en un procedimiento iniciado ante el INDECOPI, se ordenó como medida cautelar el comiso de un producto, cuando en realidad se había dispuesto el cese de la utilización de un signo, en tanto la denominación del producto no estuviera registrada y no se indicó, además, que la medida cautelar posteriormente había sido levantada. Mediante Resolución N° 057- 1998/CCD- INDECOPI, se declaró fundada la denuncia en el extremo referido a Editores de Medios Publicitarios S.R.Ltda., multándola. En referencia a Enlace Correos S.A., al limitarse a entregar las cartas materia de denuncia, se declaró infundada la denuncia.

De igual forma, en el caso seguido por el Instituto Superior Tecnológico Werner Von Braun contra Enrique Lulli S.A. e Instituto Superior Tecnológico Mastertech, por afirmar que se había incurrido en irregularidades para ser beneficiado en un proceso de contratación pública cuando no se tenían pruebas de ello. Se declaró fundada la denuncia y se impuso la multa correspondiente mediante las Resoluciones N° 047-1998/CCD- INDECOPI y N° 269- 1999/TDC- INDECOPI.

También, el caso seguido por Forza S.A. Seguridad Privada contra Mark One S.A. y el señor Thomas Francis Smith, por atribuirle a la empresa denunciante - sobre la base de opiniones y no de pruebas concretas - , un comportamiento obstruccionista durante el desarrollo de una investigación de la autoridad competente. Mediante Resolución N° 051-2000/CCD- INDECOPI declaró en parte fundada la denuncia.

Finalmente, diremos que los actos de denigración unidos a los actos de comparación, van en contra de la reputación o crédito comercial del competidor.

e) Actos de Comparación

Según el artículo 12°, se considera desleal la comparación de la actividad, los productos, las prestaciones o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero cuando aquella engañe a los consumidores o denigre a los competidores- texto según el Artículo 6° de la Ley N° 27311, modificatorio del Decreto Ley N° 26122- .

Los actos de comparación para ser catalogados de desleales deben asumir el carácter de inapropiadas. En primer lugar, la comparación se realiza en relación con los productos, las prestaciones o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero. Es decir, no necesariamente el infractor va a comparar sus productos con los del perjudicado, sino que puede hacerlo sobre productos de dos terceros. En segundo lugar, se habla de comparación inapropiada, en el sentido de que dicha comparación engañe a los consumidores o denigre a los competidores.

Antes de la modificación producida por la Ley N° 27311, existía una segunda parte en el artículo 12°, en el cual se señalaba que: “la comparación no deberá crear confusión, ser engañosa ni denigrante a tenor de lo dispuesto en los artículos 9°, 10° y 11° de la presente ley”. Comentando esta indicación de la ley, Baldo Kresalja expresaba - siguiendo en esto a la respectiva crítica que se había hecho a la ley española- que era superfluo, porque la comparación que contravenía lo establecido en los artículos 8°, 9°, 11° de nuestra ley- y no como decía “9°, 10° y 11°”- , no es comparación desleal sino acto de confusión, de engaño o de denigración, pudiéndose por tanto prohibirse por la vía de la norma que expresamente trata cada caso. [221] 21 Algo parecido podemos decir ahora de

todo el artículo 12°.

Cabe agregar que, cuando la comparación se realice en el formato publicitario(publicidad comparativa) , deberá lo dispuesto al respecto en el Decreto Legislativo N° 691.

f) Actos de Imitación Sistemática

En el artículo 13° se prescribe que se considera desleal la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales de un tercero cuando dicha estrategia se halle directamente encaminada a impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado y exceda de lo que, según las características, pueda reputarse como una respuesta natural a aquel.

Es clara la relación que existe entre el artículo en comentario y el artículo 4°. Este último establece que no se considerará como actos de competencia desleal la imitación de prestaciones o iniciativas empresariales ajenas, salvo en lo que en esta Ley se dispone o en lo que lesione o infrinja un derecho de exclusividad reconocido por la Ley, configurando así el "derecho a imitar", es decir, "una manifestación de la libertad de iniciativa privada en materia económica, constituyendo un presupuesto necesario del progreso, que considera a la libertad de imitación como una exigencia del interés general". [222] 22

Sin embargo, el denominado "derecho a imitar", no es de ninguna forma un derecho de carácter absoluto. Por el contrario, mantiene límites, precisamente señalados en el artículo 4°. Así, cuando existen derechos de exclusiva que deben respetarse o cuando se impone el deber de diferenciación a los proveedores que emplean formas que son comunes en el mercado. Como se manifiesta en los "Lineamientos": "En suma, mientras que por un lado, a través de los derechos de exclusiva, la legislación concede al creador un monopolio temporal para el aprovechamiento de su creación y la recuperación de los costos incurridos para introducirlo en el mercado, por otro lado, la disciplina de la competencia desleal sanciona la imitación que genera confusión". [223] 23

Se señala cuatro elementos concurrentes que tipifican la infracción por imitación sistemática: a) la imitación debe referirse a un competidor determinado, entendido como un competidor en sentido lato; b) debe tratarse de una imitación metódica o sistemática de las iniciativas o prestaciones del competidor; c) dicha estrategia debe estar encaminada a impedir u obstaculizar la afirmación en el mercado del competidor imitado; d) dicha imitación no debe ser una respuesta natural al mercado. [224] 24

La imitación sistemática debe ser en relación a un sólo competidor, y dicha imitación

221 21 Kresalja, Baldo: Ob. Cit. Lima Diciembre 1993, pp. 13 y ss., específicamente p.45- 46.

222 22 "Lineamientos..." El Peruano del 20 / 07 / 2001, p.4.

223 23 "Lineamientos..." El Peruano del 20 / 07 / 2001, p.5.

224 24 "Lineamientos..." Trujillo 2000, pp.676 y ss., específicamente p. 694.; reiterados en: "Lineamientos..." El Peruano del 20 / 07 / 2001, p.14.

debe corresponder a la denominada “competencia de obstrucción”: “A diferencia de la competencia fundada en la calidad de los bienes y servicios y la bondad de las propias prestaciones que tiende a conseguir cuotas de mercado mediante el esfuerzo personal, en la competencia de obstrucción el fin principal que se persigue es el de eliminar al competidor o lesionar o trabar el funcionamiento de su empresa y su desarrollo”. Como se explica seguidamente en los “Lineamientos”, “...la deslealtad no proviene del riesgo de confusión- como en la imitación servil- sino del propósito de impedir u obstaculizar la afirmación en el mercado del competidor imitado”. [225] 25

Como ejemplos de prácticas comerciales que no constituyen imitación sistemática y por lo tanto son lícitas, se tienen a las siguientes en mención. [226] 26 En primer lugar, el caso seguido por Ajinomoto del Perú S.A. y Suzuki Sanei Co. Ltda. contra Productos Alimenticios Sibarita S.A. - resuelto mediante la Resolución N° 007- 97- CCD- , versó sobre la comercialización de saborizantes en presentaciones similares en tamaño y cantidad a las usadas por la denunciante para distribuir los mismos productos; la presunta imitación estaba referida únicamente a envases de 1.8 y 16 gramos, sacos de 50 kilos y bolsas de 300 unidades los cuales eran comunes en el mercado y atendían a las necesidades, gustos y preferencias de los consumidores.

En segundo lugar, el caso seguido por La Tierra E. I. R. L. contra la Positiva Seguros y Reaseguros S.A. y Pierre Chanel E. I. R. L. sobre la fabricación de calendarios de madera tipo caballete, los mismos que eran de uso común en el mercado y que no identificaban a ninguna de las empresas que se dedican a la elaboración de los referidos productos. (Resolución N° 045- 1999- CCD- INDECOPI y 295- 1999/TDC- INDECOPI) .

Asimismo, en los seguidos por S. C. Jonson & Son del Perú S.A. contra Interamerican Trade Development Company S.A., por la comercialización de artículos de limpieza para el hogar utilizando envases transparentes con una tapa del tipo “pistola rociadora”, por cuanto este diseño permitía que el consumidor pudiera ver el contenido del envase y fuera más fácil la aplicación del producto. Se declaró infundadas las denuncias presentadas mediante Resolución N° 060- 2000- CCD- INDECOPI. [227] 27

g) Explotación de Reputación Ajena

Según lo preceptuado en el artículo 14°, se considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado.

En el segundo párrafo, se señala que, en particular, se reputa desleal el empleo o imitación de signos distintivos ajenos, así como el empleo de etiquetas, envases, recipientes u otros medios de identificación que en el mercado se asocien a un tercero.

Sobre la explotación de la reputación ajena se podría decir que en muchos casos se

[225] 25 “Lineamientos...” El Peruano del 20 / 07 / 2001, p.15.

[226] 26 “Lineamientos...”. Trujillo 2000, pp.676 y ss., específicamente p. 695- 696; reiteradas en: “Lineamientos...” El Peruano del 20 / 07 / 2001, p.15.

[227] 27 “Lineamientos...” El Peruano del 20 / 07 / 2001, p.15.

va a relacionar, por ejemplo, con los actos de confusión e imitación. Sin embargo, el legislador lo ha individualizado en la medida de tener una visión lo más disgregada de los actos desleales.

De particular importancia resulta señalar qué actos no constituyen actos de competencia desleal [228] 28. En primer lugar, el caso seguido por Asesoría Comercial S.A. contra las señoras Miriam Beatriz Morey Ruiz, Dora Elizabeth Mondragón Ramos, Nelly Aurora Díaz Luyo, Lorena Mercedes Alzola Cueva y Dennisse Magdalena Días Merino, por la elaboración de una carpeta de presentación de sus servicios incluyendo fotografías de la forma como realizaban su labor en su antiguo centro de trabajo, utilizando los uniformes proporcionados por su anterior empleador. No obstante, la referencia a la experiencia previa no inducía a error a los consumidores respecto a la procedencia empresarial de los servicios ofrecidos ni significaba un aprovechamiento del prestigio de su anterior empleador.(Resolución N° 081- 2000/CCD- INDECOPI) .

También, en el caso seguido por el Estudio Caballero Bustamante S.R.L: contra los señores Isaías Vera Paredes y Tulio Máximo Obregón, por la difusión de afirmaciones por parte de los denunciados –profesionales independientes- , que señalaban haber ocupado cargos de dirección en una editora de publicaciones de consultoría. Finalmente quedó acreditado que efectivamente estas personas ocuparon los cargos a los cuales hacían referencia.(Resoluciones N° 022- 1998/CCD- INDECOPI y N° 226- 1998/TDC-INDECOPI) .

Cabe agregar que la Sala Plena del Tribunal del Indecopi ha señalado que las denuncias referentes a derechos de propiedad industrial inscritos o registrados o a nombres comerciales inscritos o no, por infracciones tipificadas en el artículo 14°- así como en el artículo 8° y 19°- , son de exclusiva competencia de la Oficina de Signos Distintivos o de la Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías, según sea el caso, siempre que dichas denuncias sean presentadas por el titular del respectivo derecho o por quien hubiese sido expresamente facultado por el titular para tal fin(Artículo Primero de la Directiva N° 001- 96- TRI) . Estas denuncias comprenderán tanto las infracciones contra los derechos de propiedad industrial correspondiente, como contra otros elementos distintos que, enmarcados dentro de la tipificación contenida en los artículos 8°, 14° y 19° del Decreto Ley N° 26122, se relacionen con el uso del derecho de propiedad industrial en cuestión(Artículo Segundo de la Directiva N° 001- 96- TRI) .

h) Violación de Secretos

El artículo 15° prescribe que se considera desleal:

a) La divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de los conocimientos, informaciones, ideas, procedimientos técnicos o de cualquier otra índole, de propiedad de éste, y a los que un tercero haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente, como resultado de algunas de las conductas previstas en el inciso siguiente o en el artículo 16°.

b) La adquisición de secretos por medio de espionaje, acceso indebido a microformas bajo la modalidad de microfilm, documentos informáticos u otros análogos,

[228] 28 "Lineamientos..." El Peruano del 20 / 07 / 2001, p.15.

utilización de la telemática, por medio de espionaje o procedimiento análogo.

La persecución del infractor, incurso en las violaciones de secretos señalados en los incisos anteriores se efectuará independientemente de la realización por éste de actividades comerciales o de su participación en el tráfico económico.

Igualmente, en atención al artículo 121° del Decreto Legislativo N° 823(Ley de Propiedad Industrial) , se ha establecido que, sin perjuicio de las acciones civiles y penales a que hubiera lugar, la revelación, adquisición o uso de un secreto industrial por parte de terceros, de manera contraria a las prácticas leales de comercio será sancionada por la Comisión de Represión de Competencia Desleal, previa opinión de la Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías en lo que resulte pertinente.

Para que se presente un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de secretos, se tienen que dar ciertos requisitos: a) la existencia de un secreto comercial o industrial; b) que dicho secreto haya sido divulgado o explotado por un tercero que accedió a éste legítimamente pero con deber de reserva, o que accedió ilegítimamente; y c) que la divulgación o explotación del secreto se haya realizado sin autorización de su titular. [229] 29

Se hace la indicación que se habla de secreto comercial, como aquél conocimiento o información relacionado con la actividad comercial o financiera de una empresa de carácter reservado, cuyo contenido a su vez puede ser los volúmenes de ventas, planes de expansión y desarrollo, costos productivos, etc.(Resolución N° 018- 1998- TDC-INDECOPI) . Y, consecuentemente, los secretos industriales van a estar constituidos por el conocimiento o información tecnológico, también de carácter reservado.

Ahora bien, se establecen a su vez, ciertos elementos para la consideración de un secreto comercial. Así: i) que se trate de un conocimiento, es decir, de un estado de hecho o una situación fáctica, consistente en que una persona o personas tienen un determinado conocimiento sobre la existencia o caracteres de cosas, procedimientos, hechos, actividades y cuestiones similares; ii) que dicho conocimiento tenga carácter de reservado o privado, porque quienes tienen acceso a él optan voluntariamente para que no sea accesible a terceros, por lo que dicho carácter desaparece en el caso de que dicho secreto se haga público o se divulgue; iii) que dicho secreto recaiga sobre un objeto determinado, expresándose un procedimiento o experiencias industriales o comerciales, o encontrándose relacionado con la actividad de la empresa o con su parte organizativa; iv) que quienes tengan acceso al secreto con voluntad e interés consciente de mantener reservado el secreto, adoptando las medidas necesarias para mantener dicha información como tal; y v) la información debe tener un valor comercial, efectivo o potencial, en el sentido que su conocimiento, utilización o posesión permite una ganancia, ventaja económica o competitiva sobre aquellos que no la poseen o no la conocen. [230] 30

[229] 29 "Lineamientos..." Trujillo 2000, pp.676 y ss., específicamente p.697; reiterados en: "Lineamientos..." El Peruano del 20 / 07 / 2001, p.15.

[230] 30 "Lineamientos..." Trujillo 2000, pp.676 y ss., específicamente pp.697- 698; reiterado en: "Lineamientos..." El Peruano del 20 / 07 / 2001, p.16.

En relación a este acto de competencia desleal, se indica que se establece una excepción, en cuanto al ámbito de aplicación subjetiva de la Ley de Represión de la Competencia Desleal al señalar que la persecución del sujeto incurso en las violaciones de secretos se efectuará independientemente de la realización por éste de actividades comerciales o de su participación en el tráfico económico. Un ejemplo de esto, podemos encontrarlo en el caso seguido por Micromega S.A. contra FercaData S.A., Transfar Supplies Computer S.A., y los señores César Augusto Gonzalo Marimón y Alvaro Néstor Castro Lazarte. La denuncia señalaba que los señores Gonzalo y Castro, siendo extrabajadores de la denunciante, habían violado secretos comerciales de la misma, proporcionando información a su competidora Ferca Data S.A., para la que a la sazón se encontraban laborando. La información suministrada era referente a la forma de comercialización, relación de clientes, estructura de costos, entre otros aspectos. La Sala, mediante Resolución N° 277- 98- TDC- INDECOPI, declaró fundada la denuncia, considerando que había quedado acreditado que el señor Castro a nombre de la empresa Ferca Data S.A., remitió un fax a la empresa Polysistemas S.A., con información respecto de la cotización de unos equipos, aprovechando que conocía del requerimiento que sobre el particular formuló esta última empresa a la denunciante y el contenido de una anterior cotización remitida por la misma denunciante, por ser empleado de Micromega S.A. [231] 31

También se señala el caso seguido por Kom/Ferry Perú S.A. contra Ventas Internet E.I.R.L., por la puesta en venta de una base de datos sustraída de los archivos de la empresa denunciante, intentándose comercializarla quien la recibió vía correo electrónico, sin que el titular de la información hubiera autorizado su difusión o su distribución a terceros. Mediante la Resolución N° 073- 2000/CCD- INDECOPI, se declaró fundada la denuncia y se multó a la denunciada. [232] 32

i) Inducción a la infracción contractual y a la terminación regular de un contrato

Se establece en el artículo 16° que se considera desleal:

a) La interferencia por un tercero en la realización contractual que un competidor mantiene con sus trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, y que tenga como propósito inducir a éstos a infringir las obligaciones que han contraído.

A tenor de lo dispuesto en el párrafo anterior, no será necesario que la infracción se refiera a la integridad de las obligaciones contraídas mediante el contrato, sino que bastará que se vincule con algún aspecto básico del mismo.

Del mismo modo, para que se verifique la deslealtad, no será necesario que el tercero que interfiera se subrogue en la relación contractual que mantenía su competidor con quien infrinja sus obligaciones contractuales.

b) La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena sólo se reputará desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto

[231] 31 Bullard, Alfredo y Patrón, Carlos: Ob. Cit. Lima 1999, pp. 433 y ss., específicamente p.447.

[232] 32 "Lineamientos..." El Peruano del 20 / 07 / 2001, p.16.

empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas

El artículo en comento, contiene en realidad dos supuestos de actos de competencia desleal. El primero, la inducción a la infracción contractual y, el segundo, la inducción a la terminación regular de un contrato.

Un aspecto común a ambos supuestos es la necesaria existencia de la denominada "relación de competencia". Así se pudo apreciar en la Resolución N° 109- 99- TDC-INDECOPI, en la cual se declaró improcedente la denuncia presentada por Informatik S.A. contra Telefónica del Perú S.A. y Plains Tech S.A., en el extremo en que se denunciaba a Telefónica del Perú S.A. por inducción a la infracción contractual, por no existir una relación de competencia, en sentido estricto, entre ambas.

En cuanto al primer supuesto, contenido en el inciso a) del artículo 16°, consiste en la interferencia de un tercero en la relación contractual que un competidor mantiene con sus trabajadores, proveedores, clientes, entre otros, que tenga como propósito inducir a éstos a infringir las obligaciones a su cargo.

En el caso, por ejemplo, de una relación entre trabajador- empresa, se verificará este supuesto del artículo 16° de la forma siguiente: "...el supuesto de la norma en cuestión está más bien relacionado a aquellas conductas que tienen por propósito que un trabajador incumpla los deberes u obligaciones explícitas o implícitas en su Contrato de Trabajo(tales como cumplir los horarios fijados por el empleador, labores con eficiencia, etc.) para así obtener una ventaja competitiva"(Resolución N° 005- 97- TDC, en el caso seguido por Bijoutería B & C S. R. L contra Belcro S. R. L., donde la denuncia sobre robo de vendedores fue desestimada) .

Queda claro entonces que, para configurar este supuesto del artículo 16°, no es imprescindible que –para el caso propuesto- el trabajador resuelva su contrato de trabajo, sino que sólo incumpla ciertos deberes u obligaciones. Esto nos debe llevar a concluir que para cualquier relación contractual, no es necesario que se incumplan todas las obligaciones sino sólo algunas tomadas como básicas.

Otro de los aspectos que se tiene que resaltar es que para que se configure este supuesto es necesario que la relación contractual esté vigente al momento de la inducción a la infracción.

Por otro lado, el segundo supuesto considerado en el inciso b) del artículo 16°, consiste en la inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena, cuando tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto empresarial o vaya acompañada de circunstancias como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas.

Entonces, la sola presencia de la inducción a la terminación regular de un contrato, no configura el supuesto considerado. No existe una inducción a la terminación regular de un contrato que sea per se un ilícito. Así lo establece la jurisprudencia correspondiente: "...toda inducción a la terminación regular contractual que mantiene un competidor con un trabajador no constituye per se una infracción de las normas de Represión de la

Competencia Desleal. En efecto, no todo daño causado a un competidor en el mercado es por sí desleal. Por el contrario, existen daños naturales, consecuencia de la concurrencia, que son lícitos siempre y cuando se enmarquen dentro de los límites de la buena fe comercial y de las normas de corrección que deben regir las actividades económicas, tales como la pérdida de clientes ante mejores precios, calidades o condiciones de venta de los competidores. De igual manera, la pérdida de trabajadores ante ofertas más atractivas es un riesgo natural y previsible en principio, los trabajadores de las empresas son libres de optar por el empleador que les ofrezca las mejores condiciones laborales. Así, las empresas que concurren en el mercado no sólo compiten para captar a los mejores trabajadores, siendo esto último lícito y beneficioso para el desarrollo de una economía social de mercado"(Resolución N° 005- 97- TDC, en el caso seguido por Bijoutería B & C S. R. L contra Belcro S. R. L., donde la denuncia sobre robo de vendedores fue desestimada) .

Se establecen algunos supuestos para que se configure la inducción a la terminación regular de un contrato: 1) la existencia de un contrato entre el competidor presuntamente afectado y el trabajador, proveedor y distribuidor al que indujo a terminar regularmente la relación contractual; 2) la realización de una actividad inductora por parte de los presuntos infractores para que el trabajador, proveedor o distribuidor termine la obligación que mantiene con su competidor; y 3) la realización de la inducción al trabajador, proveedor o distribuidor para que termine el contrato con el presunto afectado, con la intención de aprovecharse de un secreto comercial, o usando el engaño para la inducción, o realizándola con el fin de eliminar al competidor del mercado o, ejercitando otras prácticas similares a las señaladas anteriormente.[233] 33

Un caso [234] 34 en el que se declaró fundada la denuncia fue el de una empresa comercializadora de teléfonos monederos contra un competidor quien remitió cartas a los clientes de la denunciante requiriéndolos para que devolvieran los aparatos telefónicos aduciendo que necesitaban contar con una concesión otorgada por el Estado para instalar un equipo de esas características e indicándoles que, en caso de que no devolvieran dichos equipos, serían sancionados por los supuestos actos ilícitos que estarían realizando. En este caso se determinó que, de acuerdo con la legislación vigente sobre la materia, para instalar un equipo de esta naturaleza no se requería contar con una concesión o autorización previa otorgada por el Estado, por lo que la Comisión concluyó que la denunciada había inducido a terminar sus contratos mediante la difusión de afirmaciones engañosas y con la finalidad de eliminar a dicha empresa del mercado(Resoluciones N° 029- 2000/CCD- INDECOPI y N° 066- 2001/TDC- INDECOPI, emitidas en el proceso seguido por Callpac S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A.) .

j) Violación de Normas

El artículo 17° prescribe que se considera desleal valerse en el mercado de una ventaja competitiva ilícita, adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja deberá ser significativa.

233 33 "Lineamientos..." El Peruano del 20 / 07 / 2001, p.17.

234 34 "Lineamientos..." El Peruano del 20 / 07 / 2001, p.17.

Este constituye un típico caso de competencia desleal. Se ha establecido jurisprudencialmente, que para configurarse este acto deben presentarse ciertos elementos o requisitos. En primer lugar, el hecho materia de denuncia no constituya un supuesto de competencia prohibida. En segundo lugar, debe haberse producido la efectiva infracción de una norma de carácter público o imperativo. Y, finalmente, el infractor de la norma debe haber obtenido una ventaja competitiva de carácter significativo frente a sus competidores. [235] 35

Adicionalmente, diremos que en relación a los casos de competencia prohibida, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi, ha establecido que no serán conocidos por la Comisión de Represión de Competencia Desleal.(Resoluciones N° 053- 96- TRI / SDC / INDECOPI y N° 060- 96- TRI / SDC / INDECOPI) .

k) Discriminación

El artículo 18° señala que el tratamiento discriminatorio del consumidor en materias de precios y demás condiciones de venta se reputará desleal a no ser que medie causa justificada.

Para que se configure el supuesto de competencia desleal, deben concurrir dos elementos imprescindibles: 1) que exista un tratamiento discriminatorio en materia de precios y demás condiciones de venta por parte de un proveedor de bienes y servicios; y 2) que el afectado con dicha conducta sea un consumidor. [236] 36

Este acto de competencia desleal tiene relación con lo señalado sobre el mismo particular en el Decreto Legislativo N° 701. Para algunos debería sólo ser tratada esta conducta por el último decreto mencionado. En todo caso, se tendrá que observar los posibles casos de conflicto de competencia entre comisiones, que se generaría.

l) Copia o reproducción no autorizada

En el artículo 19° se establece que se considera desleal la fabricación, la importación y la venta de productos que son copia o reproducción no autorizada de bienes de terceros protegidos por la legislación de Propiedad Industrial o de Derechos de Autor.

La aplicación del artículo 19°, genera sin duda conflictos en cuanto a qué órgano de Indecopi es el competente. En referencia a copia o reproducción no autorizada que viole derechos de autor, la Sala ha establecido [237] 37 que la Comisión es competente para pronunciarse respecto de las denuncias por actos de competencia desleal sustentadas en infracciones a esta norma, aún cuando sean presentadas por el titular del referido derecho(Resolución N° 226- 1998/TDC- INDECOPI en el caso seguido por Estudio Caballero Bustamante S. R. Ltda. contra los señores Isaías Vera Paredes y Tulio Obregón Sevillano) , para lo cual además de aplicar las normas sobre represión de competencia desleal, deberá tener en consideración las normas referidas a la protección

[235] 35 "Lineamientos..." Trujillo 2000, pp.676 y ss., específicamente pp.703- 704; reiterado en: "Lineamientos..." El Peruano del 20 / 07 / 2001, p.18.

[236] 36 "Lineamientos..." El Peruano del 20 / 07 / 2001, p.19.

[237] 37 "Lineamientos..." El Peruano del 20 / 07 / 2001, p.19.

de los derechos de autor en lo que sea pertinente (Resolución N° 009- 96- TRI- SDC en el caso seguido por Gladis E. I. R. L. contra D'Olarte E. I. R. L.) .

Se establece asimismo, que la Comisión previamente deberá solicitar un informe a la Oficina de Derechos de Autor, acerca de si el material supuestamente reproducido ilícitamente constituye una obra protegida por la legislación de derechos de autor, para lo cual deberá establecerse si la misma cumple con el requisito de originalidad previsto en dicha legislación. Una vez concluido este análisis, corresponderá a la Comisión analizar si el comportamiento de la parte denunciada es susceptible de generar efectos en el mercado, determinando con su conducta la atracción de clientela a su favor.

Por otro lado, los actos de competencia desleal- como este de copia o reproducción no autorizada- , referidos a un derecho de propiedad industrial, debidamente inscrito, así como a un nombre comercial, esté o no inscrito, son considerados como infracciones a la propiedad industrial y, consecuentemente, susceptibles de aplicación de las acciones previstas en el Título XVI del Decreto Legislativo N° 823(Primera Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 823) .

Asimismo, la Sala Plena del Tribunal del Indecopi, ha señalado que las denuncias referentes a derechos de propiedad industrial inscritos o a nombres comerciales, inscritos o no, por infracciones tipificadas en el artículo 19°- así como en el artículo 8° y 14° del Decreto Ley N° 26122- , son de exclusiva competencia de la Oficina de Signos Distintivos o de la Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías, según sea el caso, siempre que dichas denuncias sean presentadas por el titular del respectivo derecho o por quien hubiese sido expresamente facultado por el titular para tal fin(Artículo Primero de la Directiva N° 001- 96- TRI) . Estas denuncias comprenderán tanto las infracciones contra los derechos de propiedad industrial correspondiente, como contra otros elementos distintos que, enmarcados dentro de la tipificación contenida en los artículos 8°, 14° y 19° del Decreto Ley N° 26122, se relacionen con el uso del derecho de propiedad industrial en cuestión(Artículo Segundo de la Directiva N° 001- 96- TRI) .

Queda entonces esclarecido que las denuncias por presuntas infracciones de actos de competencia desleal de copia o reproducción no autorizada- así como los de confusión y explotación de reputación ajena- sustentadas en violaciones a derechos de propiedad industrial debidamente inscritos, o a nombres comerciales, serán de conocimiento de la Oficina de Signos Distintivos o de las Oficinas de Invenciones y Nuevas Tecnologías, según sea el caso. Ahora bien, en aquellos casos en que las Oficinas de Signos Distintivos o Invenciones y Nuevas Tecnologías tuvieran que pronunciarse, según la competencia asignada en casos de competencia desleal como los referidos, que involucre otros elementos adicionales a los derechos de propiedad industrial, deberá solicitar un informe a la Comisión de Represión de Competencia Desleal sobre los alcances de las infracciones cometidas. El informe no tendrá carácter vinculante, y deberá ser emitido dentro de los diez días siguientes de solicitado(Artículo Quinto de la Directiva N° 001- 96- TRI) .

Por otra parte, la Comisión de Represión de Competencia Desleal será competente para conocer las denuncias que presente cualquier persona que no sea la titular del derecho de propiedad industrial vulnerado, ni haya sido expresamente autorizada por ésta, incluso respecto de dichos derechos, siempre que tenga interés para obrar en el

caso. También será competente la mencionada Comisión en aquellos casos en que el derecho de propiedad industrial no se encuentre registrado, salvo el caso del nombre comercial. (Artículo Tercero de la Directiva N° 001- 96- TRI) .

1.2.4.5. Otros Aspectos

a) Procedimiento Administrativo

Según el artículo 20°, cualquiera que sea o pudiese verse afectado por un acto de competencia desleal podrá iniciar acción contra quien lo haya realizado u ordenado. Se señala también en este artículo, que el afectado podrá iniciar la acción cuando el acto se está ejecutando, cuando exista amenaza de que se produzca e, incluso, cuando ya hubieran cesado sus efectos.

Para iniciarse la acción de oficio- según lo establecido en el artículo 21°- , el acto de competencia desleal debe encontrarse en ejecución.

Según el artículo 25°, el procedimiento para sancionar las infracciones a las normas sobre competencia desleal se regirá por lo dispuesto en el Procedimiento Único de la Comisión de Protección al Consumidor y de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal. Dicho procedimiento es establecido en el Título V del Decreto Legislativo N° 807, “Facultades, normas y organización del INDECOPI”.

El afectado por un acto de competencia desleal- según el artículo 22- podrá solicitar en la denuncia presentada lo siguiente:

a) La declaración del acto como de competencia desleal, incluso cuando no subsista la perturbación que haya creado el mismo;

b) La cesación del acto, p la prohibición del mismo si todavía no se ha puesto en prácticas;

c) El comiso y / o la destrucción de los productos, etiquetas, envases, material publicitario infractor y demás elementos de falsa identificación;

d) El cierre temporal del establecimiento infractor, de ser el caso;

e) La remoción de los efectos producidos por el acto;

f) La rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas;

g) La publicación de la resolución condenatoria;

h) La adopción de las medidas necesarias para que las autoridades aduaneras impidan el ingreso al país de los productos infractores; y,

i) Cualquier otra medida que tenga por objeto restituir al perjudicado a la situación anterior a la realización del acto.

Este artículo 22° agrega que la oficina administrativa competente llevará un registro de las personas infractoras. Asimismo, todas las pretensiones o pedidos anteriores son acumulables, según lo establecido por el artículo 23°. Igualmente, éste último artículo señala que la acumulación también podrá producirse, en la medida en que no sea incompatible, con las acciones que establece la normatividad sobre publicidad.

Según lo señalado en el artículo 27°, iniciada la acción, la oficina administrativa competente podrá requerir de oficio las pruebas que estime pertinentes y gozará de las más amplias facultades de investigación, para lo cual dispondrá del auxilio de la fuerza pública. La negativa a proporcionar información operará como prueba en contra de la parte a quien haya sido requerida.

Se debe tener en cuenta que las acciones por competencia desleal- según lo establecido en el artículo 30°- , prescriben a los dos años, contados desde la fecha en que cesó la realización del acto.

b) Sanciones

Las sanciones señaladas en el Decreto Ley N° 26122, son de carácter administrativo.

Así, el artículo 24° señala que el incumplimiento de las normas establecidas, dará lugar a la aplicación de una sanción de amonestación o de multa, sin perjuicio de las medidas que se dicten para la cesación de los actos de competencia desleal o para evitar que estos se produzcan.

Las multas que la Comisión de Represión de Competencia Desleal podrá establecer por infracciones a la ley- señala el artículo 24°- serán de hasta 100 Unidades Impositivas Tributarias. La imposición y gradación de las multas serán determinadas por la Comisión, teniendo en consideración la gravedad de la falta, la conducta del infractor a lo largo del procedimiento, los efectos que se pudiese ocasionar en el mercado y otros criterios que, dependiendo de cada caso particular, considere adecuado adoptar la Comisión. Asimismo se señala que la reincidencia se considerará circunstancia agravante, por lo que la sanción aplicable no deberá ser menor que la sanción precedente.

Igualmente se establece en el artículo 26°, que si el obligado no cumple en un plazo de tres días con lo ordenado en la resolución que pone fin a un procedimiento, se le impondrá una sanción de hasta el máximo de la multa permitida, siguiendo los criterios señalados anteriormente y ordenándose su cobranza coactiva. Si el obligado persiste en el incumplimiento, la Comisión podrá duplicar sucesiva e ilimitadamente la multa impuesta hasta que se cumpla la resolución, sin perjuicio de poder denunciar al responsable ante el Ministerio Público, para que éste inicie el proceso penal que corresponda, es decir, en este caso, de resistencia y desobediencia a la autoridad(artículo 368° del Código Penal) .

c) Instancia Judicial

Con lo resuelto por el Tribunal- según lo señalado por el artículo 33°- , queda agotada la vía administrativa y las partes tendrán expedito su derecho para impugnar judicialmente la resolución, conforme a lo señalado en el artículo 540° del Código Procesal Civil, correspondiente a la demanda contencioso administrativa. La impugnación se presentará ante la Sala Civil de la Corte Suprema.

Es necesario también tener en cuenta lo señalado en el artículo 31°, en cuanto a que las acciones civiles producto de actos de competencia desleal sólo podrán iniciarse cuando se haya obtenido un pronunciamiento firme en la vía administrativa.

d) Procedencia Acción Penal

Según lo señalado en el artículo 32°, antes de iniciar la acción penal por los delitos a

que se refieren los artículos del Código Penal: artículo 165°(violación del secreto profesional) ; 190°(apropiación ilícita) ; 191°(substracción de bien propio) ; los artículos 216°, 217°, 218°, 219°, 220° en lo que respecta a delitos contra los Derechos de Autor y conexos; los artículos 222°, 223°, 224°, 225° referidos a los delitos contra la Propiedad Industrial; 238°(publicidad engañosa) ; 239°(venta fraudulenta de bienes y fraude en la prestación de servicios) y 240°(desprestigio comercial o industrial) , el Fiscal deberá solicitar el informe técnico del Indecopi, el cual será emitido en un plazo de cinco días hábiles. Dicho informe constituye uno de los elementos que será apreciado por el Juez o el Tribunal, al emitir resolución o sentencia.

"Programa Cybertesis PERÚ - Derechos son del Autor"

CAPITULO V: PROTECCIÓN DIRECTA AL CONSUMIDOR

En el capítulo anterior se ha tratado la normatividad que tiene como objeto directo de protección tanto a la libre competencia como a que ésta se lleve a cabo de manera leal. Mediante esta normatividad se realiza también una protección indirecta al consumidor, en tanto se busca un mercado eficiente.

Sin embargo, a fin de obtener una protección directa del consumidor, se dieron los Decretos Legislativos N° 691 y 716, referentes a la Ley sobre Publicidad en Defensa del Consumidor y Ley de Protección al Consumidor, respectivamente, ambas promulgadas en el año 1991. [238] 38

Igualmente, en el Código Penal de 1991, si bien es cierto no se diseñó un capítulo especial que contemplara los delitos contra el consumidor, se incluyeron una serie de figuras que tienen relación a la protección al consumidor.

Sin embargo, existe también otro conjunto de normas que pueden considerarse dentro de éste capítulo, como son las normas referidas a la contratación en masa dentro

[238] 38 Hugo Forno señalaba lo siguiente: “La defensa del interés de los consumidores se contempla principalmente, en dos normas que regulan, de un lado, la publicidad en defensa, p.445. de los consumidores(Ley sobre Publicidad) , y, por otro, aquella que establece una regulación de carácter general, consagrando los derechos fundamentales de los consumidores y las obligaciones de los proveedores de bienes y servicios(Ley de Protección al Consumidor) ...”. En: Forno, Hugo: “Protección al Consumidor” en: Guía Legal de Negocios. Editora: Beatriz Boza. PromPerú. Primera reimpresión de la segunda edición. Lima 1998

del Código Civil; así como normas que protegen la libre competencia e intereses de usuarios y empresas, como son las que regulan al Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones(OSIPTEL) , la Superintendencia Nacional de Saneamiento(SUNASS) , el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía(OSINERG) , el Organismo Supervisor de Transporte de Uso Público(OSITRAN) .

Es así entonces, que la protección directa del consumidor desarrolla fundamentalmente, lo planteado, primero en la Constitución de 1979 y, luego en la vigente de 1993.

La Constitución de 1979 señalaba en el artículo 110°, entre sus principios generales sobre el régimen económico, que el Estado promovía el desarrollo económico y social con la finalidad- entre otras- de la defensa del interés de los consumidores.

Asimismo, la Constitución de 1993 vigente, en su artículo 65° señala: “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 en la población.”

1. LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

1.1. ASPECTOS GENERALES

En el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 716- modificado por el artículo 1° de la Ley N° 27251- , se hace una declaración de principio, reafirmando lo que se señala en el artículo 58° de la Constitución de 1993(antes en el artículo 115° de la Constitución Política de 1979) , en cuanto a que la protección al consumidor se desarrolla en el marco del sistema de economía social de mercado, debiendo ser interpretado en el sentido más favorable al consumidor.

Esta declaración de principio es muy importante, porque nos indica el contexto en el cual debe interpretarse la Ley de Protección al Consumidor. Como hemos señalado en otro apartado, la economía social de mercado establecida en la Constitución vigente, tiene otros alcances que la economía social de mercado establecida en la Constitución de 1979: Posee sentido distinto, aunque se mantenga el término.

La Constitución vigente auspicia más una economía de mercado que una economía social de mercado, y es con este tono que ha de interpretarse en definitiva la Ley de Protección al Consumidor. Así, en la Resolución N° 101- 96- TDC, la Sala de Defensa de la Competencia expone lo siguiente: “...debe tenerse en cuenta que la protección al consumidor se desarrolla en el ámbito de una economía social de mercado; esto es, de un sistema en que la interacción entre los ofertantes y demandantes orienta la asignación de los recursos, determinando la calidad y los precios en los que los bienes y servicios se incorporan al mercado. En consecuencia, no es rol del Estado y, por tanto, tampoco lo es del Indecopi...”.

"Programa Cybertesis PERÚ - Derechos son del Autor"

Por otro lado, en el artículo 1° se comienza a establecer los alcances de la ley o ámbito de aplicación, señalándose que están sujetas, 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.

Complementariamente, se establece para los efectos de la Ley- en el artículo 3°- , algunas definiciones importantes. En primer término, consumidores o usuarios, son aquellas personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, productos o servicios.[239] 39

En segundo término, los proveedores, son 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 taxativa o limitativa- , se considera proveedor a distribuidores o comerciantes, productores o fabricantes, importadores y, finalmente a prestadores.

Los distribuidores o comerciantes, son 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.

Los productores o fabricantes, son las personas naturales o jurídicas que producen, extraen, industrializan o transforman bienes intermedios o finales, para su provisión a los consumidores.

Los importadores, son las personas naturales o jurídicas que en forma habitual importan bienes para su venta o provisión en otra forma, en el territorio nacional.

Y, los prestadores, son las personas naturales o jurídicas que en forma habitual prestan servicios a los consumidores.

Producto será de acuerdo a la ley en cuestión, cualquier bien mueble o inmueble, material o inmaterial, producido o no en el país, materia de una transacción comercial con un consumidor.

Y finalmente los servicios, son 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.

Tanto el artículo 1° como el artículo 3° deben leerse conjuntamente, pues de ellos

[239] 39 George Priest señala que sólo se protege al consumidor final y no al medio- a pesar que reciben la misma información- debido a que se presume que siempre el consumidor medio tiene mayor información que el consumidor final. Además indica que los consumidores medios son los que se llama “consumidores repetitivos”, es decir, compran un mismo producto una y otra vez. Asimismo, la tercera razón para que se de una efectiva protección a los consumidores finales y no a los consumidores medios es porque estos últimos no compran un bien para su propio consumo, sino para revenderlos y, si su interés es obtener un provecho entonces deben aprender algo sobre el producto que venden. En: “Educando al mercado(Entrevista a George Priest) ” en: Ius et Veritas Año VIII N° 15, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, p.90

podemos establecer a quienes se considera pasibles de aplicarse esta ley, tanto en la vertiente de legitimación activa como también en la legitimación pasiva. La lectura sistemática de ambos artículos es sumamente importante, ya que esta Ley de Protección al Consumidor significa una normativa especial con- valga la redundancia- una especial aplicación a determinados sujetos.

La ley establece categorías de agentes económicos, configurándolos de una manera determinada, a fin de brindarles un tratamiento específico. Así nos habla de proveedores y consumidores o usuarios. Entre ellos se da una relación de consumo, pero no cualquier relación de consumo, sino en los términos referidos por la ley misma y en los fundamentos que la inspiran. [240] 40 Además, ambos sujetos- son categorías que – como veremos- se determinan mutuamente. [241] 41

Estos aspectos han sido precisados jurisprudencialmente por la Resolución N° 101-96- TDC. La Sala de Defensa de la Competencia expone que "... el análisis para determinar qué se entiende por consumidor o usuario debe efectuarse por categorías, no caso por caso". Para la Sala, "pueden presentarse situaciones en que una de las partes se encuentre en una situación de asimetría real. Pero ello no es suficiente para que las normas de protección al consumidor lo tutelen. Así, el hecho de que una empresa compre por primera vez una caldera puede implicar que en los hechos aquella tenga poca información y experiencia en este tipo de operaciones. Pero esa asimetría no es del tipo de la que concierne a la legislación de protección al consumidor: esa empresa requiere manejar esa información para desarrollar su actividad eficiente, y en todo caso, cualquier problema debería ser resuelto acudiendo a las vías ordinarias(...) por el contrario, un médico puede tener mejor información que una farmacia cuando adquiere una medicina, precisamente por su conocimiento profesional. Pero siendo que el análisis debe ser hecho por categorías, si éste adquiere el medicamento para su propio consumo, formará parte de la categoría consumidor o usuario y podrá presentar una denuncia amparando sus intereses por medio del Decreto Legislativo N° 716, aunque en definitiva, luego podría declararse infundada la denuncia porque en el caso específico no hubo infracción a la ley".

De la lectura del inciso a) del artículo 3°, la Sala señala que "para que una persona, ya sea natural o jurídica, sea considerada como consumidor, es necesario que concurran por lo menos dos condiciones; por un lado (i) debe adquirir, utilizar o disfrutar un producto o servicio; por otro (ii) debe ser el destinatario final de los mismos". [242] 42

Explicando la primera condición, la Sala advierte que la aplicación de la ley no se

[240] 40 Indecopi señala lo siguiente: "La Ley(de Protección al Consumidor) , se aplica a todos los casos en que exista una relación de consumo entre proveedor y consumidor celebrada en territorio nacional". Precisando este último punto- territorio nacional- aclara lo siguiente: "...la Ley se aplica a las operaciones de consumo que tengan origen en el territorio nacional, aunque la ejecución del servicio se produzca o no en el mismo territorio". En: "Lineamientos sobre Protección al Consumidor"(Resolución N° 001- 2001-LIN- CPC / INDECOPI) . Separata Especial aparecida en: El Peruano del 09 / 07 / 2001, p.4.

[241] 41 Se establece que la relación de consumo se encuentra determinada por la concurrencia de tres componentes íntimamente ligados: 1) un consumidor o usuario destinatario final; 2) un proveedor; y, 3) un producto o servicio materia de una transacción comercial. En: "Lineamientos..." publicados en: El Peruano del 09 / 07 / 2001, p.4.

restringe a los compradores o contratantes de un producto o servicio, ya que son muchas las formas en que una persona puede entrar en contacto con los bienes o servicios: "...el caso del padre que compra juguetes para sus hijos. Si bien los hijos no son parte de la relación contractual con el proveedor, si son consumidores de los juguetes. Nada justifica distinguir estos supuestos del de un consumidor- comprador". [243] 43

Explicando la segunda condición, la Sala señala que no basta que la persona adquiera, utilice o disfrute un producto o un servicio para que este sea considerado consumidor: "Para ello será además necesario que esa persona sea destinatario final de los mismos". En este sentido, la Sala considera que el consumidor que la Ley de Protección al Consumidor ampara "es mas bien el que ocupa el último eslabón de la cadena producción- consumo, es decir, aquel que adquiere, disfruta o utiliza un bien o servicio en principio, para la satisfacción de sus necesidades personales, familiares o de su entorno social inmediato. En ese contexto, en principio, no le es exigible a quien adquiere, utiliza o disfruta un bien o servicio la diligencia propia del proveedor, sino únicamente, la que le corresponde como un consumidor razonable".

Dentro de la lógica establecida, la Sala se plantea la existencia de zonas grises, en las que no es sencillo determinar con toda precisión si el valor del bien se agota o no con su uso por el destinatario, y, consecuentemente, si estamos ante un consumidor o proveedor. Por ejemplo, en el caso de quien adquiere un bien para su uso simultáneo como consumidor final y como proveedor como es el padre de familia que utiliza el automóvil familiar como taxi en sus horas libres o la madre de familia que usa una máquina de coser para prestar el servicio de confección de vestidos: "En estos casos, la Comisión y esta Sala deben actuar con cautela a fin de evitar que actividades accesorias priven a los destinatarios finales de protección, de manera que en caso de duda sobre la naturaleza del destino que se dé al bien, debe presumirse que el mismo es destinado al uso personal, familiar o del entorno social inmediato del consumidor". [244] 44

Asimismo, la citada Resolución explica la configuración del proveedor por la ley. Se

[242] 42 Indecopi manifiesta que "no todo consumidor, en sentido lato, está protegido por las normas de protección al consumidor. La Ley contempla dentro de su ámbito de protección sólo a los destinatarios finales de los bienes que adquieren o los servicios que contraten. Así, no basta ser considerado consumidor, sino que es necesario tener la condición de "consumidor final"". Seguidamente señala: "Así, conforme al criterio establecido por la Sala, el consumidor que la Ley ampara es el que ocupa el último eslabón de la cadena de producción- consumo, es decir, aquél que adquiere, disfruta o utiliza un bien o servicio, en principio, para la satisfacción de sus necesidades personales, familiares o de su entorno social inmediato". En: "Lineamientos..." aparecidos en: El Peruano del 09 / 07 / 2001, p.6.

[243] 43 "Para ser considerado consumidor, no es necesario ser el adquiriente del bien o el contratante del servicio. En efecto, puede ser considerado consumidor aquél que disfruta o usa los mismos aunque no los hubiera adquirido, como sería el caso de la familia del comprador, por ejemplo". En: "Lineamientos..." aparecidos en: El Peruano del 09 / 07 / 2001, p.8

[244] 44 Lo anterior es reafirmado de la manera siguiente: "En algunos casos los bienes y servicios son adquiridos para ser incorporados a usos mixtos, es decir para ser utilizados por una persona que actúa en algunos casos como proveedor y en otros como consumidor final. En estos supuestos, la Comisión y la Sala han optado por analizar caso por caso, considerando que si existiera alguna duda el adquiriente es un consumidor final". En: "Lineamientos..." aparecidos en: El Peruano del 09 / 07 / 2001, p.7

tiene como proveedor, según señala la Sala "... a toda persona natural o jurídica, que se dedique: (i) en establecimientos abiertos al público, (ii) en forma habitual, a la producción o comercialización de bienes(esto es a la fabricación, elaboración, manipulación, acondicionamiento, mezcla, envasado, almacenamiento, preparación, expendio o suministro de bienes) o a la prestación de servicios en el territorio nacional...". [245] 45

La definición anterior, en opinión de la Sala es importante tenerla en cuenta, para aquellos casos en particular en los que se debe determinar si una persona es o no consumidor en los términos de la ley. Por ejemplo, en los casos de empresas o comerciantes que adquieren, utilizan o disfrutan bienes o servicios que no incorporan al desarrollo de su actividad como proveedores.

La Sala señala que: "Cuando nos encontremos frente al caso de alguien cuya actividad encaja dentro de la definición general de proveedor(inciso b del artículo 3° del Decreto Legislativo N° 716, o las definiciones específicas de distribuidor y comerciante(b.1) , productores o fabricantes(b.2) , importadores(b.3) o prestadores(b.4) , aquel no podrá ser considerado consumidor o usuario de los bienes o servicios que adquiere, utiliza o disfruta para el desarrollo de los fines propios de su actividad como proveedor". Por tanto, el proveedor puede ser considerado como sujeto de protección de la ley(legitimación activa) en aquellos casos en los que adquiera, utilice o disfrute bienes o servicios no para el desarrollo de los fines propios de su actividad como proveedor. Un caso límite presentado por la Sala es la contratación de un servicio de comida para la celebración navideña de una empresa en la que los asistentes resultan intoxicados. Aquí si se justifica la aplicación de las normas de protección del consumidor. [246] 46

Igualmente, para determinar la legitimación pasiva- quien puede ser proveedor- , es necesario tener en cuenta tanto un concepto de consumidor como de proveedor mismo. Así, el caso presentado por la propia Sala en la mencionada Resolución: "Podría decirse que existen ciertos bienes que son adquiridos por sus destinatarios finales y que son sustraídos totalmente del circuito económico. Así, por ejemplo, una persona que adquiere un automóvil para su uso personal puede reincorporarlo al circuito económico para venderlo como un automóvil usado. Pero debe advertirse que en el uso de que le dio antes de la venta, si bien no estuvo dirigido a producir nuevos bienes y servicios, como sí hubiera ocurrido si el automóvil hubiera sido utilizado para prestar el servicio de alquiler

[245] 45 Se señala que: "En cuanto al criterio de habitualidad, la Sala ha considerado que debe tenerse presente que incluso en el caso que la persona no realice sus actividades en establecimientos abiertos al público, si ésta realiza la actividad de manera común y reiterada, será considerado proveedor". Y, seguidamente se indica: "Adicionalmente, ha señalado que el concepto de habitualidad no está ligado a un número predeterminado de transacciones que deben realizarse para presumir la habitualidad a la que se refiere la Ley se encuentra referida al supuesto en que pueda presumirse que alguien desarrolla la actividad para continuar en ella". En: "Lineamientos..." aparecidos en: El Peruano del 09 / 07 / 2001, p.8.

[246] 46 "...las empresas o comerciantes pueden ser considerados como consumidores finales cuando adquieren, utilizan o disfrutan bienes o servicios que no incorporan al desarrollo de su actividad como proveedores. En este sentido, la Sala ha considerado que no todo bien del activo de una empresa está necesariamente vinculado a las tareas productivas de ésta, pues, en muchos casos, los bienes adquiridos por la empresa pueden ser utilizados directamente por ellas, es decir, como consumidores finales". En: "Lineamientos..." aparecidos en: El Peruano del 09 / 07 / 2001, p.6.

de vehículos. Por ello es importante considerar lo que establece el Artículo 1° del Decreto Legislativo N° 716 según el cual la Ley se aplica a todas las personas naturales o jurídicas que en establecimientos abiertos al público o en forma habitual se dedican a la producción o comercialización de bienes y servicios. Esta realización de operaciones comerciales en establecimientos abiertos al público o de manera habitual no es compatible con la situación de consumidor que vende su automóvil como usado". [247] 47

Por ello, de lo anteriormente reseñado, podemos concluir- siguiendo en esto a Alterini [248] 48- , que es la definición objetiva de consumidor, la adoptada en el Decreto Legislativo N° 716, conceptuando dicha definición como aquella que suele contener un componente positivo y otro negativo: el elemento positivo consiste en la exigencia de que el acto de intermediación sea realizado por un profesional del comercio, y el elemento negativo atañe al sujeto calificado como consumidor, que no debe actuar profesionalmente.

Un aspecto complementario que es necesario tenerlo en cuenta, es si la Comisión de Protección al Consumidor, es el único órgano administrativo para conocer de las presuntas infracciones a las disposiciones contenido en la Ley en cuestión, así como para la imposición de sanciones y medidas correctivas. Esta pregunta se realiza expresamente en relación a las prestaciones de servicios públicos, ya que para algunos de estos, existe un órgano administrativo competente para conocer y resolver, en vía administrativa, sobre los posibles conflictos entre proveedores y consumidores, por infracción a las normas contenidas en la Ley.

En primer lugar, según la Ley- artículo 39° según texto modificado por el artículo 1° de la Ley N° 27311- , la Comisión es el único órgano administrativo competente para conocer las infracciones a las disposiciones que contiene la Ley de Protección al Consumidor. Se establece asimismo, que sólo dicha competencia puede ser negada por norma expresa con rango de ley.

Lo anterior fue reafirmado jurisprudencialmente señalando lo siguiente: "Por excepción establecida en "norma expresa con rango de ley" únicamente pueden entenderse aquellas disposiciones contenidas en las 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 presuntas infracciones al Decreto Legislativo N° 716 que pueden cometerse en las relaciones de consumo que se presenten en un sector específico".(Resolución N° 0277- 1999/TDC-

[247] 47 Para determinar la legitimación pasiva, es decir, concretamente la figura del proveedor, es necesario tener en cuenta la siguiente situación: "...la Sala ha considerado que aquellas personas, naturales o jurídicas que presenten servicios intermedios a otras que contraten directamente con los consumidores deben ser entendidas también como proveedores de los mismos frente a los consumidores o usuarios de ellos. Ello quiere decir que aquellas personas naturales o jurídicas que presten servicios que a su vez se incorporen o complementen los servicios que otras personas naturales o jurídicas prestan directamente a los consumidores también deben ser consideradas como proveedores, aún cuando el consumidor no haya contratado directamente con ellas". En: "Lineamientos..." aparecidos en: El Peruano del 09 / 07 / 2001, p.8.

[248] 48 Alterini, Aníbal Atilio: "Los contratos de consumo" en: Revista de Derecho y Ciencias Políticas. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Vol. 50. Lima 1993, pp.21- 22

INDECOPI) .

No obstante, en relación a determinados servicios públicos, existe un organismo administrativo que conoce y resuelve administrativamente los conflictos que se suscitan entre proveedores y consumidores. Por ejemplo, en telecomunicaciones, existe un órgano administrativo competente, expresamente para conocer y resolver los conflictos surgidos entre las empresas y los usuarios, inclusive en cuanto a infracciones de la Ley de Protección al Consumidor. Por tanto, la Comisión del INDECOPI, no tendrá competencia en estos casos.

Así entonces, INDECOPI ha señalado finalmente en relación a este tema lo siguiente: "Por ello, el precedente de observancia obligatoria aprobado mediante Resolución N° 0277- 1999/TDC, así como el Artículo 46° de la Ley, deben ser entendidos de modo tal que en los casos en los que se asigne a un organismo distinto de la Comisión la facultad de resolver los reclamos presentados por los usuarios en determinados supuestos, específicos y expresos, la Comisión no será competente para conocerlos, incluso cuando dichos conflictos se hayan generado en el marco del incumplimiento de una relación de consumo regulada según las normas de la Ley. Ello, por el principio jurídico según el cual la norma especial prima sobre la general. En este caso, la Ley es la norma general que cede en sui aplicación en cuanto a competencia del INDECOPI cuando una norma legal especial referida a un sector específico asigna el tema a otra entidad". [249] 49

Se señala un caso seguido por Roberto Naito Fukuda y Cecilia Ching de Naito contra Telefónica del Perú S.A.A., en donde la denunciante señalaba que técnicos enviados a realizar una reparación del servicio telefónico de su domicilio, ocasionaron diversos daños en el interior del inmueble. La Comisión declaró fundada la denuncia y la Sala confirmó dicha decisión, señalando además, que eran competentes para emitir pronunciamiento, considerando que la normativa de OSIPTEL permitía concluir que la Comisión tenía competencia respecto de los casos en los que se produzcan perjuicios a los usuarios por una actividad relacionada con la prestación de los servicios de telecomunicaciones, que no se encuentren expresamente reservados para el OSIPTEL, dentro de cuyos supuestos no se encontraría el hecho, por ejemplo, que al instalar una línea telefónica se rompa una tubería o una pared, o que con motivo de la instalación del servicio de cable se genere un desperfecto en el televisor del cliente. [250] 50

1.2. DEFENSA COLECTIVA DE LOS CONSUMIDORES

Uno de los aspectos centrales de la ley es la contemplación de las Asociaciones de Consumidores. Así, el artículo 4° señala que dichas asociaciones son organizaciones que se constituyen de conformidad con las normas establecidas para tal efecto por el Código Civil. Su finalidad- añade la norma- , es la protección de los consumidores. Su representación se limita a los asociados y a las personas que hayan otorgado poder en

[249] 49 "Lineamientos..." aparecidos en: El Peruano del 09 / 07 / 2001, p.5

[250] 50 "Lineamientos..." aparecidos en: El Peruano del 09 / 07 / 2001, p.35.

su favor y puedan interponer a nombre de ellos, denuncias y reclamos ante las autoridades competentes.

Ya en 1989, Alfredo Bullard [251] 51planteaba como una alternativa más interesante que la protección heterónoma de los consumidores, una protección colectiva autónoma. "Frente a la llamada "contratación en masa"- decía el autor citado- , frente a ese poder de generar relaciones jurídicas estándares que, como la Revolución Industrial y el maquinismo, deshumanizaron al hombre, surge la idea de la autonomía colectiva como una nueva posibilidad de regresarle al consumidor la posibilidad de decidir en qué condiciones desea relacionarse jurídicamente(...) Los consumidores estamos en la posibilidad de organizarnos y con ello enfrentar, con las mismas armas, el poder de quienes están en la posibilidad de imponer sus condiciones...".

El artículo 4° está dirigido a conseguir la vigencia de esa protección colectiva autónoma, aunque se sabe que esa alternativa de protección sólo obedece a un desarrollo pleno de la sociedad civil, lo que no es el caso en nuestro país. Sin embargo, se debe reconocer que las Asociaciones de Consumidores- aunque pocas en el Perú aún- han llevado a cabo una labor importante en tanto la defensa de los intereses de los consumidores.

Se señala que dos son las situaciones relacionadas con la existencia de las Asociaciones y su defensa colectiva de los intereses de los consumidores. En primer lugar, la de la protección de los intereses difusos y, en segundo lugar, la de la legitimación ante los órganos jurisdiccionales y administrativos de las asociaciones en mención. [252] 52

Al señalar el artículo 4°, que la representación de las asociaciones 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, se establece una seria restricción que impide utilizar en forma efectiva y adecuada la vía de la protección de los consumidores de manera colectiva.

Los autores citados, proponen una defensa más dinámica del consumidor, en el más amplio sentido de la palabra: Para ello traen a colación el ejercicio de la "class action" figura del derecho anglosajón: "La "class actions", "representative actions" o acciones de clase están concebidas como aquellas mediante las cuales existiendo un grupo en número considerable de personas interesadas en determinada materia, uno de ellos o varios se encuentran facultados a solicitar o demandar judicial o administrativamente alguna cuestión vinculada a la materia que los une, sin necesidad de vincular a todos los miembros de la clase". [253] 53

[251] 51 Bullard, Alfredo:"Contratación en masa ¿Contratación?"en: Estudios de Análisis Económico del Derecho. ARA Editores. Lima 1996, pp.63 y ss

[252] 52 Cárdenas Quirós, Carlos y Martínez Coco, Elvira: "La tutela jurídica del consumidor" en: Revista de Derecho y Ciencias Políticas. Vol. 50, Año 1993. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima 1993, pp. 63 y ss.

[253] 53 Cárdenas Quirós, Carlos y Martínez Coco, Elvira: Ob. Cit., pp. 63 y ss.

Lo que ha contribuido a corregir esa restricción habida en el artículo 4°, es lo señalado en el artículo 82° del Código Procesal Civil de 1993 [254] [54]. En el mencionado numeral se declara como interés difuso a aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, como es el caso, entre otros, del consumidor.

Otro aspecto importante se toca en el segundo párrafo del artículo 82°, cuando se señala que pueden 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. Con este señalamiento, se rompe la restricción establecida en el artículo 4°, por el cual se requería el otorgamiento de poder por parte del consumidor a favor de la Asociación de Consumidores, para que ésta última interpusiera a nombre del consumidor las denuncias y reclamos ante las autoridades competentes. Asimismo, cabe resaltar que mediante este artículo 82°- otro mejoramiento con respecto al artículo 4° de la ley en comento- , se faculta al Ministerio Público, a proteger el interés del consumidor.

Igualmente significativo es lo preceptuado en el último párrafo del artículo 82° del C. P. C., en cuanto a que la sentencia definitiva que declare fundada la demanda, será obligatoria además para quienes no hayan participado del proceso.

Con el objetivo de promocionar la protección del consumidor, en el artículo 45°- modificado por el artículo 1° de la Ley N° 27311, Ley de Fortalecimiento del Sistema de Protección al Consumidor- se establece que el Directorio del INDECOPI podrá celebrar convenios de cooperación interinstitucional con Asociaciones de Consumidores de reconocida trayectoria. Asimismo, podrá disponer que un porcentaje de las multas administrativas- que normalmente constituyen en su integridad recursos propios del INDECOPI- , 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 la Resoluciones N° 048- 2001- INDECOPI/DIR(Normas para la celebración y ejecución de convenios de cooperación con asociaciones de consumidores) , y N° 049 - 2001- INDECOPI / DIR(Normas para la intervención de asociaciones de consumidores en procedimientos administrativos ante la Comisión de Protección al Consumidor) , se han desarrollado aspectos importantes sobre la función y participación de las asociaciones.

[254] [54] "PATROCINIO DE INTERESES DIFUSOS. Artículo 82. Interés difuso es 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 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". "En otros casos, una síntesis de la demanda será publicada en el diario oficial "El Peruano" y en otro de mayor circulación del distrito judicial. Son aplicables a los procesos sobre intereses difusos, las normas sobre acumulación subjetiva de pretensiones en lo que sea pertinente". "La sentencia de no ser recurrida, será elevada en consulta a la Corte Superior. La sentencia definitiva que declare fundada la demanda, será obligatoria además para quienes no hayan participado del proceso".

1.3. LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR

La Asamblea General de las Naciones Unidas, en sesión del 16 de abril de 1985 aprobó mediante la Resolución 39/248, las Directrices para la Protección del Consumidor En este documento, señala en el punto 2 dentro de los Principios Generales, que “corresponde a los gobiernos formular, fortalecer o mantener una política enérgica de protección del consumidor, teniendo en cuenta las directrices (...) Al hacerlo cada gobierno debe establecer sus propias prioridades para la protección de los consumidores, según las circunstancias económicas y sociales del país y las necesidades de su población y teniendo presentes los costos y los beneficios que entrañan las medidas que se propongan”.

Luego, señala en el punto 3, las necesidades legítimas que las directrices procuran atender, vale decir las urgencias en cuanto a proteger en el consumidor, que darán lugar a derechos del mismo. Así se señala los siguientes:

a) La protección de los consumidores frente a los riesgos para su salud y su seguridad;

b) La promoción y protección de los intereses económicos de los consumidores;

c) El acceso a los consumidores a una información adecuada que les permita hacer elecciones bien fundadas conforme a los deseos y necesidades de cada cual;

d) La educación del consumidor;

e) La posibilidad de compensación efectiva al consumidor;

f) La libertad de constituir grupos u otras organizaciones pertinentes de consumidores y la oportunidad para esas organizaciones de hacer oir sus opiniones en los procesos de adopción de decisiones que los afecten.

El artículo 5° del Decreto Legislativo N° 716, ha recogido cinco de los seis derechos propuestos por la Asamblea General de la ONU, dejando de lado, uno que –a nuestro parecer- , resulta muy importante, sobre todo en nuestro país con una sociedad civil en desarrollo. Es el caso del derecho a la educación. Este derecho no es sólo el suministro de información, sino que va más allá del mismo, en el sentido con el cual lo propone la ONU. Así, en el punto 31 de las Directrices, se señala: “Los gobiernos deben estimular la formulación de programas generales de educación e información del consumidor, teniendo en cuenta las tradiciones culturales del pueblo de que se trate. El objetivo de tales programas debe consistir en capacitar a los consumidores para que sepan discernir, puedan hacer elecciones bien fundadas de bienes y servicios, y tengan conciencia de sus derechos y obligaciones. Al formular dichos programas, debe prestarse especial atención a las necesidades de los consumidores que se encuentren en situación desventajosa, tanto en las zonas rurales como urbanas, incluidos los consumidores de bajos ingresos y aquellos que sean casi o totalmente analfabetos”. Lo propuesto por la ONU señala inclusive en el punto 32, que “la educación del consumidor debe llegar, si procede, a formar parte integrante del programa básico del sistema educativo, de preferencia como componente de asignaturas ya existentes”.

Creemos que seguramente, ha sido el fundamento liberal de los legisladores peruanos, los que han impedido que el derecho a la educación no se tome en cuenta como derecho del consumidor explícito, sin duda pensando en que constituiría una intromisión en el mercado, vale decir, una intromisión en la relación empresa – consumidor.

El artículo 5° entonces reconoce los siguientes derechos del consumidor:

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

Este literal recoge un interés prioritario para el consumidor, incluido también en los derechos propuestos por las Directrices de la ONU. Sin embargo, la propuesta de la ONU aparentemente es más amplia que la incluida en la ley peruana. Así, la sugerencia supranacional tiene como substrato la protección de los consumidores frente a los riesgos para su salud y su seguridad, mientras que la ley nacional, contempla el derecho del consumidor a una protección eficaz contra productos y servicios que en condiciones normales o previsibles, representan riesgo o peligro para la salud o la integridad física.

Se podría señalar entonces, de primera intención, que la ley peruana contempla sólo la protección del consumidor en cuanto a aquellos productos y servicios con una inherencia de peligrosidad, desprotegiendo al consumidor en tanto los bienes sin peligrosidad normal o previsible. Sin embargo, esta interpretación no es totalmente correcta, si hacemos una lectura sistemática con otros aspectos incluidos en la ley peruana, como lo señalado en el artículo 10° en donde se dice que 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.

Asimismo, lo prescrito en éste literal a) del artículo 5° tiene una relación directa con lo señalado en el artículo 9°. Se establece en el último de los nombrados que: “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 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”. Con este artículo entonces se pone en primera línea la función del proveedor de informar o advertir al consumidor del riesgo o del modo correcto de utilización del producto o servicio, entendidos ambos con riesgo previsible.

Igualmente, el literal a) tiene relación con lo dispuesto en el artículo 32° en el que se prescribe que 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 tienen derecho, tomando en consideración todas las circunstancias, tales como el diseño del producto, la manera en la cual el producto ha sido puesto en el mercado, entre otras.

Cabe agregar que mediante la Resolución N° 095- 96- TDC, en el procedimiento seguido de oficio contra Smithkline Beecham IAC y Laboratorios Industriales Hersil se determinó que la razonabilidad de las advertencias, ya sea que estén referidas a los riesgos o peligros que normalmente tienen ciertos productos(lo que señala el segundo párrafo del artículo 9°) , o que estén referidas a los riesgos y peligros no previstos que se detecten con posterioridad a la colocación de los productos en el mercado(o sea en relación a lo señalado en la última parte del artículo 10°) , debe ser analizado en relación a los siguientes elementos básicos:

a) La advertencia debe ser difundida con la debida celeridad.

b) El uso de un encabezamiento o señal de advertencia adecuados al riesgo o peligro que se advierte.

c) El tamaño y frecuencia de la advertencia deben ser adecuados.

d) Se debe especificar la naturaleza del riesgo o peligro que se advierte.

e) Debe utilizarse un lenguaje accesible y entendible por un consumidor razonable.

f) Se debe describir el nivel de certidumbre que rodea al riesgo o peligro previsible.

g) Deben explicarse las medidas que se deben adoptar para evitar el riesgo o para mitigar los efectos que pudieran producirse. [255] 55

Por otro lado, explicando este derecho, incluido en el literal a) del artículo 5°, la ONU señala en las Directrices, que “los gobiernos deben adoptar o fomentar la adopción de medidas apropiadas, incluidos sistemas jurídicos, reglamentaciones de seguridad, normas nacionales o internacionales, normas voluntarias y el mantenimiento de registros de seguridad, para garantizar que los productos sean inocuos en el uso al que se destinan o normalmente previsible”. Señalan además que “las responsabilidades de introducir los artículos en el mercado, en particular los proveedores, exportadores, importadores, minoristas y similares(...) deben velar por que, mientras están a su cuidado, estos artículos no pierdan su inocuidad debido a la manipulación o almacenamiento inadecuados. Se deben facilitar a los consumidores instrucciones sobre el uso adecuado de los artículos e información sobre los riesgos que entraña el uso al que se destinan o el normalmente previsible. Dentro de lo posible, la información de vital importancia sobre cuestiones de seguridad debe comunicarse a los consumidores mediante símbolos comprendidos internacionalmente”(Puntos 9 y 10 de las Directrices) .

En definitiva entonces, lo que contempla el literal en comento, es el interés prioritario del consumidor en cuanto a resguardar su integridad psicofísica, que debe ser aquilatada en el contexto de una economía de mercado.

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.

Derecho sumamente importante para el consumidor, sobre todo, si tenemos en

[255] 55 “Lineamientos...” aparecidos en: El Peruano del 09 / 07 / 2001, p.11

cuenta que la ley se fundamenta en que debe protegerse al consumidor en la medida que exista una asimetría informativa entre la empresa o proveedor y el destinatario final de los bienes o consumidor o usuario. Así este literal b) tiene directa relación con lo preceptuado en la Constitución de 1993 en cuanto a que el Estado para defender los intereses de los consumidores y usuarios garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. El objetivo del derecho a la información garantizado constitucionalmente - dice claramente este literal b) - señalando que es para la toma de una decisión o la realización de una elección adecuadamente informada en la adquisición de productos y servicios así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los mismos. El hecho es que a mayor información adecuada más eficiencia en la elección en el consumo.

Stiglitz señala al derecho a la información, como un derecho de segundo grado en cuanto tendiente a la formación del consumidor, siendo el primero el derecho a la educación. Existe –según este autor- , el deber del empresario de "anoticiamiento" no sólo en la etapa preparatoria del negocio o transacción, sino en la fase de formalización y ejecución del contrato o transacción. Sin embargo- afirma- , la obligación podría ser incumplida por la empresa, entonces "aflora la necesidad del Estado de asumir una actitud supletoria, que eficientemente puede encarar mediante el empleo de los mismos medios de comunicación de masas que persuasivamente utiliza la empresa". Igualmente, señala que "las asociaciones de consumidores son idóneas para accionar la contrapublicidad como medio de lucha, haciéndose portadoras(fomento estatal mediante) de una espontánea función informadora del público" [256] 56

Por otro lado, Cárdenas y Martínez indican que cuando se vulneran el derecho a ser informado y el derecho a ser informado correctamente- que desde su perspectiva constituirían aspectos básicos del derecho a la información- , nos encontramos frente a dos situaciones capaces de causar daños a los consumidores e incluso a terceros: la de la falta de información y la de la información engañosa. [257] 57

El derecho a ser informado necesariamente debe ser complementado con el aspecto de ser informado correctamente. Puede un consumidor ser informado, pero quizás se le está informando de una manera engañosa. Por tanto ambos aspectos son mutuamente indesligables, como puede verse en el articulado de la ley correspondiente al Título IV "De la información en la oferta de bienes y servicios".

INDECOPI [258] 58 ha señalado que casi todos los problemas de aplicación de las normas de protección al consumidor pueden verse resumidos en dos grandes categorías. La primera se refiere a los problemas de información en sí misma; y la segunda a los problemas de idoneidad. Según este mismo organismo, en realidad, los problemas de idoneidad y de información pueden ser considerados como las dos caras de la misma

[256] 56 Stiglitz, Gabriel A.: Protección Jurídica del Consumidor. Ediciones Depalma. Segunda edición actualizada. Buenos Aires 1990, pp.45- 46.

[257] 57 Cárdenas Quirós, Carlos y Martínez Coco, Elvira: Ob. Cit., p. 60.

[258] 58 "Lineamientos..." aparecidos en: El Peruano del 09 / 07 / 2001, p.9 y ss.

moneda. La idoneidad – como problema- es la falta de coincidencia entre lo que el consumidor espera y lo que realmente recibe. Pero, lo que el consumidor espera depende de la cantidad y calidad de la información que ha recibido.

Específicamente en cuanto a los problemas de información en sí misma "son entendidos como los casos en que el proveedor omite brindar información relevante o la brinda de manera defectuosa, de tal modo que impide que el consumidor evalúe correctamente la contratación del bien o servicio a adquirir, o que habiéndolo adquirido, realice un uso adecuado del mismo". [259] 59

Un concepto central en los problemas de información es el de "información relevante". Esta es tomada como "... aquella necesaria para que el bien o servicio que adquiera resulte idóneo para el fin ordinario para el cual se puede adquirir o contratar el bien o el servicio, de modo tal que ésta le permita tomar una adecuada decisión de consumo" [260] 60

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

No es necesaria sólo la posibilidad que tiene el consumidor, de elegir libremente los productos y servicios que desee. Es necesario asimismo, según este artículo, que esa elección sea efectuada respecto a una variedad de productos y servicios. Entonces, resguardar la libre elección del consumidor no es suficiente sino que es también un imperativo resguardar la diversidad de la oferta.

La pregunta siguiente es si desde una óptica de economía de mercado es posible influenciar heterónomamente en el resguardo de una oferta diversa. La pregunta no es ociosa si entendemos que la economía desde una óptica de mercado es dejada al libre juego de la oferta y la demanda.

Pensamos que este derecho a acceder a una variedad de productos y servicios debe entenderse, como un derecho que estará resguardado, en la medida que se cumplan los lineamientos de libre competencia y de competencia leal(Decreto Legislativo N° 701 y Decreto Ley N° 26122) , dentro de una lógica de mercado.

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 5° del Decreto Legislativo N° 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 1° de la Ley

[259] 59 "Lineamientos..." aparecidos en: El Peruano del 09 / 07 / 2001, p.9.

[260] 60 "Lineamientos..." aparecidos en: El Peruano del 09 / 07 / 2001, p.10.

N°27049) .

El literal d) está también presente entre los derechos propuestos por la ONU. Así, en el punto 13 de las Directrices se señala que "las políticas de los gobiernos deben tratar de hacer posible que los consumidores obtengan el máximo beneficio de sus recursos económicos. También deben tratar de alcanzar las metas en materia de producción satisfactoria y normas de funcionamiento, procedimientos adecuados de distribución, prácticas comerciales leales, comercialización informativa y protección efectiva contra las prácticas que puedan perjudicar los intereses económicos de los consumidores y la posibilidad de elegir en el mercado".

Lo que indica este artículo es que serán protegidos los intereses económicos del consumidor, a través de diversas circunstancias, como por ejemplo, mediante el trato equitativo y justo en toda transacción comercial; mediante la protección contra métodos coercitivos o que impliquen desinformación o información equivocada sobre los productos o servicios.

Dentro del primer aspecto se encuentra la protección del consumidor frente a una posible discriminación. INDECOPI ha señalado que "... cuando en un establecimiento abierto al público se restringe el ingreso de una persona que cumple con los requisitos establecidos para ingresar al local, ya sean referidos a la edad, vestimenta, uso de armas, o cualquier otro que se exija, a diferencia del tratamiento que se brinda a otras personas de raza distinta o condición socioeconómica a las cuales ni siquiera se les solicita acreditar el cumplimiento de dichos requisitos, el proveedor del servicio estará dando un trato inequitativo e injusto a los consumidores lesionando sus derechos como tales. En consecuencia, estará cometiendo un acto de discriminación" [261] 61

El criterio anterior fue aplicado en diversos procedimientos seguidos contra discotecas, bares y pubs, en donde se restringía el acceso de determinadas personas, sin haber informado previamente sobre las causas de dicha restricción, así como una restricción efectuada a pesar que se cumplían los requisitos objetivos establecidos para el ingreso a los locales. La Comisión y la Sala consideraron que las denunciadas habían actuado con la intención de restringir el ingreso de los consumidores a sus establecimientos basándose en criterios como su raza o condición socioeconómica, utilizando como pretexto el requisito de exhibir una tarjeta de invitación o un carné de socio, como ocurrió en el caso seguido de oficio contra American Disco S.A., en el que mediante Resolución N° 5 - de fecha 13 de agosto de 1998, en el Expediente N°180-1998/CPC- , se declaró fundada la denuncia.

Sin embargo, cabe señalar que todas las resoluciones que se dictaron en los procedimientos seguidos de oficio, por la causa mencionada, fueron dejadas sin efecto por el Poder Judicial, al señalarse que el INDECOPI no tenía competencia para pronunciarse sobre temas de discriminación.

La Ley de Protección al Consumidor, luego sería modificada por la Ley N° 27049, por medio de la que se estableció la imposibilidad de que los proveedores pudieran actuar de manera discriminante respecto de consumidores o usuarios en locales abiertos al público.

[261] 61 "Lineamientos..." aparecidos en: El Peruano del 09 / 07 / 2001, p.13.

Es así, que el literal d) del artículo 5°, mantiene una estrecha relación con el artículo 7B°, en el cual se señala que 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. Esta prohibido- prescribe este artículo- 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.

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.

Se considera este derecho, ya no dentro del conjunto de derechos formativos del consumidor, sino que obedece a la circunstancia justa de ser compensado en los daños y perjuicios que pueda irrogarle al consumidor la adquisición de bienes y servicios que se ofrecen en el mercado. Este derecho tiene una indudable relación con lo señalado en el Título Sexto del Decreto Legislativo N° 716 destinado a las responsabilidades frente a los consumidores. [262] 62

Asimismo, es necesario tener en cuenta lo señalado por las Directrices propuestas por la ONU, en cuanto a que “los gobiernos deben establecer o mantener medidas jurídicas o administrativas para permitir que los consumidores o, en su caso, las organizaciones competentes obtengan compensación mediante procedimientos oficiales o extraoficiales que sean rápidos, justos, poco costosos y asequibles. Al establecerse tales procedimientos deben tenerse especialmente en cuenta las necesidades de los consumidores de bajos ingresos”. Esto es muy importante, debido a que una justicia tardía - sobre todo en cuanto a los consumidores- , no se puede considerar justicia.

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.

Es otro de los derechos formativos- al lado del derecho a la educación e información- , señalados por Stiglitz, porque desde distintos ángulos están destinados a moldear la conciencia y el consumidor como tal.

Stiglitz señala que “la agrupación de los individuos implica, por definición, la multiplicación de un poderío, que surge y crece, en virtud de la tendencia uniforme a encauzarse hacia la satisfacción de necesidades análogas. Las organizaciones de consumidores constituyen, entonces, un elemento valioso para materializar, en acción

[262] 62 Diez Picazo se refiere en los siguientes términos a la responsabilidad por daños al consumidor: “La producción de masa de bienes de consumo y su destino a grandes capas de la población ha producido, en todos los países del mundo, la consecuencia de que, por fraudes en la producción o en la comercialización, por negligencia de los intervinientes en los procesos económicos o por otro tipo de causas, se haya dado lugar a daños de una gran extensión por el número de personas afectadas y a veces por su gravedad, que en muchas ocasiones, han conmovido e impresionado a la opinión pública. Se ha tratado muchas veces, de fraudes en productos alimentarios o, en general, destinados al consumo humano y de daños muy extendidos causados por medicamentos y productos de todo tipo. Estos hechos han determinado que en muchos países las leyes especiales de protección y defensa de consumidores y usuarios hayan querido ocuparse del régimen jurídico de la responsabilidad por daños que de estos hechos dimana...”. En: Diez Picazo, Luis: Derecho de Daños. Civitas. Madrid 1999, p.139.

coordinada con los poderes públicos, los derechos colectivos(básicos, como el de la educación) a la información, expresión, asesoramiento, asistencia y representación(...) Estos no constituyen, desde luego, un fin en sí mismos, sino el medio adecuado e ineludible para garantizar la aspiración genuina al logro- exento de riesgos- de los bienes materiales y espirituales que son objeto de las relaciones de la vida cotidiana". [263] 63

En suma, las asociaciones- como manifiesta Stiglitz- , no constituyen un fin en sí mismas, sino son organizaciones que buscan se materialicen los derechos del consumidor, al representar una multiplicación de poder que implica precisamente una organización. Queremos resaltar además, que la labor de estas asociaciones debe ser de manera coordinada con los poderes públicos y, agregaríamos nosotros, promovida desde el Estado.

Relacionado con este derecho, se encuentra lo preceptuado en el artículo 51° de esta misma Ley de Protección al Consumidor, en cuanto señala que 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 en el Artículo 82° del Código Procesal Civil, los mismos que se tramitan en la vía sumarísima.

Igualmente en este artículo 51° se señala que 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.

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 2° de la Ley N° 27251- .

La aplicación de este derecho tiene relación con lo propuesto en el Título Quinto "Del Crédito al Consumidor", específicamente lo señalado en el artículo 24°, en cuanto a uno de los aspectos de los que el proveedor está obligado a informar previamente al consumidor, en una operación comercial en la que se le conceda crédito a éste último.

1.4. OBLIGACIONES DE LOS PROVEEDORES

Se establecen en el Título Tercero de la Ley, las siguientes obligaciones de los proveedores:

a) Se tiene, en primer lugar, como obligación inexcusable del proveedor de bienes y servicios, el otorgamiento de la factura al consumidor en todas las transacciones que realice, según lo prescrito en el artículo 6°. El consumidor va a servirse de este documento, para probar la compra del producto y, lo más importante, de quien lo adquirió.

b) Los proveedores también están obligados a cumplir con las normas de seguridad,

[263] 63 Stiglitz, Gabriel A.: Ob. Cit., p.44.

calidad y rotulado del producto o servicio, en lo que corresponda –según lo señalado en el artículo 7°- .

c) En el artículo 7A° se establece que 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 y servicios que ofrecen, se consigne el precio total del bien o servicio, incluido el Impuesto General a las Ventas que corresponda. Asimismo, cuando se trate de ventas al crédito se consignará, además, especificaciones como la cuota inicial, monto total de los intereses y la tasa de interés efectiva anual, el monto y detalle de cualquier cargo adicional si lo hubiera, el número de cuotas o pagos a realizar, su periodicidad y la fecha de pago. Los consumidores no podrán ser obligados al pago de sumas o recargos adicionales al precio fijado.

d) Asimismo, en el artículo 7B°, se establece que los proveedores no podrán efectuar discriminación alguna respecto a los solicitantes de los productos y servicios que los primeros ofrecen en locales abiertos al público. Igualmente en este artículo se señala que está prohibido realizar selección de clientela, excluir a personas a realizar otras prácticas similares, sin que medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas y justificadas.

Se dijo en líneas anteriores que este artículo 7B°, tiene una relación directa con el derecho del consumidor establecido en el literal d) del artículo 5°, en lo que respecta a la no discriminación 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.

Sin embargo, hay que señalar, que no siempre el trato diferenciado en las relaciones de consumo constituye un acto discriminatorio sancionado por la ley. Como se señala en los “Lineamientos” [264] 64, por ejemplo, para otorgar un crédito, el proveedor debe realizar una evaluación acerca de la capacidad crediticia del solicitante y de los elementos que permitan reducir el riesgo del servicio debido a los posibles incumplimientos de los consumidores en el pago de sus deudas. La evaluación debe entonces realizarse en atención a criterios objetivos que no conlleven una afectación a los derechos de los consumidores, pero que permitan al proveedor brindar el servicio reduciendo sus riesgos, y sus costos. Los criterios suelen ser, los ingresos, bienes, antecedentes crediticios, antigüedad laboral, entre otros. En el caso seguido por Cecilia Reynoso contra Tiendas por Departamento Ripley S.A. y Colocadora S.A., la denunciante acreditó la existencia de un trato diferenciado por parte del establecimiento comercial, en el otorgamiento de créditos a consumidores cuyo domicilio era el distrito de La Victoria. Sin embargo se determinó que ese trato diferenciado era hecho atendiendo a causas objetivas tales como el alto promedio de morosidad en comparación con la de otros distritos y el alto índice de peligrosidad para el cobro. Finalmente se declaró infundada la denuncia mediante Resolución N° 747- 000/CPC, en razón a que se consideró que la denunciada no realizó un trato discriminatorio en contra de la denunciante, pues le aplicó criterios objetivos a su solicitud de crédito.

[264] 64 “Lineamientos...” aparecidos en: El Peruano del 09 / 07 / 2001, p.14.

Este mismo artículo 7B° señala que 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- señala este artículo- , le corresponde a quien alegue tal hecho, probar que ésta es en realidad un pretexto o una simulación para incurrir en prácticas discriminatorias. Finalmente dice que para todos estos efectos, será válida la utilización de indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios.

e) En el artículo 8°, se señala que los proveedores son responsables, además de, 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.

Uno de los problemas frecuentes en relación al consumidor es el de la idoneidad, entendida como la falta de coincidencia entre lo que el consumidor espera y lo que realmente recibe. INDECOPI [265] [65] señala que para determinar qué es lo que el consumidor esperaba recibir, es necesario reconstruir un modelo ideal de bien o servicio que adquirió dadas las circunstancias de dicha adquisición. El análisis de idoneidad pasa entonces por la reconstrucción de este bien o servicio que hubiera esperado el consumidor para luego compararlo con el bien o servicio que recibió efectivamente.

El denominado modelo de idoneidad se sustenta en base a tres conceptos: la garantía implícita, la garantía expresa y la garantía legal. La 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. Un bien o servicio resultará idóneo en la medida que respondan a los fines y usos previsibles, es decir, para los que normalmente se adquieren o contratan en el mercado. Las condiciones de los bienes y servicios- señala INDECOPI - , se refieren a las circunstancias que rodean la adquisición como el lugar de compra, la información dada en el momento de la adquisición, la publicidad existente, la presentación del producto, o los términos y condiciones ofrecidas, entre otros.

Por su parte, la 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. La garantía expresa puede entonces señalar algo distinto a la presunción establecida como de que el producto es idóneo para los fines que sean previsibles o garantía implícita. Desde esta perspectiva, la garantía expresa puede indicar la limitación de las obligaciones que un proveedor tiene.

Un ejemplo de lo anterior, es el caso seguido por Nora Margarita Cubas Guillén contra Distribuidora Chiclayo S.R.L. La denunciante reclamaba contra la empresa vendedora de electrodomésticos, la devolución de su dinero por desperfectos que presentó la refrigeradora que adquirió de dicha empresa. La Comisión consideró que ante los desperfectos de la refrigeradora, el servicio técnico de la empresa denunciada, había

[265] [65] "Lineamientos..." aparecidos en: El Peruano del 09 / 07 / 2001, p.12.

acudido al domicilio de la denunciante, emitiendo un “Comentario Técnico” en el cual se señaló que el artefacto presentaba destrucción en el sistema y que se recomendaba su recojo en su taller. Además se indicó que en el Certificado de Garantía del producto, se establecía lo siguiente: “Nota: La garantía no cubre los gastos de instalación, programación, mantenimiento y transporte del producto”. Entonces, la Comisión concluyó que correspondía a la denunciante llevar la refrigeradora al servicio técnico a fin de que se haga efectiva la garantía y solucionar el problema, lo cual no se hizo y, de allí, que la denuncia fuera declarada infundada mediante Resolución N° 299- 2000/CPC. [266] 66

Finalmente, la 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.

Es necesario también relacionar el problema de idoneidad en el caso del servicio de transporte público de pasajeros. Se señala que normalmente esta actividad es riesgosa. Desde esta perspectiva, con total independencia de que ocurra o no un accidente, bastará con que el proveedor del servicio de transporte brinde tal servicio sin adoptar las medidas de seguridad mínimas y, que como consecuencia de ello, se ocasione una afectación de los derechos de los consumidores, para que se configure un supuesto de infracción a la ley de protección al consumidor, en especial, al artículo 8°, en lo correspondiente a un servicio no idóneo. Ejemplos de la aplicación de este criterio por INDECOPI, son los casos seguidos en contra de Empresa de Transportes Miguel Segundo Ciccia Vásquez E.I.R.L. y contra Expreso Molina Unión E.I.R.L., en los cuales mediante Resoluciones N°0221- 1998/TDC- INDECOPI y N°0303- 1998/TDC- INDECOPI, se declararon fundadas las denuncias seguidas de oficio, al conducir sin los cuidados del caso como las condiciones climatológicas del lugar. [267] 67

Igualmente la idoneidad exige al proveedor- en el caso del transporte público- , asumir ciertas responsabilidades en los casos en que sus vehículos se encuentren comprometidos en un accidente que resulten heridos. Dichas responsabilidades pueden ser: trasladar a los heridos a lugares idóneos para su atención médica; conducir a los heridos que se hubieran recuperado a su lugar de origen o de destino, según el caso; y, brindar a los familiares de los pasajeros fallecidos todas las facilidades de información y traslado, así como de recuperación, custodia y entrega de las pertenencias. [268] 68

Otros casos de responsabilidad de los proveedores por falta de idoneidad son por ejemplo: a) Cuando una empresa de transportes pierde el equipaje de sus pasajeros; b) Cuando una empresa de transporte de carga extravía las encomiendas enviadas o la entrega a una persona no autorizada para recibirla; c) Cuando una aerolínea prorroga los vuelos programados sin previo aviso y/o los cancela; d) cuando las agencias de viajes no cumplen con la ejecución del programa turístico. [269] 69

La idoneidad en el caso de servicios profesionales, se encuentra en relación con los

[266] 66 “Lineamientos...” aparecidos en: El Peruano del 09 / 07 / 2001, p.13.

[267] 67 “Lineamientos...” aparecidos en: El Peruano del 09 / 07 / 2001, p.24.

[268] 68 “Lineamientos...” aparecidos en: El Peruano del 09 / 07 / 2001, p.25.

servicios médicos y de asesoría legal. En los primeros, se ha establecido que la obligación de un médico es poner su experiencia, conocimientos y habilidad y toda su capacidad en la curación de un paciente, pudiendo producirse eventualidades como el estado de salud del paciente, su naturaleza física u otros que impidan alcanzar el resultado deseado. Siendo la obligación que asumen los médicos una de medios y no de resultados, se considera cumplida la obligación, a pesar de no alcanzar el resultado deseado, cuando el médico haya puesto todo de sí para lograrlo actuando con la debida diligencia. Asimismo, en el caso de la asesoría legal, se considerará cumplida la obligación- de medios y no de resultados- , cuando el abogado haya puesto todo de sí para lograrlo, actuando con la debida diligencia.[270] 70

En materia de educación, los proveedores de servicios educativos son responsables por las características, resultados, ventajas y beneficios de los cursos y carreras que ofrecen a los consumidores. En el caso seguido por Víctor Palomino Mercado contra Centro de Educación Ocupacional de Gestión no Estatal San Agustín/CESSAG, la denunciada ofreció en su publicidad otorgar certificados a nombre de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos por culminar carreras técnicas y cursos libres, sin estar autorizado para ello. Luego de cumplir con el plan curricular y aprobar el examen de grado correspondiente, el denunciante no recibió un certificado a nombre de una universidad sino a nombre del Ministerio de Educación. La Comisión y la Sala(Resolución N° 0269- 1999/TDC- INDECOPI) , consideraron que la denunciada generó falsas expectativas en el denunciante al ofrecerle ventajas y beneficios que no podía efectivamente brindar, declarando fundada la denuncia.[271] 71

f) El artículo 9° prescribe que 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.

Lo señalado en este artículo –como ya se mencionó en líneas anteriores- , tiene indudable relación con el derecho a la protección eficaz que tiene el consumidor, derecho establecido en el literal a) del artículo 5° de la ley.

Este artículo señala dos circunstancias en las que el proveedor tomará dos actitudes diferentes pero a su vez complementarias. La primera es la actitud vigilante del proveedor en cuanto los productos o servicios puestos a disposición del consumidor. Dichos productos o servicios no deben conllevar riesgo injustificado o no advertido, tanto para la salud y seguridad del consumidor o de sus bienes, advierte la norma.

La segunda circunstancia se presenta en aquellos casos en donde por la naturaleza del producto o del servicio, el riesgo sea previsible. En este caso, el proveedor deberá advertir de dicho riesgo al consumidor, así como del modo de utilización del producto o

[269] 69 "Lineamientos..." aparecidos en: El Peruano del 09 / 07 / 2001, p.25, 26, 27.

[270] 70 "Lineamientos..." aparecidos en: El Peruano del 09 / 07 / 2001, p.31.

[271] 71 "Lineamientos..." aparecidos en: El Peruano del 09 / 07 / 2001, p.31

servicio.

g) El artículo 10° trata sobre los riesgos no previstos. Así, establece que 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 sus sustitución o reparación, o informar a los consumidores oportunamente con las advertencias del caso.

Este artículo trata el caso de aquellos productos o servicios en que no siendo previsible el riesgo para la salud y seguridad del consumidor o usuario, y estando colocados en el mercado, con posterioridad se presentan peligros. En estos casos, el proveedor se encuentra obligado a adoptar medidas acordes al peligro producido para eliminar o reducir el peligro. Entre dichas medidas se encuentran la notificación a las autoridades competentes, el retiro de los productos o servicios, la sustitución o reparación, o también la información a los consumidores en cuanto al riesgo que conllevan dichos productos o servicios.

En el caso seguido de oficio contra Smithkline Beecham I.A.C. y Laboratorios Industriales Hersil S.A., las empresas denunciadas pusieron a disposición del público información acerca de la comercialización del medicamento defectuoso luego de transcurridos 6 días desde que detectaron el problema, sin poder justificar satisfactoriamente a que se debió dicho retraso. Igualmente, los avisos de advertencia no guardaron proporción con la gravedad de los hechos y las circunstancias y la apreciación superficial de los mismos no era idónea para llamar la atención del consumidor del medicamento hacia el texto. Finalmente, el tamaño y la frecuencia de la difusión de la advertencia resultaron insuficientes e inadecuadas, teniendo en cuenta la gravedad del hecho, La Comisión y la Sala- mediante la Resolución N°095- 96- TDC consideraron que la difusión de la advertencia a los consumidores no fue efectuada con las características necesarias para informar al público sobre la comercialización de dicho producto y reducir al máximo el riesgo generado. Así, se consideraron responsables a las empresas denunciadas y se les sancionó. [272] 72

h) En el caso de la producción, fabricación, ensamble, importación, distribución o comercialización de bienes – señala el artículo 11° - 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 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.

i) En cuanto a los servicios de reparación, el artículo 12° establece que el prestador

[272] 72 "Lineamientos..." aparecidos en: El Peruano del 09 / 07 / 2001, p.37.

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.

j) El artículo 13°- modificado primero por el Decreto Legislativo N° 807 y luego finalmente por el artículo 1° de la Ley N° 27311, Ley de Fortalecimiento del Sistema de Protección al Consumidor- , prescribe que 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:

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.

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 aquél lo hubiese autorizado expresamente 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.

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. Respecto a éste punto, el artículo 2° de la Ley N° 27311, Ley de Fortalecimiento del Sistema de Protección al Consumidor, establece que en las operaciones comerciales en las que un consumidor suscriba títulos valores emitidos incompletos, el proveedor deberá brindar información adecuada acerca de cómo serán completados los títulos valores en caso de resultar necesaria su ejecución. De no brindarse esta información, los títulos valores serán completados atendiendo a las costumbres y usos comerciales, a las circunstancias que rodearon la celebración del contrato que motivó la suscripción de los valores cambiarios y a otros elementos que se considere relevantes, según las expectativas del consumidor que se desenvuelve en el mercado con una diligencia razonable, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley N° 27287, Ley de Títulos Valores.

Referente a lo prescrito en el artículo 13°, en cuanto a no modificar, sin consentimiento expreso de los consumidores, las condiciones y términos en los que adquirió un producto o contrató un servicio, como método comercial coercitivo, se encuentra el caso seguido por Eduardo Iberico Balarín contra el Banco Wiese Ltdo., ya que éste último había prorrogado el plazo del crédito que le otorgó al denunciante, de manera unilateral y sin autorización. La Sala – mediante Resolución N° 126- 2000/TDC-INDECOPI- , declaró fundada la denuncia, pues en el procedimiento se acreditó la conducta antes descrita del banco. Se señala que no es suficiente demostrar que la operación realizada sin el consentimiento del consumidor o usuario es más económica y representa beneficios para dicho cliente: “Cada consumidor está en su derecho de establecer y autorizar las condiciones en las que se le brinda el servicio que adquiere y a

decidir qué es lo mejor para el mismo. En tal sentido, el establecer una condición o situación contractual sin contar con la autorización del cliente, lo coacciona y, por tanto, puede ser tipificado como un método comercial coercitivo". [273] 73

Asimismo, con referencia al llenado de títulos valores suscritos en blanco, se encuentra el caso seguido por Rosa Isabel Loayza Alvarado contra Banco Santander Central Hispano, en donde la denunciante había adquirido un préstamo por la suma de US$16 762,08, para lo cual suscribió un pagaré en blanco. Precisaba que la entidad denunciada completó el pagaré por una suma mucho mayor a la que autorizó, lo cual constituía un abuso. La Sala- mediante Resolución N° 0457- 2001/TDC- INDECOPI- , declaró infundada la denuncia ya que el banco se encontraba legitimado a llenar dicho pagaré, ya que en el contrato suscrito por la denunciante, había autorizado que, en caso de falta de pago o incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones, se complete el título valor, consignando un importe igual al total del saldo deudor más los intereses, costos de los seguros, portes, tributos, gastos y todos los demás conceptos aplicables y exigibles. [274] 74

k) Las empresas que presten servicios públicos- según lo que prescribe el artículo 14°- , no podrán condicionar la atención de los reclamos formulados por los consumidores o usuarios al pago previo de la retribución facturada.

Es el caso seguido de oficio contra Empresa Regional Electronorte Medio Hidrandina S.A. - empresa dedicada a la generación, captación y distribución de energía eléctrica- , ya que exigió a un consumidor el pago de la retribución facturada cuando aún estaba pendiente el plazo para apelar el pronunciamiento que dio dicha empresa ante un primer reclamo del consumidor. La Comisión como la Sala consideraron que se había configurado uno de los supuestos de infracción al artículo 14° de la ley, sancionando a la empresa denunciada. [275] 75

1.5. LA INFORMACIÓN EN LA OFERTA DE BIENES Y SERVICIOS

Como contrapartida a la existencia del derecho a la información del consumidor, señalado en el literal b) del artículo 5°, el Título Cuarto de la Ley, incluye una serie de normas relativas a la obligación de los proveedores de informar sobre diversos aspectos - y en diversas circunstancias- , en relación a productos y servicios.

a) Los requisitos que debe reunir la información suministrada por el proveedor, como su obligación, son explicitados en el artículo 15°. Así se establece que la información sobre productos o servicios suministrada al consumidor por el proveedor, debe ser consignada en forma veraz, suficiente, apropiada, muy fácilmente accesible al consumidor.

[273] 73 "Lineamientos..." aparecidos en: El Peruano del 09 / 07 / 2001, p.21

[274] 74 "Lineamientos..." aparecidos en: El Peruano del 09 / 07 / 2001, p.21.

[275] 75 "Lineamientos..." aparecidos en: El Peruano del 09 / 07 / 2001, p.35.

Asimismo, en este artículo se señala que 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.

En cuanto a los productos destinados a la alimentación y la salud de las personas, al constituir una categoría de productos muy especial, debido a que se encuentran relacionados directamente con la salud y la integridad de la persona, el artículo en mención le da un tratamiento específico y aparte de otros productos, señalando que además de lo consignado anteriormente, se debe informar sobre sus ingredientes y componentes.

En el caso seguido por Edgardo Roberto López Díaz contra Cevatur Perú – Instituto de Altos Estudios Turísticos(CEVATUR) , no obstante que la institución denunciada no fuera reconocida como Centro de Instrucción Aeronáutico, ofreció dictar un curso de "Tripulación Auxiliar de Abordo" que no fue a su vez autorizado por la Dirección General de Transporte Aéreo, generando falsas expectativas en los consumidores, no obteniendo el título con valor oficial. La Comisión como la Sala- mediante la Resolución N° 003-1998/TDC- INDECOPI, consideraron que la institución denunciada había infringido el deber de información enunciado en el artículo 15°, declarando fundada la denuncia.[276] 76

En lo que respecta a los usuarios de las tarjetas de crédito, es necesario determinar hasta donde alcanza su derecho a ser informados por parte de las entidades bancarias, teniendo en cuenta que la obligación del proveedor- en este caso el banco- , de suministrar información al consumidor o usuario, no termina al momento de contratar, sino que la obligación se prolonga- sobre todo cuando es una relación de tracto sucesivo- , a la ejecución del contrato. Así, se ha establecido [277] 77 que el usuario de tarjetas de crédito no tiene por qué ser informado acerca de todos los aspectos relacionados con las condiciones de operación de la tarjeta. Sin embargo, si en el curso de su utilización el cliente requiere algún tipo de información, dicho requerimiento debe ser atendido, incluso en el caso que correspondiera indicársele que el acceso a tal información no es posible.

Un ejemplo de lo dicho, constituye el caso seguido por Domingo García Belaunde contra Citibank, en el cual expresaba el denunciante, que solicitó información a la entidad bancaria sobre un consumo realizado el 15 de agosto de 1999, señalando que tenía incertidumbre respecto de la realización de dicho consumo. El banco no atendió la solicitud en la forma debida, ya que se limitó a trasladarle formularios de reclamos, sin información sobre las condiciones y costos para acceder al documento que acreditaba dicho consumo realizado, o señalando que no brindaba lo solicitado por el denunciante. La Sala se pronunciaría mediante Resolución N° 0252- 2000/TDC- INDECOPI, de la manera siguiente: "(...) si en el curso de su utilización el cliente requiere algún tipo de información, dicho requerimiento debe ser atendido, incluso en el supuesto que correspondiera indicársele que el acceso a tal información no es posible. El Banco podría

276 76 "Lineamientos..." aparecidos en: El Peruano del 09 / 07 / 2001, p.31.

277 77 "Lineamientos..." aparecidos en: El Peruano del 09 / 07 / 2001, p.17.

no dar el servicio de información que le ha sido requerido siempre y cuando lo exprese claramente. En otras palabras, el deber del Banco de atender los requerimientos de información de sus usuarios se extiende al período de ejecución del contrato y debe consistir en una respuesta que satisfaga las inquietudes del usuario". [278] 78

No obstante lo anterior, es importante aclarar que si bien el consumidor tiene el derecho a ser informado y las empresas tienen la obligación de informar al primero, inclusive en la etapa de ejecución del contrato, se ha establecido que la ley faculta a dichas empresas a establecer costos por los servicios prestados. Será el consumidor el que debe asumir los costos administrativos del suministro de información. Lo anterior es ejemplificado en el caso seguido por Fernando del Aguila Zumaeta contra el Banco Wiese. El denunciante había solicitado información al banco sobre el total de los depósitos y obligaciones en relación con su cuenta CTS. La Comisión declaró infundada la denuncia- mediante Resolución N° 715- 2000- CPC ya que quedó acreditado que el banco no se negó a informar, sino que le requirió al consumidor el pago de los gastos administrativos por la información solicitada. [279] 79

Asimismo, la información suministrada sobre productos de manufactura nacional proporcionada a los consumidores- señala el artículo 16°- deberá efectuarse en términos comprensibles en idioma castellano y de conformidad con el sistema legal de unidades de medida. Ahora bien, tratándose de productos de manufactura extranjera, la norma precisa la información que necesariamente debe brindarse en castellano, como aquella relacionada con las condiciones de las garantías, las advertencias y riesgos previsibles, así como los cuidados a seguir en caso de que se produzca.

b) Igualmente, se señala en el artículo 17°, que los establecimientos comerciales deberán exhibir en sus vitrinas, de manera fácilmente perceptible para el consumidor, los precios de los productos exhibidos en ellas. Asimismo, los establecimientos en los que se 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.

Relacionado con lo anterior es lo establecido en el artículo 18°, en donde se indica que los establecimientos que expenden comidas y bebidas, están obligadas a colocar las listas de precios en el exterior de los mismos.

c) El artículo 19° se refiere a la oferta de productos usados o reconstruidos como una situación especial. Así, se establece que cuando se expende al público productos con alguna deficiencia, usados o reconstruidos, deberá informarse claramente esta circunstancia al consumidor y hacerle constar en los propios artículos, etiquetas, envolturas o empaques y en las facturas correspondientes.

d) En el artículo 20° se establece que 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

[278] 78 "Lineamientos..." aparecidos en: El Peruano del 09 / 07 / 2001, p.17.

[279] 79 "Lineamientos..." aparecidos en: El Peruano del 09 / 07 / 2001, p.17.

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.

Lo anterior es complementado con lo señalado en el artículo 22°, en donde se establece que 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.

Antes de la promulgación del Decreto Legislativo N° 716, la oferta al público era regulada solamente por el artículo 1388° del Código Civil peruano, dentro de las normas destinadas a la denominada contratación en masa. Esto significaba que los proveedores podían formular cualquier oferta de bienes y servicios teniendo sólo la significación de una invitación a ofrecer, invirtiendo la posición que tienen regularmente ofertante y aceptante, es decir, el que recibía la invitación a ofrecer(y también las condiciones de celebración del contrato) , debía formular la propuesta, en términos que ya se encontraban determinados por la invitación antes mencionada. [280] 80

Además, los proveedores- de acuerdo a la significación de la oferta al público como invitación a ofrecer- podían lanzar propuestas sin mayor responsabilidad ni obligatoriedad por lo que ofrecían, es decir, podían ofertar productos que no existían en unidades suficientes para satisfacer a todos los consumidores o también ofertar a precios que luego eran modificados. Dichas actitudes eran muy usadas para atraer clientela, y que constituían una indudable violación de los derechos del consumidor.

Frente a esta situación, hubo serias críticas que proponían una decidida tutela del consumidor, al ser precisamente la oferta al público un fenómeno de la contratación en masa. [281] 81 Así, la Ley de Protección al Consumidor- específicamente lo señalado en el artículo 20°- constituyó un redimensionamiento en cuanto a la oferta al público, regulada en el artículo 1388° del Código Civil. [282] 82

En un logrado ensayo, Yuri Vega Mere [283] 83 proponía la distinción entre la oferta al

[280] 80 Bullard decía: “En tal virtud el consumidor que se acerca a “ofrecer” la celebración de un “contrato” al estipulante no se adhiere a nada y, curiosamente, resulta siendo el que prefija el contenido de la relación jurídica quien se “adhiere” a sus propias condiciones”. En Bullard, Alfredo: Ob. Cit., pp.51 y ss, específicamente p.67.

[281] 81 Forno Flórez, Hugo:”La oferta al público; razones para una discrepancia” en: Derecho N° 45. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, diciembre de 1991, 243.

[282] 82 En igual sentido opinaba Eduardo Benavides Torres: “La oferta y la defensa del consumidor” en: Ius et Veritas. Revista editada por estudiantes de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Año IV N°6

[283] 83 Vega Mere, Yuri: “Oferta, Información y Consumidor” en: Malpartida Castillo, Víctor y Palma Navea, José Enrique: Derecho Economía y Empresa. Lima 1999, pp.59 y ss. Ver también del mismo autor: “Ulteriores y breves consideraciones sobre los contratos concluidos con arreglo a ofertas dirigidas a los consumidores” en: Ius et Veritas Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año IX N° 19, pp.76 y ss

público y la oferta a los consumidores, previendo un carácter residual a la primera en relación a la segunda, es decir, todo lo que no fuera oferta a los consumidores sería oferta al público.

En definitiva, la oferta a los consumidores sería aquella enmarcada dentro de una relación de consumo, entendida como aquella relación proveedor- consumidor o usuario, regulada por la Ley de Protección al Consumidor. Todo lo que no se encuadre dentro de la relación mencionada, será regulado por el artículo 1388° del Código Civil.

e) . El artículo 21° contempla los pagos efectuados con una tarjeta de crédito. Así, se señala que 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. Señala asimismo, que 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 a conocimiento adecuadamente del consumidor, en la publicidad o información respectiva y de manera expresa lo contrario.

f) . Asimismo, en el artículo 23°, se prescribe que las rifas, sorteos, concursos, canjes de envases o cualquier otro sistema análogo que realice el proveedor con el fin 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.

1.6. CRÉDITO AL CONSUMIDOR

En el Título Quinto de la Ley de Protección al Consumidor, se encuentra un tratamiento especial a aquellas situaciones en las que se presente una operación comercial, con la existencia del otorgamiento de crédito al consumidor.

Así, el artículo 24° establece que 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 hubiera;

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 al 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.

Asimismo, se señala que cuando es una entidad bancaria o financiera la que conceda crédito al consumidor, estará obligada a informar previamente los datos a que se refieren los incisos b) , c) , d) , e) y g) especificados anteriormente.

En relación a lo anterior, se señala que constituye información relevante el importe total del capital prestado y los intereses correspondientes, de allí la obligación de los bancos de informar a los consumidores sobre dichos aspectos. Dicha información debe ser brindada al usuario en el momento de contratar préstamos. Sin embargo, en caso en que haya una variación en las condiciones, la obligación de informar se extiende también al período de ejecución y cumplimiento del contrato. Ello es porque el consumidor requiere de dicha información, para hacer un uso adecuado del servicio o, eventualmente, decidir no continuar con la relación y contratar con otros prestadores del mismo. Por ejemplo, en el caso seguido por Karen Georgina Acosta Debernardi contra el Banco de Crédito del Perú, ya que éste último había variado la tasa de interés y no había comunicado de tal hecho. La Comisión- mediante Resolución N°020- 2000- CPC, declaró fundada la denuncia ya que consideró que en caso se produjera un aumento en las tasas de interés que implicara el aumento de las cuotas pactadas en el contrato de crédito, un consumidor razonable esperaría ser informado del incremento realizado, y, en consecuencia, del incremento de cuotas. [284] 84

De la misma manera, 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 el día del pago, incluyéndose asimismo, los gastos derivados de las cláusulas contractuales pactadas entre las partes.

Por otro lado, mediante la Ley N° 27598, publicada el 15 de diciembre del 2001, se agregaron al Decreto legislativo N° 716 dos nuevos artículos.

En el artículo 24°- A se establece que el proveedor o prestador debe utilizar los procedimientos de cobranza previstos en las leyes.

Se prohíbe- continúa en su segundo párrafo el artículo 24°- A - el uso de métodos de cobranza que afecten la buena reputación del consumidor, que atenten contra la privacidad de su hogar, que afecten sus actividades laborales o su imagen ante terceros.

Y, en el artículo 24°- B, se señala que, para efectos de la aplicación del artículo 24°- A, se prohíbe:

a) Envío al deudor o su garante de documentos que aparenten ser notificaciones o escritos judiciales.

b) Envío de comunicaciones o llamadas a terceros ajenos a la obligación, informando sobre la morosidad del consumidor.

c) Visitas o llamadas telefónicas en días sábados, domingos o feriados, o en horas nocturnas.

d) Carteles o notificaciones en locales diferentes al domicilio del deudor o del gerente.

e) Ubicar personas disfrazadas o con carteles alusivos a la deuda, o con vestimenta inusual en las inmediaciones del domicilio o del centro de trabajo del deudor.

f) Difundir a través de medios de comunicación nóminas de deudores y

[284] 84 "Lineamientos..." aparecidos en: El Peruano del 09 / 07 / 2001, p.19.

requerimientos de pagos, sin orden judicial.

No se comprende en esta prohibición la información que proporcionan las Centrales Privadas de Información de Riesgos que están reguladas por la ley especial, ni la información que por normatividad legal proporcione el Estado.

g) Cualquier otra modalidad análoga que esté comprendida en el artículo anterior y sea considerada infracción por INDECOPI.

Asimismo, en el artículo 25° se consigna que las operaciones comerciales con otorgamiento de crédito al consumidor, deben constar en documentos, de los que deberá entregarse copia debidamente firmada por el proveedor o persona autorizada al consumidor. En estos documentos se señalará específicamente todos los datos a que hace referencia el artículo 24° y la fecha en que se estregará el producto o será prestado el servicio.

Por otro lado, el artículo 26° establece que en los contratos de compraventa 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 periodos vencidos.

En el artículo 28° se señala que en los sistemas de comercialización consistentes en la integración de grupos de consumidores que aportan periódicamente sumas de dinero para constituir un fondo común administrativo 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.

1.7. LAS RESPONSABILIDADES FRENTE A LOS CONSUMIDORES

Las responsabilidades frente a los consumidores, establecidas en el Título Sexto de la Ley, las podemos dividir en cinco grupos. Así, consideramos los siguientes:

a) Devolución del pago hecho en exceso

El artículo 29° señala que 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 hubieran pactado, y en su defecto el interés legal. Asimismo señala este artículo, que 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.

b) Reposición del producto o devolución de la cantidad pagada en exceso.

En el artículo 30° se prescribe que los consumidores tendrán derecho a la reposición del producto o la devolución de la cantidad pagada en exceso, si se dieran las siguientes situaciones:

1. 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.

2. 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 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.

Asimismo se señala que el proveedor incurrirá en mora si no satisface la reclamación dentro de un plazo de quince días útiles.

c) Reparación gratuita del producto; reposición del producto; y devolución de la cantidad pagada.

Se establece en el artículo 31°, que los consumidores tendrán derecho a la reparación gratuita del producto y, cuando ello no sea posible, a la devolución de la cantidad pagada, si se presentaran los casos siguientes:

1. Cuando los que ostenten una certificación de calidad no cumplan con las especificaciones correspondientes.

2. Cuando los materiales, elementos, substancias o ingredientes que constituyan o integren los productos no correspondan a las especificaciones correspondientes.

3. Cuando la ley de los metales de los artículos de joyería u orfebrería sea inferior a la que en ellos se indique.

4. 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.

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 producto o servicio no se adecua a los términos de la oferta, promoción o publicidad.

Asimismo, en el artículo 33° se establece que 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.

d) Responsabilidad por daños a la integridad física de los consumidores o a sus bienes por defectos de productos.

En el artículo 32° se establece que 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.

Asimismo, dice que se considera que un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad a que las personas tienen derecho, tomando en consideración todas las circunstancias como las siguientes:

El diseño del producto;

"Programa Cybertesis PERÚ - Derechos son del Autor"

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;

El uso previsible del producto; y,

Los materiales, el contenido y la condición del producto.

Se señala también que la indemnización comprende todas las circunstancias causadas por el defecto, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral.

Finalmente se prescribe que 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 suministró el producto defectuoso u originó el defecto.

e) Responsabilidad por servicio defectuoso.

En el artículo 34° se señala que 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 días contados a partir de la recepción del producto a que se le repare nuevamente sin costo adicional.

Por otra parte, en el artículo 35°, se establece que cuando por deficiencia del servicio que otorgue el prestador del bien objeto de reparación, limpieza, mantenimiento u otro similar se pierda o sufra 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.

Asimismo se contempla en el artículo 36°, el incumplimiento de la obligación del prestador de servicios consistente en emplear componentes o repuestos nuevos y apropiados al bien sometido a reparación(obligación del proveedor explicitada en el artículo 12°) , por lo que dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios y asimismo, a la obligación del prestador del servicio de sustituir, sin cargo alguno, los mencionados componentes y repuestos.

Cabe agregar, que no exime de responsabilidad al proveedor frente al consumidor, por la existencia de autorizaciones por parte de los organismos del Estado para la fabricación de un producto o la prestación de un servicio(artículo 37°) .

1.8. MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS

Debe recordarse que una de las directrices propuestas por la ONU señala la necesidad de que los distintos gobiernos implementen procedimientos oficiales o extraoficiales que sean rápidos, justos, poco costosos y asequibles. El artículo 38° de la Ley de Protección al Consumidor- modificado por la Ley N° 27311, Ley de Fortalecimiento del Sistema de Protección al Consumidor- , tiene precisamente ese propósito.

Así el artículo mencionado, señala la necesidad de establecer mecanismos alternativos de resolución de disputas del tipo de arbitraje, mediación, conciliación o

mecanismos mixtos.

Estos mecanismos- según señala este numeral- , cumplirán el objetivo propuesto, mediante procedimientos sencillos y rápidos que resuelvan con carácter vinculante y definitivo para ambas partes las quejas y reclamaciones de los consumidores y usuarios. Los mecanismos que se mencionan se establecerán sin perjuicio de las competencias administrativas.

Asimismo, se prescribe que dichos mecanismos alternativos serán establecidos por la Comisión de Protección al Consumidor en coordinación con el Directorio del INDECOPI, directamente o mediante convenios con instituciones públicas o privadas.

También se prescribe que el acta conteniendo un acuerdo entre consumidor y proveedor, constituye título ejecutivo conforme a lo señalado en el artículo 693° del Código Procesal Civil. Mientras que un laudo arbitral firme constituye título de ejecución, conforme a lo establecido en el artículo 713° del Código Procesal Civil.

Si en consideración de la Comisión, los hechos materia del acuerdo o laudo afectan intereses de terceros, podrá iniciar de oficio un procedimiento conforme a su competencia, sin perjuicio de los acuerdos o laudos celebrados o emitidos en virtud de los mecanismos señalados.

Ya que el incumplimiento del acuerdo o el laudo constituye una infracción a la Ley de Protección al Consumidor, corresponde imponerle al obligado una sanción de hasta el máximo de la multa permitida, graduada de acuerdo a los criterios que la Comisión considera para sus resoluciones finales. La multa debe ser pagada dentro del plazo de cinco días desde la notificación, vencidos los cuales se ordenará la cobranza coactiva. Si el incumplimiento persiste se impone una nueva multa duplicando la última multa impuesta sucesiva e ilimitadamente hasta que se cumpla con lo dispuesto, y, sin perjuicio de poder denunciar al responsable ante el Ministerio Público, para que éste inicie el proceso penal que corresponda.

El propósito de fomentar los mecanismos alternativos es tal que se establece que serán de aplicación las medidas para hacer efectivo el cumplimiento de todos los acuerdos conciliatorios válidos celebrados entre consumidor y proveedor, incluidos aquellos obtenidos ante instituciones sin convenio con INDECOPI.

1.9. PROCEDIMIENTO

El artículo 40°- modificado por la Ley N° 27311, Ley de Fortalecimiento del Sistema de Protección al Consumidor- , señala que el procedimiento administrativo se inicia de oficio, a pedido del consumidor afectado, o del que potencialmente pudiera verse afectado, o por una Asociación de Consumidores, rigiéndose por lo dispuesto en el Título Quinto del Decreto Legislativo N° 807.

En el caso de los patrimonios autónomos- dentro de los que se menciona a la sociedad conyugal- , la legitimidad para obrar corresponde al patrimonio autónomo, y, la representación procesal a cada uno de sus integrantes.

La interposición de denuncias por parte de las Asociaciones de Consumidores por

infracción a las normas administrativas de protección al consumidor quedan sujetas a lo señalado en la Resolución N° 049- 2001- INDECOPI/DIR del 11 de mayo de 2001.

1.10. SANCIONES Y MEDIDAS CORRECTIVAS

La Comisión de Protección al Consumidor es- según el artículo 39°, modificado por la Ley N° 27311, Ley de Fortalecimiento del Sistema de Protección al Consumidor- el único órgano administrativo competente para conocer de las presuntas infracciones a las disposiciones de la Ley de Protección al Consumidor y, asimismo, para imponer sanciones administrativas y medidas correctivas establecidas. Esta competencia asignada, sólo será negada por norma expresa con rango de ley. Por otro lado, se aplicarán las sanciones administrativas y las medidas correctivas sin perjuicio de las acciones de carácter civil y la aplicación de las sanciones penales a que hubiere lugar.

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 39°, 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, en atención a una necesaria promoción de la protección al consumidor(artículo 46°, modificado por la Ley N° 27311, Ley de Fortalecimiento del Sistema de Protección al Consumidor) .

Las sanciones administrativas contempladas en el artículo 41° - modificado por la Ley N° 27311, Ley de Fortalecimiento del Sistema de Protección al Consumidor- , son:

a) Amonestación

b) Multa hasta por un máximo de 100 Unidades Impositivas Tributarias.

Estas sanciones administrativas se aplican sin perjuicio de las medidas correctivas establecidas en el artículo 42°.

Tanto la imposición como la graduación de la sanción administrativa – de acuerdo al artículo 41° en su segundo párrafo- será determinada según 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 dependen del caso particular.

Conforme a lo mencionado, la Comisión de Protección al Consumidor, al momento de graduar la sanción, ha venido considerando distintos criterios, como la intencionalidad del infractor, la probabilidad de detención de la infracción, la gravedad de la falta cometida, el comportamiento del infractor respecto de los daños que habría ocasionado 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, la reincidencia del infractor, entre otros ejemplificados seguidamente.[285] 85

La intencionalidad del infractor resalta como un criterio importante adoptado por la Comisión. Explicando este criterio, se señala su establecimiento en función a un factor

[285] 85 "Lineamientos..." aparecidos en: El Peruano del 09 / 07 / 2001, p.40, 41 y 42.

subjetivo, este es, el nivel de participación de la voluntad del agente en la acción que causó el daño. Debe tenerse en cuenta – se aclara- que debe existir causalidad entre la conducta del infractor y la producción de la infracción. Este criterio entonces no debe ser entendido como necesariamente sinónimo de "doloso" pues dependiendo del caso, el proveedor podría haber participado en la comisión de la infracción sin intencionalidad(negligencia o imprudencia) , con culpa leve, con culpa o con culpa inexcusable. Esto determinará la graduación de la sanción a imponerse.

Como ejemplo de lo anterior, se encuentra el caso seguido de oficio contra Distribuidora Cosmos S.A. y Marco Antonio Torres Armas(Resolución N°148- 1998/TDC-INDECOPI) , distribuidor de productos farmacéuticos y el propietario de una botica, respectivamente. Se había suministrado medicamentos, colocándose de esa manera un producto farmacéutico reetiquetado cuya dosificación y fecha de vencimiento habían sido modificadas. "Al momento de graduar la sanción del propietario de la botica- se explica en los Lineamientos- , la Sala consideró como agravante el criterio de intencionalidad, señalando que en este caso concreto, el infractor era responsable de un acto inexcusablemente negligente, pues adquirió medicinas de una tercera persona sin identificar si ellas provenían del laboratorio encargado de distribuirlas y sin corroborar si respondían a las características que se indicaban en sus respectivas cajas, por lo cual la venta posterior de dichos productos podría causar daño a la salud de los consumidores.

La posibilidad de detección de la infracción es otro de los criterios seguidos para determinar la sanción a imponer. De acuerdo a este, en aquellas situaciones en que el consumidor se encuentre en total asimetría informativa, la autoridad administrativa tiene una menor posibilidad de detectar la infracción cometida. Así, en el caso de una empresa(Cospana S.A. contra Camena Comercial S.A.: Resolución N°150- 1998/TDC-INDECOPI) que vendió un vehículo que supuestamente según el ofrecimiento, contaba con un sistema de destrabadores automático de doble tracción, lo que no era cierto, resultando un agravante para la sanción: "En este caso, al momento de graduar la sanción, la Sala señaló que en este mercado debía tenerse en cuenta que el consumidor sólo podía comprobar si el vehículo contaba o no con el sistema de destrabadores automático ofrecido, una vez que hubiera hecho uso de dicho vehículo, en consecuencia, concluyó que la información que el proveedor debió brindar era relevante y necesaria para evitar que el consumidor decidiera iniciar una relación jurídica con la denunciada. Para ello tuvo en cuenta que al interior del vehículo se brindaba información de cómo utilizar tanto el sistema de destrabadores manual como el automático de la doble tracción de la camioneta, lo cual respaldó la inexacta información brindada por el proveedor".

Igualmente, la gravedad de la falta cometida es otro criterio utilizado. Así, en el caso seguido por Jorge Guimet Barrios en contra de la Clínica Ricardo Palma y José Chávez Ferrer. La clínica incurrió en error tipográfico en los resultados de análisis de leucocitos que se practicó a la hija del denunciante. La clínica reconoció haberse equivocado al consignar la cifra correspondiente a la cantidad de leucocitos que se habían encontrado. Sin embargo, la Sala consideró la gravedad de la infracción cometida por la clínica, señalando que el mencionado error pudo exponer la salud de la paciente a riesgos injustificados.(Resolución N° 0170- 1998/TDC- INDECOPI) .

El comportamiento del infractor respecto de los daños, es también criterio

considerado por el INDECOPI para determinar la sanción. Así, en el caso seguido de oficio contra Smithikline Beecham I.A.C. y Laboratorios Industriales Hersil S.A., empresa titular de la marca de un medicamento y la empresa que producía dicho medicamento, respectivamente. Las denunciadas comercializaron un medicamento de efectos diuréticos en cuya producción utilizaron erróneamente un antipsicótico. La Sala al momento de graduar la sanción(Resolución N° 095- 96- TDC) , consideró que las medidas tomadas por las empresas denunciadas para advertir a los consumidores del error cometido en la elaboración del producto, habían sido insuficientes en correspondencia con la gravedad de la infracción. Se dio aviso inicial a las autoridades y al público respecto de lo ocurrido, pero la información en sí misma fue insuficiente, incompleta y difundida por medios inadecuados para corregir el problema originado.

De la misma manera hay que tomar en cuenta como se ha aplicado el criterio de la verificación de los beneficios obtenidos por el proveedor como consecuencia de la infracción que cometió. Es el caso seguido por Afranio Fernando Rojas Ardiles contra Xall Data S.R.L., ya que a ésta última se le denunció por incumplimiento de un acuerdo conciliatorio, al no cumplir con devolver al denunciante el monto correspondiente a la cuota inicial para la adquisición de una computadora. La Sala tomo en cuenta como un agravante la retención efectuada por la denunciada, consiguiendo con ello un beneficio económico.(Resolución N° 239- 2000- CPC) . Otra forma de observar el criterio de los beneficios obtenidos por el proveedor infractor, es aquel contemplado en el caso seguido por José Andrés Pizarro Bonilla contra el Banco de Crédito del Perú, ya que ésta última había emitido un duplicado de la tarjeta de crédito del denunciante, sin que se hubiera pedido la acreditación de quien la recibió como titular de la tarjeta, permitiendo que se pudiera extraer dinero de la cuenta que el denunciante mantenía en la institución bancaria. La Sala consideró como beneficios obtenidos los costos no asumidos por el banco, en tanto el mejoramiento de los sistemas de seguridad en la prestación de los servicios que brinda.(Resolución N° 285- 1999- TDC) .

El criterio que toma a la conducta del infractor a lo largo del procedimiento, para imponer una sanción, es ejemplificado con el caso seguido por Virginia Villamarín de Oblitas contra IPL Sociedad de Responsabilidad Limitada(Resolución N° 288- 2000- CPC) , en donde se denunció que el proveedor vendió un perro con parvivirus al denunciante, y no cumplió con devolverle su dinero conforme a la garantía. La Comisión declaró fundada la denuncia y, al momento de establecer la sanción, tuvo en cuenta que el proveedor denunciado no cumplió con presentar sus descargos dentro del plazo, actitud considerada como agravante.

Los efectos que se pudieran ocasionar en el mercado, también son tomados en cuenta en conjunto, como criterio para graduar la sanción. Así, en el caso seguido por varios consumidores en contra del Banco Continental, ya que la institución mencionada les había ofrecido un seguro de desempleo como un beneficio adicional por afiliarse al sistema de cuentas de compensación por tiempo de servicio que brindaba, no informando sobre el plazo de vigencia del referido seguro. La Sala señaló(Resolución N° 0340- 2000/TDC- INDECOPI) que el daño ocasionado no sólo respondía al daño generado en el caso concreto de los denunciantes, sino que además respondía al daño institucional generado por la práctica desinformativa del banco, lo que además contribuía a mermar la

confianza en los sistemas de beneficios adicionales por afiliación de cuentas bancarias. Se señaló además, que la falta de información relevante en la prestación de servicios bancarios, incluso cuando estos son adicionales, genera un daño a las decisiones de consumo de los usuarios de dichos servicios.

La reincidencia también es asumida como criterio para graduar la sanción. Así, en el caso seguido por Maritza Barrientos Figueroa contra Aerocontinente S.A., en el que la denunciante señalaba la pérdida de su equipaje. La Comisión al resolver(Resolución N° 110- 99- CPC) indicó que la Sala con anterioridad ya había sancionado a la misma empresa por pérdida parcial y total de equipaje, lo que en suma llevaba a la imposición de una multa mayor.

Por otro lado, 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 ley, medidas correctivas que tienen como objetivos revertir los efectos que las conductas infractoras hubieran ocasionado o para evitar que éstas se produzcan nuevamente en el futuro, y- según el artículo 42°, modificado por la Ley N° 27311, Ley de Fortalecimiento del Sistema de Protección al Consumidor - son las siguientes:

a) Decomiso y destrucción de mercadería, envases, envolturas y/o etiquetas;

b) Clausura temporal del establecimiento o negocio hasta por un máximo de 60 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 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.

Entre consumidor y proveedor pueden surgir una serie de conflictos de distinta naturaleza, como la administrativa, civil o penal. La ley en comento establece en su artículo 39° que las sanciones administrativas y las medidas correctivas detalladas se aplican sin perjuicio de las indemnizaciones de carácter civil y la aplicación de las sanciones penales a que hubiera lugar. La Comisión de Protección al Consumidor ha ratificado lo dicho anteriormente, al establecer en la Resolución N° 189- 2000- CPC lo siguiente: “Los procedimientos seguidos ante la Comisión no tienen por finalidad resolver los conflictos de naturaleza civil(o penal) que puedan surgir entre un consumidor y un proveedor, sino determinar la responsabilidad administrativa en la que puede haber incurrido este último. En efecto, frente al incumplimiento de las obligaciones del proveedor o a la lesión de los derechos de los consumidores, dentro de una relación de consumo, se pueden generar diversos tipos de responsabilidad, sea esta administrativa, civil o penal. La primera. Si se verifica que se ha infringido las normas contenidas en la Ley de Protección al Consumidor, es de competencia del INDECOPI. La responsabilidad

"Programa Cybertesis PERÚ - Derechos son del Autor"

civil o penal, será resuelta a través del Poder Judicial".

En relación específicamente a las medidas correctivas, se ha establecido como su finalidad, el evitar que la conducta infractora de la ley produzca sus efectos negativos o que en el futuro se vuelvan a producir, es decir, corregir una conducta infractora que tiende a frenar o reducir el correcto y eficiente funcionamiento del mercado. Mientras que las indemnizaciones por incumplimiento contractual, tienen por finalidad colocar a la persona que hubiera sufrido un daño, en una situación equivalente a aquélla en la que se hubiere encontrado de no haberse producido el incumplimiento(la reparación civil debe ser igual al beneficio esperado de la transacción, es decir, debe incluir no sólo el daño emergente y el daño moral, sino también el lucro cesante) .[286] 86

Para entender estas precisiones en la diferenciación entre indemnización civil y medidas correctivas, se tienen los siguientes casos.[287] 87

Como ejemplo de medida correctiva se tiene el caso seguido por María Merari Portocarrero contra Edita Emelda Flores de Vizconde, Altamiro Vargas Díaz y Nestlé Perú S.A., señalando que dentro de un chocolate adquirido se había encontrado un gusano, situación que había traído como consecuencia la intoxicación de la hija de la denunciante. Luego de quedar acreditada la presencia de cuerpos extraños en el chocolate y su condición de no apto para el consumo humano, la Comisión declaró fundada la denuncia(Resolución N°127- 2001- CPC) , sobre los primeros nombrados como denunciados, ordenándose el pago de los gastos ocasionados por la intoxicación de la afectada, teniendo en cuenta que con la medida correctiva tomada se revertía los efectos de la conducta infractora, regresando el consumidor a la situación en la que se encontraba antes de que se produjera la conducta infractora.

Asimismo, el caso seguido por Ernesto Manfredi Gagliuffi contra Star Up S.A., en el que se denunció el retraso de una aerolínea, solicitando el denunciante, una indemnización por el tiempo perdido y por los retrasos en sus quehaceres que le ocasionó la demora del avión. La Comisión (Resolución N°093- 2001- CPC) consideró fundada la denuncia, pero declaró improcedente la solicitud efectuada en lo que respecta a la indemnización, ya que el pedido no podía tomarse como una medida correctiva.

Cabe señalar además que estas medidas correctivas no son excluyentes unas de otras en su aplicación, así como sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiere lugar, siendo determinado por la infracción cometida.

Los bienes o montos que son objeto de las medidas correctivas serán entregados por el proveedor directamente al consumidor reclamante, salvo mandato distinto contenido en la resolución. Aquellos bienes y montos materia de una medida correctiva que estén en posesión del INDECOPI y no sean reclamados en el plazo de un año, serán destinados a financiar publicaciones, labores de investigación o programas de difusión a cargo de las Asociaciones de Consumidores.

Asimismo, las resoluciones finales que ordenen medidas correctivas a favor del

[286] 86 "Lineamientos..." aparecidos en: El Peruano del 09 / 07 / 2001, p.44.

[287] 87 "Lineamientos..." aparecidos en: El Peruano del 09 / 07 / 2001, p.43 y 44

consumidor, constituyen títulos de ejecución, una vez que queden consentidas o causen estado en la vía administrativa. Para los procesos civiles de ejecución consecuentes, se encuentran legitimados para obrar, los consumidores a cuyo favor se dictaron las medidas correctivas(artículo 43°, modificado por la Ley N° 27311, Ley de Fortalecimiento del Sistema de Protección al Consumidor) .

El incumplimiento de lo ordenado en las resoluciones finales constituye una infracción, y, en estos casos, la Comisión es competente para imponer las sanciones y medidas correctivas enunciadas, independientemente que la parte legitimada opte por la ejecución de lo incumplido en la vía legal correspondiente(artículo 44°, modificado por la Ley N° 27311, Ley de Fortalecimiento del Sistema de Protección al Consumidor) .

La Comisión también puede ordenar que el infractor asuma el pago de las costas y costos del procedimiento en que hubiera incurrido el denunciante o el INDECOPI. Serán asumidas por el infractor si es que se cumplen ciertas condiciones. Por ejemplo, si la infracción es flagrante, es decir que es evidente para quien la comete que será objeto de una denuncia. Otra condición es la conducta procesal del infractor a lo largo del procedimiento, pues si ha mostrado una voluntad conciliatoria no ameritaría que se le ordene el pago de costas y costos.[288] 88

2. NORMAS SOBRE PUBLICIDAD

2.1 INTRODUCCIÓN

Uno de los aspectos que sirvió para que el modelo de mercado de competencia perfecta entrara en crisis, fue la introducción de la idea de la diferenciación de los productos, que a la larga se convertiría en el siglo XX en una de las características resaltantes de la economía contemporánea.

A contracorriente de la homogeneidad del producto, como una de las condiciones imprescindibles para la vigencia del modelo de competencia perfecta, en los hechos lo que ocurrió fue la preponderancia progresiva de la publicidad y el acrecentamiento de la heterogeneidad de los productos, la mayor de las veces artificial o dirigida, lo que a su vez también atentaba contra otra condición de dicho modelo, como la transparencia en el mercado.

Es así entonces, que se hace imprescindible la reconceptualización del modelo y dentro de éste, asumir el papel que tiene la publicidad. Se comienza a hablar de una llamada competencia “funcional” o “efectiva”, concepto desarrollado por John Maurice Clark. Desde esta perspectiva, no importaba que la competencia se presente “incompleta”, ya sea por el hecho de intervenir en ella un pequeño número de empresas, por la dimensión de las mismas y por el grado de concentración. No obstante, importa

[288] 88 “Lineamientos...” aparecidos en: El Peruano del 09 / 07 / 2001, p.45.

antes que nada, saber si los precios, la calidad y la cantidad de los productos son satisfactorios y si la amenaza de una competencia potencial, queda preservada. Importa sobre todo que la competencia funcione, que sea efectiva. [289] 89

Dentro de esta competencia efectiva o funcional entonces, no interesa que no se cumpla tampoco en los hechos, la condición de "homogeneidad del producto". Si bien existe por el contrario, heterogeneidad, lo importante aquí también será que la competencia funcione y se preserve la competencia potencial.

Dentro de este contexto entonces, el papel que cumple la publicidad- como elemento informador y diferenciador de productos- es admitido, pero en base a ciertos límites o regulaciones. Por medio de la publicidad, se dice, no sólo se informa, sino que además se persuade para el consumo de un determinado bien y servicio. Si a esto le adicionamos el importante rol que tienen los medios de comunicación en la actualidad- medios de los que se sirve la publicidad de manera inherente- , podemos tener la fundamentación del por qué se requiere de una regulación de la publicidad.

Sin embargo, una reglamentación para la publicidad comercial fue de difícil aceptación en un primer momento. Sería recién a partir de los años 70 del siglo XX, en que se comienza a pensar en una regulación expresa y, por cierto, se convertiría en uno de los aspectos medulares de lo que después se denominaría derecho del consumidor.

Para Stiglitz [290] 90, es lógico que durante largas etapas previas, la ciencia del Derecho se mantuviera ajena a la problemática de la publicidad. Si bien es cierto, los consumidores han existido siempre, las soluciones del liberalismo clásico omitían respuesta a los "fenómenos de masas", es decir, los sometían a los mismos remedios individualistas formulados para regular relaciones diversas a las de consumo:

las reglas de la libertad contractual y de comercio;

la no intervención del Estado en la gestión del mercado;

la limitación de la responsabilidad del empresario a los casos de culpa;

las normas tradicionales sobre legitimación para accionar y sobre carga de la prueba.

Sin embargo, como expresa el autor argentino citado, la búsqueda de mercados transparentes se enfrentaba a un fenómeno comprometedor como el denominado "desvío del consumo":

técnicas tan avanzadas como múltiples, permiten al sistema de producción, asegurar el sostén de las demandas;

el ejercicio de presiones sobre la percepción de las necesidades por medio de la publicidad y los métodos de comercialización cada vez más agresivos;

la incitación al crédito y al endeudamiento;

la diferenciación artificial de los bienes ofrecidos al consumo.

[289] 89 Barre, Raymond: Economía Política. Tomo 1. Editorial Ariel. Octava edición. Barcelona 1975, p.423.

[290] 90 Stiglitz, Gabriel: "Prólogo" en: Publicidad. Régimen Jurídico y Práctica Comercial. De: Jaime Delgado Zegarra y Crisólogo CáceresValle. Instituto de Derecho del Consumidor. Lima 1993, p. 9.

Así, la regulación de la publicidad surge de la toma de conciencia que sólo los mecanismos de mercado no aseguran una protección al consumidor, sobre todo si se toman en cuenta las imperfecciones del sistema, que reforzaría la posición de dependencia del consumidor. Según Stiglitz, una de las principales imperfecciones consiste en el tipo de información que los consumidores reciben sobre los productos y servicios, cuando los mensajes publicitarios tienden exclusivamente a incitar a la compra. En tales casos, el consumidor queda privado de la información adecuada, que constituye la primera condición para la vigencia de una efectiva libertad de elección y racionalidad del público en el mercado. [291] 91

La regulación de la publicidad tiende a corregir aquellas conductas que distorsionen una efectiva libertad de elección y racionalidad del consumidor, no proveyéndole a éste de una información adecuada.

En el Perú, el Decreto Legislativo N° 691 está orientado precisamente a regular la publicidad comercial, inspirado en el principio de que los consumidores tienen derecho a una información adecuada, para así tener una elección eficiente en cuanto a bienes y servicios que satisfagan mejor sus necesidades.

En la Constitución de 1993 se explicita – en el artículo 65°- , que el Estado garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado, cumpliendo así con defender el interés de los consumidores y usuarios.

Ahora bien, el derecho del consumidor a la información debe concordarse- dentro de la lógica de mercado establecida- , con el derecho de todo empresario a la libertad de empresa, comercio e industria e inclusive frente a una libertad de expresión comercial.

La jurisprudencia norteamericana [292] 92 nos trae una experiencia importante en tanto delimitar hasta donde es posible restringir la libertad de expresión comercial regulando la publicidad. Así, en el caso Virginia State Board of Pharmacy et al. Contra Virginia Citizens Consumer Council Inc. et al., donde se cuestionaba la constitucionalidad de una ley del Estado de Virginia que prohibía a los farmacéuticos realizar publicidad en cuanto al precio de las medicinas, es un importante ejemplo de lo difícil de tal delimitación. La pregunta central que absolvió el Tribunal Supremo de los Estados Unidos fue si el mensaje de contenido eminentemente comercial era diferente de otro que conllevara una exposición de ideas sobre la ciencia o arte, ya que si se afirmaba que eran diferentes, los mensajes con contenido comercial quedaban excluidos de la protección. Hasta antes de este caso se consideraba jurisprudencialmente que la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos sólo protegía la libertad de expresión en tanto exposición de asuntos políticos o públicos.

El Tribunal Supremo se pronunciaría por señalar que no obstante ser el interés del

[291] 91 Stiglitz, Gabriel: “Prólogo” en: Ob. Cit. p.10.

[292] 92 Canales Mayorga, Claudia y Rivera Serrano, Alfonso: “Cuál es la más cómoda?. Comentarios acerca de los criterios adoptados por el INDECOPI en materia de publicidad comparativa” en: Ius et Veritas. Año IX N° 16. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad católica del Perú. Lima, pp. 305- 306

anunciante uno de carácter puramente económico, no era obstáculo para ampararlo: "...la sociedad tiene un gran interés en la libre circulación de información comercial(...) La publicidad, aunque a veces pueda parecer excesiva y de mal gusto, divulga información acerca de quien produce y vende un determinado producto, por qué razón y a qué precio. En tanto en cuanto mantengamos un sistema económico de libre empresa, el reparto de nuestros recursos será realizado, en gran medida, a través de decisiones económicas privadas. Es un asunto de interés público el que esas decisiones sean inteligentes y se basen en una buena información. Para ese fin, la libre circulación de información comercial es indispensable".

No obstante la opinión anterior, el hecho es que no constituye obstáculo para el Estado en cuanto a desarrollar una protección del consumidor y una regulación de la publicidad. En el caso Central Hudson Gas & Electric Corp. Contra Public Service Comisión of New York(1980) , el Tribunal Supremo de los Estados Unidos se pronunció sobre los criterios utilizables para establecer una restricción de la publicidad: "La protección del mensaje comercial por la Primera Enmienda está basada en la función informativa de la publicidad. Consecuentemente, no existe ningún obstáculo constitucional para la supresión de los mensajes comerciales que no informan correctamente al público acerca de actividades lícitas. El Gobierno puede así prohibir determinadas formas de comunicación que son más aptas para engañar al público que para informarlo, o que se refieren a actividades ilegales. Si la comunicación no es engañosa ni se refiere a una actividad ilegal, entonces el poder del gobierno se encuentra más restringido. El Estado debe justificar un interés sustancial que intente ser satisfecho a través de las restricciones sobre el mensaje comercial. Además, la regulación restrictiva del mensaje comercial debe estar en proporción con aquél interés. La limitación de la libre expresión debe ser cuidadosamente diseñada para alcanzar el objetivo estatal. El cumplimiento de este requisito debe ser verificado a través de dos criterios. En primer lugar, la restricción debe tender directamente a la satisfacción del interés estatal involucrado(...) En segundo lugar, las restricciones excesivas no deben sobrevivir si el interés gubernamental puede ser satisfecho igualmente a través de una restricción más limitada del mensaje comercial".

2.2. DECRETO LEGISLATIVO N° 691, NORMAS DE LA PUBLICIDAD EN DEFENSA DEL CONSUMIDOR

2.2.1. ASPECTOS GENERALES

Como expresa Maite Vizcarra, son muchas las dimensiones desde las cuales se pueden abordar la relación entre publicidad y consumo. [293] 93 Así, por ejemplo, desde la perspectiva económica, la publicidad es un eficaz instrumento de manipulación de la demanda, además de la importancia económica que como fenómeno independiente en el mismo posee. Socialmente la influencia de la publicidad en los modos de vida y en el

[293] 93 Vizcarra Alarcón, Maite: " "La ley del deseo": Reflexiones en torno a la publicidad y el consumo" en: Themis N° 39. Segunda Época. Revista editada por estudiante de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 1999, p.293.

denominado imaginario colectivo es evidente, haciendo que las formas de consumo determinen nuevos valores y estilos de vida. Asimismo, en lo ideológico, la publicidad reproduce los principios y la ideología sobre lo que se basa el sistema de producción perteneciente a las economías liberales, el cual para su supervivencia y desarrollo exige un consumo masivo. Algo similar ocurre en la dimensión cultural, en el que es patente un gran número de manifestaciones artísticas del look publicitario.

La publicidad es definida por Sánchez Guzmán, como "un proceso complejo de comunicaciones a través del cual se emiten mensajes motivantes a un receptor mediante unos canales de difusión seleccionados". [294] [94] A su vez, Carlos Lema Devesa señala que la publicidad se manifiesta "...como una de las actividades más importantes a través de la cual el empresario se pone en contacto con la gran masa de consumidores, a fin de lograr un mayor número de contratos para sus bienes o servicios". [295] [95]

Asimismo, Aida Kemelmajer opina que las nociones de publicidad, consumidores y libre competencia están estrechamente vinculadas, desde el punto de vista de la teoría y de la práctica. En una economía de mercado, la publicidad es un medio imprescindible para hacer posible la libre competencia: los destinatarios de la publicidad son los consumidores y usuarios de bienes y servicios, y su fin, que ellos puedan llevar a cabo una libre elección entre las distintas ofertas de la competencia. [296] [96] No obstante que hay sectores que no aceptan – desde una óptica liberal radical- la regulación de la publicidad comercial, nuestro país ha optado por lo contrario. [297] [97]

Así, en lo que se refiere específicamente al Decreto Legislativo N° 691, en el artículo 1°, se señala que la publicidad comercial de bienes y servicios se rige por las normas que contiene. La doctrina, una vez publicada la norma en cuestión, consideró que no era de aplicación a la propaganda política, religiosa o a cualquier otra comunicación análoga no comercial. Igualmente se determinó que tampoco se aplicaba a las marcas o signos similares, que se rigen por la legislación marcaria, ni a las creaciones intelectuales o

[294] [94] Citado por: Delmar, José A.: "De la Publicidad y otros demonios" en: Themis N° 36. Segunda Época. Revista editada por estudiante de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 1997, p.120.

[295] [95] Citado por: Patrón Salinas, Carlos: "El principio de veracidad y la "substanciación" previa en materia publicitaria" en: Themis N° 32. Segunda Época. Revista editada por estudiante de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 1995, pp. 239 y ss., específicamente p.240

[296] [96] Kemelmajer de Carlucci, Aida: "La publicidad y los consumidores en el fin de siglo" en: Gaceta Jurídica. Tomo 59, Octubre 1998, p. 69- A y ss., específicamente 70- A

[297] [97] Es el caso de Alberto Rebaza quien se opone con tenacidad a algún tipo de regulación: "Así como el mercado, la regulación estatal es también imperfecta. Conviene por tanto evaluar en cada caso si la intervención estatal no causa mayores problemas que aquellos que pretende resolver. Creo que eso sucede precisamente con gran parte de los artículos de los Decretos Legislativos N°691, sobre normas de publicidad en defensa del consumidor, y N°716, sobre protección al consumidor, que han sido comentados. El consumidor a la larga va a ser perjudicado por normas que buscaron favorecerlo, haciendo vigente una vez más la famosa frase "no me ayudes compadre"". En: "¡No me defiendas compadre! Los efectos económicos de la intervención del Estado en materia de publicidad y de protección al consumidor", en: Themis N°32. Segunda Epoca. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 1995, p.33.

artísticas, que se rigen por la legislación sobre derechos de autor. [298] 98

La interrogante sobre el ámbito de aplicación de la ley no es una cuestión puramente teórica sino de una importante consecuencia práctica. Publicidad es un término que asume como definiciones el "conjunto de medios que se emplean para divulgar o extender la noticia de las cosas o de los hechos", así como la "divulgación de noticias y anuncios de carácter comercial para atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios, etc". [299] 99 [300] 00

Por otro lado, Fernández Novoa precisa que la publicidad comercial es – en conjunto- , aquellas "manifestaciones y comunicaciones que a través de los medios técnicos de difusión se hacen al público de los consumidores con el fin de encaminar su atención hacia los servicios y productos de la empresa y, de este modo, promover y fomentar la contratación de tales servicios y productos". [301] 01

Sin embargo, lo que ha ayudado a precisar el concepto de publicidad comercial y por tanto el ámbito de aplicación de la ley, es la jurisprudencia. Así, en el caso seguido por Productos Rema S.A. contra Luz del Sur S.A. la Sala mediante la Resolución N° 096- 96-

[298] 98 Raventós Marcos, Fernando: Normas de la Publicidad. Editada por Loret de Mola, Venegas & Raventós, Asesores Legales y Comerciales. Lima 1993, p.5

[299] 99 Real Academia Española: Diccionario de la Lengua Española. Tomo II. Vigésima primera edición. Editorial Espasa Calpe S.A. Madrid 1992, p. 1687. Asimismo, es interesante lo señalado por Paolo Portinari: "...Puede decirse que los objetivos fundamentales del fenómeno publicitario admiten 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 ventajas, por lo cual el vendedor debería tener libertad de elección del mensaje publicitario; 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...". En: Portinari, Paolo: "La regulación de la publicidad comercial en Italia" en: Revista Estudios Privados. Editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres. Año I, N°1, Diciembre 1996, p.23

[300] 00 Sobre los diferentes aspectos que se encierran con el término publicidad ha escrito Wolfgang Fritz Haug: "Bajo el término de "publicidad" entendemos una gran variedad de fenómenos cuya delimitación respecto a otros fenómenos ajenos resulta tan difícil como la captación de la relación recíproca. Todos creemos saber lo que es una "cuña" o un "spot publicitario". Pero al intentar forzar esta certeza espontánea y convertirla en una información vinculante, se convierte en una maraña de contradicciones. "Influenciar", "estímulo para comprar", "manipulación", dicen unos, "información sobre productos" dicen otros. Si por "publicidad" se debe entender esfuerzos por convencer, ¿quedan allí incluidos los aspectos de la mera información? Una simple mirada a un escaparate o a un catálogo de mercancías nos enseña que el "embalaje" tiene una significación "publicitaria". Pero sin lugar a dudas, tiene también una simple función protectora: defiende al artículo de las condiciones adversas del entorno(aire, luz, humedad, polvo, golpes) . ¿Es o no el embalaje parte de nuestro objeto?(...) Si buscamos otros fenómenos cotidianos que pertenezcan al ámbito de los conceptos de nuestro título, se confirma la misma impresión. Nombres y marcas de productos, moda, diálogo de venta, decoración, música publicitaria, etc., etc., constituyen una larga serie de fenómenos "de alguna manera relacionados" que, no obstante, en sí están mal unidos...". En: Haug, Wolfgang Fritz: Publicidad y consumo. Fondo de Cultura Económica. México 1989, pp.23- 24

[301] 01 Fernández Novoa, Carlos: Estudios de derecho de la Publicidad. Universidad de Santiago de Compostela 1989, p.57.

TDC, estableció que “el universo de la publicidad comercial se encuentra contenido dentro de un universo mayor que circunscribe la totalidad de la publicidad que se difunde diariamente en territorio nacional”. Así, habría publicidad no comercial, como la institucional, política, etc. Igualmente señala: “ “Publicidad”, como el propio término lo sugiere, es un acto de comunicación pública. No obstante la publicidad que supervisan los órganos funcionales del INDECOPI en aplicación del Decreto Legislativo N° 691 no es meramente de carácter comunicativo o informativo. Adicionalmente, dicha norma exige que esta publicidad tenga una finalidad o un efecto ulterior, esto es, que tenga un carácter “comercial”. Esto significa que el mensaje de dicha publicidad debe girar en torno a bienes o servicios que pueden ser adquiridos o contratados dentro del ámbito económico de las transacciones mercantiles que diariamente se concertan en el mercado y que aquél, además, debe tener como propósito o como efecto fomentar, directa o indirectamente, tales transacciones, captando o desviando, las preferencias de los consumidores”.

La Sala precisa además, que no es “labor de los órganos funcionales del INDECOPI identificar la intención subjetiva del anunciante, sino simplemente la consecuencia objetiva del anuncio en el mercado correspondiente. No es necesario incurrir en costosos procesos para probar la existencia de una intencionalidad específica, siendo suficiente que el anuncio tenga por consecuencia objetiva captar o desviar la demanda por bienes o servicios. Así, si bien la probanza de la intención permitiría sancionar al anunciante, de no probarle dicha intención, bastará el análisis de la consecuencia objetiva que puede producir el anuncio”.

Finalmente, la Sala concluye que “constituye publicidad comercial, para efectos del Decreto Legislativo N° 691, 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”.

Cabe agregar que en el artículo 3° del Decreto Supremo N° 020- 94- ITINCI, Reglamento de la Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor se precisa también que “las disposiciones de la Ley(Decreto Legislativo N° 691) se restringen al ámbito de la publicidad comercial de bienes y servicios, no siendo aplicables a la propaganda política o a cualquier otra forma de comunicación carente de contenido comercial, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 3° de la Ley”.

Queda claro entonces que cuando –para efectos de esta Ley- se hable de publicidad comercial, se refiere a una comunicación que reúna dos requisitos:

1) Deberá ser una comunicación dirigida a un publico consumidor potencial.

2) La comunicación debe tener como finalidad o efecto en el público consumidor, el consumo de bienes y la utilización de los servicios.

Como señala INDECOPI, la definición de publicidad comercial está determinada por la finalidad de la misma, que a su vez se relaciona con la triple función que cumple:

a) Función informativa: consistente en dar a conocer al público la existencia y las características del bien o servicio anunciado;

b) Función persuasiva: cuya finalidad es presentar los beneficios que ofrece dicho

bien o servicio, a fin de convencer al consumidor de que satisface sus necesidades y, por tanto, debería ser elegido entre los demás que se ofrecen en el mercado.

c) Como mecanismo de competencia. [302] 02

También en el artículo 1° se efectúa una serie de definiciones, de enorme utilidad para comprender los elementos considerados por la ley en su aplicación.

Así, con la palabra "anuncio", debe entenderse en su más amplio sentido, comprendiendo inclusive la publicidad en envases, etiquetas y material de punto de venta. Si bien es cierto, se toma como anuncios normalmente a aquellos mensajes de carácter comercial propalados por los medios de comunicación masivos, la Ley señala que debe entenderse como anuncio en su más amplio sentido, lo que nos lleva a comprender una amplia gama de formas de comunicación, siendo lo importante que el mensaje cumpla con las funciones señaladas líneas arriba.

La jurisprudencia lo ha entendido así, y ha tomado como casos de publicidad comercial los anuncios difundidos en: 1) Las páginas amarillas de la guía telefónica(Resoluciones N°022- 1999- CCD y N° 212- 1999- TDC emitidas en el Expediente N°068- 1998- CCD seguido de oficio en contra del señor Germásn Salazar Tamayo, Clínica Día Laser y Clínica San Germán) ; 2) Los anuncios difundidos mediante facsímil(Resolución N°021- 1997/CCD emitida en el Expediente N° 008- 1997/CCD seguido por Expreso Cruz del Sur en contra de Day Cars Import S.R.Ltda..) ; 3) Los anuncios difundidos mediante mailing(Resolución N°060- 1998/CCD emitida en el Expediente N°041- 1998/CCD seguido por Cable Star S.A. en contra de Telefónica del Perú S.A.A.) ; 4) Literatura médica de soporte distribuida a los profesionales de la salud(Resoluciones N°065- 97/CCD y Resolución N°072- 1998/TDC emitidas en el Expediente seguido por Eli Lilly Interamerica Inc. Sucursal del Perú, en contra de Tecnofarma S.A.) ; 5) Publicidad difundida a través del internet(Expediente N°132- 97/CCD seguido por Empresa Editora El Comercio S.A. contra el señor Enrique Giles Torrejón) ; y, 6) Publicidad en envases(Expedientes N°008- 1998/CCD y N°018- 1998/CCD(Acumulado) seguidos por Vita Vida S.A. y la Asociación de Industriales Lácteos- ADIL contra Friesland Perú S.A.) . [303] 03

En cuanto a los envases, el Reglamento de la Ley, en su artículo 2° señala que se entiende como Publicidad en Envases "toda referencia distinta a la información propia de las normas del rotulado, y a la información técnica del producto". La primera se refiere al nombre y domicilio legal sea del fabricante o del distribuidor, la identificación del producto y su contenido neto. La segunda información está relacionada con el nombre del producto y otros aspectos de utilización. La legalidad de la información propia de las normas del

[302] 02 "Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial"(Resolución N° 001- 2001- LIN- CCD / INDECOPI) . Separata Especial aparecida en: El Peruano del 20 / 07 / 2001, p. 22. En una anterior oportunidad INDECOPI sólo señalaba la existencia de dos funciones de la publicidad comercial. En: "Lineamientos sobre Publicidad Comercial"(Resolución N°021- 2000/CCD- INDECOPI) , publicada en: INDECOPI. Jurisprudencia. Precedentes de Observancia Obligatoria. Editorial Normas Legales. Trujillo 2000, pp.715 y ss., específicamente p.717.

[303] 03 "Lineamientos..." Trujillo 2000, pp.715 y ss., específicamente p.718. Lo señalado anteriormente fue nuevamente mencionado en: "Lineamientos..." El Peruano del 20 / 07 / 2001, p. 23.

rotulado y la información técnica del producto, tendrá que ser vista a la luz de las normas de represión de la competencia desleal.

Con la palabra “producto” se comprende también a los servicios. Esta definición de producto implica entonces no sólo comprender a los bienes sino también a los servicios dentro del término genérico de productos. Este tratamiento puede tener dos explicaciones. La primera, obedecería a que los bienes y servicios son “producidos”, presentándose los productos en la economía contemporánea como una combinación de bienes y servicios(el caso del sistema delivery es un ejemplo de lo que venimos diciendo, ya que combinan el bien y el servicio a domicilio) . Pero, existe a su vez otra explicación, que indica que lo que se intenta es evitar que se haga referencia a los términos “productos y servicios” cada vez que se mencione al objeto de la publicidad. Lo cierto es que, según lo señalado por la ley, cada vez que se mencione producto, se tendrá que comprender dentro de este término a los servicios.

Asimismo, con la palabra “consumidor”, se refiere a cualquier persona a la que se dirige un anuncio publicitario o que es susceptible de recibirlo. Esto indica que no tendremos como consumidor a un sujeto en específico, como sí sucede en la aplicación de la Ley de Protección al Consumidor- como destinatario final de bienes o servicios- . En esta Ley de Publicidad Comercial, como consumidor se tiene a cualquier persona a la que se dirige un anuncio publicitario o que es susceptible de recibirlo. Lo anterior ha sido ratificado en la jurisprudencia, en el caso seguido por Industria Nacional de Baldosas Acústicas S.A. contra A.I.S. Perú S.A.: “a diferencia de la legislación sobre protección al consumidor, las normas en materia de publicidad comercial tienen una concepción más amplia de los sujetos beneficiados con la protección concedida por dicho cuerpo legal, incluyendo dentro de los mismos a todo aquel que pueda recibir un mensaje publicitario, independientemente del lugar que ocupa dentro de la cadena de producción. Así, para el Decreto Legislativo N° 691, constituye “consumidor” no sólo el usuario final de los productos o servicios anunciados, sino también los distribuidores, comerciantes y, en general, todo aquel que se encuentre en la posibilidad de recibir el mensaje del anunciante...”(Resolución N°004- 2000/CCD- INDECOPI) .

Con la palabra “agencia de publicidad” o “publicitario”, se refiere a cualquier persona natural o jurídica que brinde servicios de diseño, confección, organización y / o ejecución de anuncios y otros productos publicitarios.

Con la palabra “anunciante”, se refiere a toda persona, natural o jurídica, en cuyo interés se realiza la publicidad. Se señala que el constituirse en “anunciante” es muy independiente de ser quien contrató la transmisión de los mensajes comerciales. En muchos casos no es el beneficiario directo de la publicidad quien contrata sino la agencia de publicidad. Si se tomara como criterio para determinar quién es anunciante a aquel que contrata los servicios de transmisión, se tendría como responsable a la agencia de publicidad y no al que fabrica el producto o en su caso al prestador del servicio, lo cual no es correcto.

Por ello, jurisprudencialmente se ha establecido que la calidad de anunciante tiene que ver con el ser beneficiario directo del anuncio. En el caso seguido contra Mazaly S.A. e Inversiones Profesionales S.A. se señaló que: “De acuerdo a lo manifestado por la

propia empresa Mazaly está comprendida dentro del supuesto de anunciante transcrito anteriormente, toda vez que las afirmaciones publicitarias materia de denuncia se refieren al producto "The Real Cream of Nacar" que aquella fabrica. En tal sentido, esta Sala concuerda con la Comisión respecto a que Mazaly resulta ser beneficiaria directa de los anuncios difundidos en el programa "La mejor manera de vivir" por lo que resulta responsable incluso en el caso que Inversiones Profesionales hubiera elaborado o difundido el referido programa por su propia cuenta"(Resolución N° 174- 97- TDC) [304] [04]. La precisión hecha es muy importante ya que indica la prevalencia de quién es el beneficiario directo para determinar al anunciante, no importando si éste último contrato o no la transmisión del anuncio, aspecto que queda en segundo plano.

No obstante lo anterior, el determinar quien contrato los servicios de transmisión del mensaje comercial alcanza un primer plano de importancia, cuando demuestre la empresa supuestamente beneficiaria, que este hecho ocurrió por la conducta maliciosa de un competidor.

Y, finalmente, con la palabra "medio de comunicación" se refiere a todas las empresas que brinden servicios de carácter audible, audiovisuales y / o impresos, de acuerdo con el Reglamento y que operan o se editan en el país. El Reglamento de la Ley, ha precisado lo que se entiende por medio de comunicación. Así en el artículo 2° del Reglamento, se hace referencia a "toda empresa que brinde servicios en cualquiera de las formas a través de las cuales es factible dirigirse a una pluralidad de personas para comunicar un mensaje comercial, ya sea de manera personalizada o impersonal, por medio de correspondencia, televisión, radio, teléfono, facsímil, periódicos, revistas, afiches, volantes o cualquier otro medio análogo, que operan o se editan en el país". Esto también ha sido reiterado en la jurisprudencia de INDECOPI. Así, en la Resolución N° 0203- 1999/CCD en el caso seguido por British American Tobacco Limited Sucursal del Perú contra Tabacalera Nacional S.A., Municipalidades de Barranco, Magdalena del Mar, Santa Anita, Jesús María, Ate Vitarte, Punto Visual y B&G del Perú S.A.C.

Por otro lado, en el artículo 2° se prescribe que las normas deben interpretarse y aplicarse de buena fe, en armonía con los principios de la ética o deontología publicitaria generalmente aceptados. Con este artículo se incorpora el principio de la buena fe en la interpretación y aplicación en general de las normas sobre publicidad.

Buena fe consiste- según expresa Delgado Zegarra- , en el proceder honesto, de acuerdo con la ley y la conciencia moral. La buena fe significa confianza, seguridad, honestidad, cumplimiento de la palabra empeñada. [305] [05] A nuestro modo de ver, actuar de buena fe es actuar de acuerdo a la ley y a la conciencia, con convicción en que se está actuando bien. Puede actuarse en distancia con la ley, pero, no obstante actuarse de buena fe.

Este artículo 2° nos indica no sólo que las normas se interpretarán y aplicarán de buena fe, sino que, además, debe hacerse en armonía con los principios de la ética o

[304] [04] Lineamientos..." Trujillo 2000, pp.715 y ss., específicamente p.720.

[305] [05] Delgado Zegarra, Jaime: La competencia desleal en la actividad económica. Tesis para optar el grado de Bachiller en derecho. Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa. Arequipa 1981, p.60.

deontología publicitaria generalmente aceptada. Es decir, lo que señala este artículo es que en última instancia nos debemos remitir a lo que establezcan los códigos de ética en publicidad, es decir, planteamientos autoregulatorios sobre la actividad publicitaria.

El segundo párrafo del artículo 2° establece que los anuncios deben ser juzgados teniendo en cuenta que el consumidor queda influenciado mediante un examen superficial del mensaje publicitario. La ley entonces piensa en un tipo de consumidor, un perfil del mismo. Según lo manifestado en los "Lineamientos sobre Publicidad Comercial", el ámbito de protección de las normas de publicidad en defensa del consumidor está referido a los consumidores que se desenvuelven en el mercado con diligencia ordinaria a fin de tomas decisiones prudentes; es decir, aquellos que antes de tomar decisiones de consumo, adoptan precauciones comúnmente razonables y se informan adecuadamente acerca de los bienes o servicios que les ofrecen los proveedores.[306] 06

Además, cuando este artículo se refiere a un "examen superficial" del mensaje publicitario hecho por el consumidor, no se debe interpretar esto, que dicho examen sea uno descuidado o tomado de manera irresponsable. Lo que señala la ley, en definitiva, es que el "examen superficial" debe ser considerado como no exhaustivo ni profundo, no pudiéndosele exigir al consumidor un análisis de experto y de detalle del mensaje.

El criterio anterior ha quedado plasmado en el caso seguido de oficio contra Liofilizadora del Pacífico S.R.Ltda.., Omniagro S.A. y Cuarzo Publicidad S.A., en la que se estableció: "...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 estas 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 siempre que no vulnere el principio de buena fe comercial..."(Resolución N°52- 96- TRI- SDC) .[307] 07

En el tercer párrafo del artículo 2° se introduce el principio de integralidad, por medio del cual, las normas se aplican a todo el contenido de un anuncio, incluyendo las palabras y los números, hablados y escritos, las presentaciones visuales, musicales y efectos sonoros. Lo que refiere este artículo es que para la determinación si un anuncio está infringiendo la ley, se debe hacer un análisis conjunto de todos los elementos conformantes del mencionado anuncio. Es cierto que en todo anuncio – como expresa Delgado Zegarra y Cáceres Valle [308] 08 - existe siempre una "parte llamativa", de cuyo significado concreto depende el significado general del anuncio, pero, además debe

306 06 "Lineamientos..." Trujillo 2000, pp.715 y ss., específicamente p.726.

307 07 "Lineamientos..." El Peruano del 20 / 07 / 2001, p. 28.

308 08 Delgado Zegarra, Jaime y Cáceres Valle, Crisólogo: Publicidad. Régimen jurídico y práctica comercial. Instituto de Derecho del Consumidor. Lima 1993, p37.

observarse todo el conjunto respetando este principio de la integralidad.

Como ejemplo de lo anterior se tiene el caso seguido por Sociedad Andina de los Grandes Almacenes S.A. contra Tiendas por Departamentos Ripley S.A.. La denunciada difundió anuncios con las frases “Sólo en...encontrarás el exclusivo 21’ Wega de Sony a un precio único US$499”, “4 años de garantía PRODUCTO EXCLUSIVO EN....”, las mismas que, interpretadas de una manera integral y superficial, eran susceptibles de dar a entender a un consumidor razonable que la referida empresa era la única empresa que vendía el televisor de 21’ WEGA de SONY, siendo los 4 años de garantía un beneficio adicional ofrecido por esta empresa y no una característica del producto en sí.(Expediente N°091- 1999/CCD) .[309] 09

2.2.2. CONDUCTAS PUBLICITARIAS ILICITAS

A) Publicidad contra el principio de legalidad, contra el principio de no discriminación, y, publicidad en favor o estimulo de conductas antisociales.

El artículo 3, en su primer párrafo, establece que los anuncios deben respetar la Constitución y las leyes, texto que es expresión del principio de legalidad. Por este principio entonces, los mensajes publicitarios de carácter comercial no pueden ir en contra del ordenamiento jurídico nacional, sea la Constitución o las leyes, sobre todo cuando existen ciertos productos o servicios cuya publicidad va a tener una regulación de carácter especial - como es el caso de los medicamentos, de los productos derivados del tabaco, de las llamadas telefónicas de contenido erótico- . Es allí, en donde el principio de legalidad(o de respeto a la regulación) se hace doblemente cierto.

Asimismo, dentro de este artículo 3° se señala que ningún anuncio debe favorecer o estimular cualquier clase de ofensa o discriminación racial, sexual, política o religiosa. Seguidamente se establece que los anuncios no deben contener nada que pueda inducir a actividades antisociales, criminales o ilegales o que parezca apoyar, enaltecer o estimular tales actividades.

En los “Lineamientos”, la Sala ha advertido que no se prohibe la difusión de cualquier frase o imagen que pudiese ser considerada discriminatoria u ofensiva, la ley no prohibe anuncios que presenten conductas antisociales, criminales o ilegales, sino sólo aquellos que tengan como efecto o resultado “favorecer o estimular” determinados tipos de discriminaciones u ofensas: las raciales, sexuales, sociales, políticas o religiosas. “Ello es así- explica la Sala- porque la ley no pretende regular el mercado de las ideas. Cada cual es libre de expresar sus pensamientos y sus creaciones en la forma en que estime pertinente y, lo que para algunos puede ser discriminatorio u ofensivo, para otros puede no serlo necesariamente”. De lo cual concluye, que los anunciantes “no deben incluir en sus anuncios frases o imágenes que objetivamente generen en el mundo real conductas ofensivas o discriminatorias mediante la utilización de los siguientes elementos: (i) una distinción o diferenciación, (ii) un motivo o razón injustificado en que se base tal distinción o diferenciación y (iii) un efecto negativo en la persona distinguida o diferenciada” [310] 10

El aspecto que más controversia ha generado es una posible discriminación en

[309] 09 “Lineamientos...” El Peruano del 20 / 07 / 2001, p. 23.

cuanto al sexo. Así, se verificaron diversas denuncias por discriminación sexual como el caso seguido por DEMUS contra Savoy Brands Perú S.A. y McCann Erickson Corporation Publicidad S.A.(Resolución N°283- 97- TDC) ; en el caso seguido por DEMUS contra Euromotors S.A..(Resolución N° 220- 1998/TDC) y, en el caso seguido por DEMUS contra Unión de Cervecerías Backus & Johnston S.A y Publicistas Asociados S.A.(Resolución N° 333- 1999/TDC) , procesos en los que se declaró infundada la denuncia presentada..[311] 11

Es criterio de la Sala, no limitar la difusión de mensajes publicitarios, aún cuando estos sean tachados de mal gusto. En el caso seguido por DEMUS contra Savoy Brands Perú S.A. y McCann Erickson Corporation Publicidad S.A., la denuncia se presentó por el anuncio de papas fritas en el que el personaje "Tarzán" pedía a un chimpancé de nombre "Chita" que le invitase del producto que estaba comiendo a cambio de lo que desease. El chimpancé solicitaba a "Tarzán" a cambio de la bolsa de papas, la pareja del hombre llamada "Jane", accediendo finalmente al pedido. La Sala estableció que en este caso un consumidor razonable podía distinguir entre la realidad y la fantasía y, por lo tanto, no sería estimulado por el anuncio a originar en la realidad una ofensa o un acto de discriminación contra la mujer. (Resolución N° 283- 97- TDC) .

En el caso seguido por DEMUS contra Unión de Cervecerías Backus & Johnston S.A y Publicistas Asociados S.A, se pronunció INDECOPI por establecer que no constituyen per se casos de ofensa o discriminación los anuncios en que se utilizan modelos(hombres y mujeres) vestidos con ropa de baño para la promoción de una bebida gaseosa, cerveza, automóvil o computadora, señalando: "...el anuncio publicitario materia de denuncia muestra parte de los cuerpos de dos mujeres y un hombre en condiciones similares, vestidos con ropa de baño, no pudiendo afirmarse que dicha escena tenga el efecto de incentivar ofensa o discriminación alguna al relacionar la esbeltez y estética de los dichos cuerpos con el consumo de un producto, siendo pertinente señalar que ésta constituye una estrategia muy utilizada, especialmente en la publicidad de productos denominados "lights"...".(Resolución 917- 96- INDECOPI/TRI) .

Otro caso, en donde si se declaró fundada la denuncia por infracción a lo preceptuado en el artículo 3°, fue en el anuncio de una bebida gaseosa en el cual aparecía la imagen de un deportista destacado realizando ejercicios y que al preguntársele por qué entrenaba tanto, respondía que lo hacía "por si se quedaba sin sencillo" y al mismo tiempo pateaba una máquina expendedora de gaseosas, extrayendo una bebida sin depositar el importe correspondiente a dicho producto. La Comisión determinó que este anuncio estimulaba objetivamente una conducta delictiva.(Resolución N°029- 1998/CCD) .[312] 12

[310] 10 "Lineamientos..." Trujillo 2000, pp.715 y ss., específicamente p.743. Dichos aspectos son reiterados en: "Lineamientos..." El Peruano del 20 / 07 / 2001, p. 35.

[311] 11 "Lineamientos..." Trujillo 2000, pp.715 y ss., específicamente p.743, 744 y 745. Dichos ejemplos son reiterados en: "Lineamientos..." El Peruano del 20 / 07 / 2001, p. 35.

[312] 12 "Lineamientos..." Trujillo 2000, pp.715 y ss., específicamente p.745. Dicho ejemplo es reiterado en: "Lineamientos..." El Peruano del 20 / 07 / 2001, p. 35.

B) Publicidad Engañosa

En el artículo 4°, en su primer párrafo, se establece que los anuncios no deben contener informaciones 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. Con esta parte del artículo 4° entonces, queda plasmado el principio de la veracidad en la publicidad.

En los Lineamientos [313] 13 – a los que seguimos- se ha señalado que la aplicación del principio de veracidad a los anuncios que se difunden en el mercado - contenido en el artículo 4°- está en función al tipo de informaciones contenidas en ellos. Así, según la Resolución N° 014- 97- TDC, la Sala estableció que las afirmaciones que, por la forma como han sido formuladas contienen información que pueda ser calificada como objetivamente verificable por un consumidor razonable, 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. Todo depende en suma, de cómo es percibida una afirmación por el consumidor razonable.

Las afirmaciones objetivas son concebidas como objetivamente comprobables y- como se manifiesta en los "Lineamientos"- pueden tomarse como ejemplos las afirmaciones siguientes: "con peso certificado" o "80% de descuento en toda la línea de ropa para damas".

Jurisprudencialmente, se cita como ejemplos de afirmaciones objetivas, en primer lugar, el caso seguido de oficio contra Telefónica del Perú S.A., por el hecho de que esta empresa prestadora de servicio de telefonía móvil difundió anuncios en los que se afirmaba que, como consecuencia de los anteriores planes tarifarios aplicados a sus clientes- los mismos que eran elaborados sobre la base del redondeo al minuto y la modalidad "el que llama paga"- , se había logrado una reducción de 18.75% en la facturación promedio de los abonados a celulares. Sin embargo, al momento de solicitar la presentación de los documentos para acreditar la veracidad de las afirmaciones expuestas, la anunciante indicó que estaba referido a un estimado a la fecha en que entró en vigencia el sistema "el que llama paga" y que era el resultado de relacionar de manera general la facturación del universo de las llamadas salientes y entrantes correspondientes al total de llamadas registradas por esa empresa en la fecha de difusión del anuncio, con el universo de llamadas salientes para el mismo período. La empresa denunciada indicó que era materialmente imposible proporcionar la información solicitada. Entonces, al no contar la empresa con los documentos sustentatorios de lo afirmado, la Comisión y la Sala, mediante Resolución N° 037- 97- CCD y Resolución N°046- 1998- TDC respectivamente, declararon fundada la denuncia.

En segundo lugar, asimismo, el caso seguido por Cablestar contra Telefónica del Perú S.A., en el que el anunciante remitió cartas a distintas empresas en la ciudad de Arequipa, mediante las cuales les ofrecía el servicio de cable, indicando, entre otros

313 13 "Lineamientos..." Trujillo 2000, pp.715 y ss., específicamente p.732 y ss. Reiterado lo dicho en: "Lineamientos..." El Peruano del 20 / 07 / 2001, p. 29.

beneficios, que su servicio era el “único con fibra óptica en la red de distribución”. Al ser impelido a demostrar dicha afirmación, la denunciada señaló que la afirmación consistía en una exageración publicitaria y, por ende, no estaba sujeta a comprobación alguna. La Comisión, mediante la Resolución N° 060- 1998- CCD- INDECOPI, señaló en definitiva que el término “único” imprimía al anuncio el carácter de afirmación objetiva, y consecuentemente sujeta a verificación o comprobación.

Por su parte, las afirmaciones subjetivas- dicen los Lineamientos- , “no producen en éste(el consumidor) un convencimiento respecto a determinadas características de los productos o servicios anunciados, sino más bien la sensación de que el anunciante le presenta declaraciones de parte mediante las cuales intenta convencerlo para que consuma el producto anunciado”

En referencia de las afirmaciones subjetivas, el Reglamento de la Ley especifica en su artículo 5°, que en la publicidad comercial está permitido el uso del humor, la fantasía y la exageración en la medida que tales recursos no impliquen un engaño para el consumidor o constituyan infracción a las normas sobre publicidad. Asimismo señala que los anuncios en los que se realice exhibición de juguetes que involucren la construcción, modelaje, pintura, dibujos y similares, no deberán exagerar las facilidades de su ejecución. Por tanto, según este artículo del Reglamento, de primera intención se permite el humor, la fantasía y la exageración en la publicidad comercial, salvo que dichos aspectos no impliquen un engaño para el consumidor(aquí también se tomará en cuenta la percepción del consumidor) y no constituyan infracción a las normas de publicidad(es decir, publicidad denigratoria, imitativa, entre otras) .

En el caso de afirmaciones subjetivas, la jurisprudencia tiene también buenos ejemplos. Así, el caso seguido por Fábrica de Accesorios Electrónicos S.A. contra The Gillette Company y Gillette del Perú S.A., en la que la denunciada expresaba en una frase publicitaria lo siguiente: “la mejor desechable del mundo”. La Comisión mediante la Resolución N° 070- 95- CPCD estimó que dicha frase constituía una exageración publicitaria, y con ella un consumidor no podría ser inducido a error, por lo que se declaró infundada la denuncia.

Igualmente, el caso seguido por Schering Peruana S.A. contra Silesia Perú S.A., en el que se anunciaba un producto farmacéutico como “el mejor producto”, afirmación que aisladamente considerada era tomada como afirmación subjetiva. Sin embargo, al analizar en su integridad el anuncio, se leía lo siguiente: “Novafac es el resultado de la mejor asociación científica y clínicamente comprobada en la terapia asociada de reemplazo hormonal: Los Estrógenos Conjugados de Equino y Medroxiprogesterona Acetato”. El anuncio completo, cambió la apreciación de la Comisión, señalando que en realidad era una afirmación de carácter objetiva y, por tanto, sujeta a comprobación.

Por otro lado, el artículo 4° señala que también puede incurrirse en infracción al principio de la veracidad por omisión, es decir, si bien es cierto, se informa, se hace omitiendo la información sobre el producto que resulta esencial para la elección del consumidor.

Se ha señalado en los Lineamientos [314] 14, los criterios aplicables para determinar si una información resulta relevante. Estos son: a) Que la información omitida no resulte

previsible por un consumidor razonable dados los usos y costumbres existentes en el mercado; b) Que la omisión de información desnaturalice las condiciones en las que se realizó la oferta en el anuncio.

Dentro de la jurisprudencia, se encuentra el caso, en el que Ripley S.A. en un anuncio señalaba que por la compra de un televisor se obtenía gratuitamente la instalación y el servicio por dos meses de cable, sin añadir nada sobre posibles restricciones. En este caso se había omitido una información esencial: para obtener los beneficios de la promoción, tenía que suscribirse un contrato por dos años con la empresa del servicio del cable(Resolución N° 012- 1999/CCD) .

Por otro lado, pueden darse casos de inducción a error relacionados con la procedencia empresarial de los productos anunciados, utilizando en la publicidad, marcas y otros signos distintivos de propiedad de terceros. La Comisión ha establecido que será competente para analizar si constituye una infracción al principio de veracidad, el uso en la publicidad de una marca u otro signo distintivo de propiedad de un tercero, sin la correspondiente autorización, en la medida que esa utilización sea susceptible de inducir a error o confusión al consumidor con relación al origen empresarial de los productos o servicios anunciados, sin perjuicio de que el titular de la marca en cuestión, pueda ejercer las acciones por infracción a los derechos de propiedad industrial ante los órganos pertinentes.[315] 15

En la jurisprudencia se tiene el caso seguido por Transportes Visa S.R.L. contra Transportes Arellano de Personal S.A., en la que la empresa denunciada había difundido algunos anuncios en los que utilizó la imagen de un autobús en la que se incluía la denominación de la empresa denunciante. La Comisión, previo informe de la Oficina de Signos Distintivos, mediante la Resolución N° 055- 1998- CCD, declaró fundada la denuncia en la medida que la inclusión y por tanto el uso de la denominación de la denunciante no se encontraba entre los casos permitidos en la ley de propiedad industrial ni a su vez se encontraba entre los casos de publicidad comparativa, forma publicitaria que si permitiría el uso de denominaciones.

El tercer párrafo del artículo 4° señala que los anuncios que expresen precios deberán consignar el precio total del bien o servicio, incluido el Impuesto General a las Ventas que corresponda. Cuando se anuncie precios de ventas al crédito deberá incluirse, además el importe de la cuota inicial, el monto total de los intereses y la tasa efectiva anual, el monto y detalle de cualquier cargo adicional, el número de cuotas de pagos a realizar y su periodicidad.

Lo señalado tiene que concordarse con lo establecido en el Reglamento, en el artículo 12°:

“Artículo 12°. El monto anunciado como precio del producto deberá comprender los

[314] 14 “Lineamientos...” Trujillo 2000, pp.715 y ss., específicamente p.735.Reiterado en: “Lineamientos...” El Peruano del 20 / 07 / 2001, p. 31.

[315] 15 “Lineamientos...” Trujillo 2000, pp.715 y ss., específicamente p.737- 738. Reiterado en: “Lineamientos...” El Peruano del 20 / 07 / 2001, p. 31- 32.

pagos por todo concepto, tales como impuestos, gastos de administración y cualquier otro desembolso que deba realizar el comprador.

"En caso de que se anuncie el pago del precio a plazos, deberá indicarse además:

"a.- Si se señala específicamente la forma de pago: su cuota inicial si la hubiere y el número, periodicidad y monto de las cuotas restantes. El monto de las cuotas incluirá los intereses y cualquier de cargo adicional aplicable, salvo que se opte, por consignar separadamente el monto de estos conceptos o se indique la tasa efectiva de interés y porcentaje o tasa de los cargos adicionales, consignando su carácter mensual o anual.

"b.- Si sólo se hace referencia de modo general a las condiciones del pago a plazos: el monto o porcentaje mínimo de la cuota inicial, si la hubiere, el plazo o número de cuotas para el pago del precio total o del saldo, la tasa de interés efectiva y tasa o porcentaje de los otros cargos adicionales que fueran aplicables, señalándose su carácter mensual o anual.

"En cualquiera de estos casos, deberá consignarse al mismo tiempo en el anuncio, claramente, el precio total al contado".

Como se podrá apreciar, no se manda que se consigne el precio del producto en el anuncio hecho. No obstante, si el anunciante decide incluirlo, deberá ser el monto final, comprendiéndose dentro de éste, todos los desembolsos que tendría que hacer el comprador.[316] 16

Igualmente, en relación a la publicidad de créditos de consumo e hipotecario, la Sala se ha pronunciado de la siguiente forma:

"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 o hipotecario que ofrecen, debe 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.

316 16 "Lineamientos..." Trujillo 2000, pp.715 y ss., específicamente p.738- 739. Reiterado en: "Lineamientos..." El Peruano del 20 / 07 / 2001, p. 32.

En caso 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".(Expediente N° 098- 97- CCD, del caso seguido contra el Banco Sudamericano S.A.) .[317] 17

C) Publicidad Encubierta

El principio de autenticidad queda plasmado en el artículo 6° de la Ley, al señalar que los anuncios deberán distinguirse claramente como tales, cualquiera que sea su forma y el medio empleado para su difusión. Asimismo, establece que cuando un anuncio aparezca en un medio que contenga noticias, opiniones, o material recreativo, se presentará de tal forma, que sea reconocible como anuncio. En el último párrafo del artículo en mención, se señala que siempre que una agencia de publicidad o publicitario haya realizado un anuncio, deberá colocar en el mismo su nombre, logotipo, o cualquier otro signo que permita su clara identificación.

Asimismo, en el Reglamento se establece en su artículo 7° que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 6° de la Ley, los anuncios que resulten similares a las noticias periodísticas deberán consignar los términos "publirreportaje" o "anuncio contratado" en el mismo tipo y dimensión de la letra utilizada en el texto.

La fundamentación del principio de autenticidad radica en que debe propenderse una transparencia de la información, libre de distorsiones, resguardando la percepción del consumidor. Así, se establece que la publicidad debe ser distinguible como tal, cualquiera que sea su forma y el medio empleado para su difusión. Este mandato es aplicable específicamente cuando en el medio donde aparezca el anuncio, contenga noticias, opiniones o material recreativo.

La Sala ha establecido [318] 18– con un precedente de observancia obligatoria(Resolución N° 289- 97- TDC en el caso seguido de oficio contra Editorial Letras e Imágenes S.A.) - los elementos que han de tenerse en cuenta en la determinación de aquellos casos en los que la apariencia de un anuncio pueda inducir al consumidor a creer que se trata de una noticia, siendo dichos elementos los siguientes:

1) El anuncio se presenta de tal modo que un consumidor razonable no podría identificar fácilmente su verdadero carácter. Es caso común que la publicidad encubierta se incluya en los espacios informativos de algún medio de comunicación, utilizando el

317 17 "Lineamientos..." Trujillo 2000, pp.715 y ss., específicamente p.741. Reiterado en: "Lineamientos..." El Peruano del 20 / 07 / 2001, p. 33.

318 18 "Lineamientos..." Trujillo 2000, pp.715 y ss., específicamente p.746. Reiterado en: "Lineamientos..." El Peruano del 20 / 07 / 2001, p. 36.

formato, diseño, caracteres tipográficos, escritura y/o extensión de las notas periodísticas o reportajes característicos de dichos medios.

2) El efecto persuasivo de la publicidad encubierta difiere de aquél que se produciría si la misma información fuese presentada abiertamente como un anuncio publicitario. Este es un aspecto central en la publicidad encubierta pues, el consumidor recibe una aparente opinión imparcial de lo expuesto en el medio de comunicación, distorsionando su percepción. Por tanto, como manifiesta la Sala, no nos encontramos ante esta modalidad de publicidad en los casos en que el contenido de la publicidad fuese de tal naturaleza que un consumidor razonable no apreciara diferencias si el mensaje proviniera del medio de comunicación o del anunciante.

3) Necesidad de que exista un pago o cualquier otra prueba que acredite la intención del medio de efectuar publicidad encubierta.

D) Confusión Publicitaria

El principio de libre y leal competencia queda plasmado en el artículo 7° de la Ley, al señalar- en su segundo párrafo- , que 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 pueda dar lugar a error o confusión.

La fundamentación de la norma en cuestión, es evitar que los consumidores puedan ser inducidos a error o confusión sobre el origen empresarial de los productos, por medio de anuncios que imiten elementos que hayan sido utilizados ya en otros mensajes, elementos que pueden referirse al esquema general, el texto, el eslogan, la presentación visual, la música o efectos sonoros.

Se señalan como elementos concurrentes que tipifican la infracción, los siguientes: 1) la imitación del esquema general, el texto, el eslogan, la presentación visual, la música o efectos sonoros que forman parte de otro anuncio publicitario; y 2) que dicha imitación induzca a error al consumidor, respecto del origen empresarial del producto o del servicio anunciado.[319] 19

En cuanto al primer elemento, la Sala ha señalado que no es necesario que el anuncio primigenio sea original, conforme a los términos establecidos por el Decreto Legislativo N° 822 sobre el Derecho de Autor, siendo suficiente que el anuncio sea distintivo. Asimismo, para que la imitación sea ilícita, no se requiere que la misma resulte una copia, de acuerdo con la legislación pertinente, siendo suficiente que la imitación induzca a error al consumidor como consecuencia de una interpretación integral y superficial del anuncio.

En relación al segundo elemento concurrencial, al señalarse que se requiere que la imitación induzca a error al consumidor, cabe pensar entonces, que si la imitación no tiene tal consecuencia, entonces estamos frente a una imitación lícita.

Como ejemplo de este tipo de conducta publicitaria infractora, se cita los casos

[319] 19 "Lineamientos..." Trujillo 2000, pp.715 y ss., específicamente p.747. Reiterado en: "Lineamientos..." El Peruano del 20 / 07 / 2001, p. 36

acumulados seguidos entre Editores de Medios Publicitarios S.R.Ltda.., Editores de Medios Exclusivos S.R.Ltda., Gianfranco Bacigalupo Gigliano, Inter. World Network(Perú) S.A. y Orestes Bacigalupo Giugliano, en el que una empresa que editara un directorio especializado en computación e informática, difundió anuncios promocionando dicha publicación, usando la misma fotografía, texto y esquema empleado por uno de sus competidores para promocionar una publicación del mismo carácter. Al comprobarse que la empresa denunciada había utilizado las imágenes de un mensaje publicitario ya difundido con anterioridad, se estableció mediante las Resoluciones N° 036- 97- CCD y N°027- 1999- TDC- INDECOPI, que esta imitación era susceptible de inducir a error a un consumidor acerca de la procedencia empresarial de la publicación denunciada, declarándose fundada la denuncia.[320] 20

E) Publicidad Denigratoria

El principio de libre y leal competencia queda también plasmado en el artículo 7° de la Ley, al establecer – en su último párrafo- que los anuncios no deben denigrar ninguna empresa, marca, producto o aviso, directamente o por implicación, sea por desprecio, ridículo o cualquier otra vía.

La situación de competencia en el mercado genera ineludiblemente ciertos roces entre las empresas participantes, que pueden causar perjuicios concurrenciales en ellas. Estos perjuicios tendrán el carácter de lícitos, si es que son consecuencia de una competencia libre y leal.

Si, por el contrario, los perjuicios son ocasionados, por ejemplo- en el caso específico de la publicidad- porque el anunciante difunde mensajes comerciales que ofenden o agravian injustificadamente ante el consumidor, a otra empresa, marca, producto o aviso, tendrán el carácter de ilícitos.

La ley en su artículo 7°, señala que la denigración puede hacerse directamente o por implicación. Estaremos ante una denigración directa, cuando- como su nombre indica- se ofende o agravia directamente, utilizando los elementos del anuncio, a un competidor identificado o identificable por los destinatarios del mensaje difundido. En el caso de la denigración por implicación, al contrario de la anterior, no se realiza una ofensa directa, sino que de los elementos del mensaje publicitario, emana que está referida a un competidor identificable.

Ejemplo de la denigración directa es el caso seguido por Deterperú S.A. contra Surfac S.A. y Art Directors, en el que en un anuncio de la empresa denunciada, referido a una crema para lavar vajilla “Ayudín”, se afirmaba que para lavar los platos y otros utensilios de cocina, el producto publicitado era mejor que aquellos detergentes “sacagrasa”, empleados para lavar la ropa, observándose simultáneamente que una ama de casa arrojaba despectivamente una bolsa del conocido detergente “Ace”, identificado plenamente. La Comisión y el Tribunal, mediante las Resoluciones N° 090- 94- INDECOPI- CONASUP y N° 1021- 94- TDCPI, respectivamente, determinaron que el anuncio denigraba directamente al detergente para ropa.[321] 21

[320] 20 “Lineamientos...” Trujillo 2000, pp.715 y ss., específicamente p.747. Reiterado en: “Lineamientos...” El Peruano del 20 / 07 / 2001, p. 36.

Ejemplo de la denigración por implicación, es el caso seguido por Quality Products S.A. contra Inversiones Profesionales S.A. y Vita 2000 Perú E.I.R.L., en el que en la publicidad de un producto cosmético, a la par que se señalaba que dicho producto era original y legítimo, se decía que si no era de esa marca el producto no era auténtico. El Tribunal, considerando que tal afirmación era susceptible de verificación, y no pudiéndose comprobar dicha veracidad, consideró mediante la Resolución N° 0320.1999/TDC-INDECOPI, había generado un descrédito injustificado a la calidad de los productos de otras marcas competidoras. [322] 22

2.2.3. MANIFESTACIONES PUBLICITARIAS RESTRINGIDAS

a) Publicidad Comparativa

No siempre estuvo permitida la publicidad comparativa. [323] 23 Se señala que en Estados Unidos era una técnica poco usada hasta el año 1973, cuando la Comisión Federal de Comercio promovió su utilización al dictaminar que el hecho de nombrar la marca de un competidor no implicaba un caso de competencia desleal. [324] 24

En nuestro país su aceptación ha sido progresiva. Así en el Decreto Supremo N° 001- 71- IC- DC, Reglamento de la Ley General de Industrias(D. L: N° 18350) , en el

[321] 21 "Lineamientos..." Trujillo 2000, pp.715 y ss., específicamente p.749. Reiterado en: "Lineamientos..." El Peruano del 20 / 07 / 2001, p. 37

[322] 22 "Lineamientos..." Trujillo 2000, pp.715 y ss., específicamente p.749. Reiterado en: "Lineamientos..." El Peruano del 20 / 07 / 2001, p. 38.

[323] 23 Existen argumentos a favor y en contra de la publicidad comparativa. Aida Kemelmajer señala entre los argumentos a favor el que coloca al consumidor en mejor situación, pues crece su información; cuando es directa, no engañosa, disminuye los costos de información del consumidor; la probabilidad de que los consumidores descubran un engaño es mayor en la publicidad comparativa que en la restante publicidad porque aumenta la atención de los consumidores, frente al engaño reaccionan en forma más rápida y agresiva que tratándose de otro tipo de publicidad; promueve la calidad de los productos, consecuentemente, mejora la producción; favorece la competencia al facilitar el acceso a los mercados de nuevos productos; respeta el derecho a la información, a la libertad de opinión y expresión. Entre los argumentos en contra, la autora mencionada indica: constituye una agresión a la esfera jurídica privada del empresario aludido en el anuncio comparativo, ya que todo empresario tiene derecho al anonimato; existe un derecho a que los competidores no se entrometan en la actividad empresarial: "El competidor tiene derecho a que no se hable de él, ni siquiera para decir la verdad"; el anunciante que se compara con los productos, servicios o establecimientos de otro se convierte en juez y parte; no informa, porque es siempre sintética, por el contrario, genera confusión; pensar que la admisión de la publicidad comparativa mejorará la visión del mercado y proporcionará una base más segura a las decisiones de los consumidores constituye una esperanza utópica; no es nunca objetiva, unas veces por incompleta, otras por relativa incompletividad; constituye el uso prohibido de la marca ajena; perjudica el mercado, quien tiene potencia económica, las grandes empresas pueden resistir, mientras que los competidores menos potentes serán incapaces de llevarla a cabo. En: Kemelmajer de Carlucci, Aída: "La publicidad y los consumidores en el fin del siglo" en: Gaceta Jurídica. Tomo 60, Noviembre 1998, pp.51B- 52B

[324] 24 Kleppners citado en: Delgado Zegarra, Jaime y Cáceres Valle, Crisólogo: Publicidad. Régimen jurídico y práctica comercial. Instituto de Derecho del Consumidor. Lima 1993, p.91

literal g) del artículo 111°, establecía que constituía acto de competencia desleal "hacer en la publicidad comparaciones con los productos y / o servicios de los competidores".

Luego, en 1985 mediante el Decreto Supremo N° 047- 85- ICT- IND, se modificó el dado en 1971, específicamente en cuanto al literal g) del artículo 111° señalándose que se considerará acto desleal "el hacer en la publicidad comparación con los productos y / o servicios de los competidores con el objeto de desacreditarlos. No será considerado como acto de competencia desleal, la inclusión en la publicidad de marcas u otros símbolos identificatorios de los competidores para efectos de hacer comparación, salvo que tal inclusión induzca al consumidor a error respecto a la procedencia, naturaleza y características de los productos del competidor."

De una prohibición sin excepciones, al catalogar la publicidad comparativa de competencia desleal en 1971, se llegó a plantear la licitud de la publicidad comparativa al distinguirse a aquella no considerada competencia desleal y por tanto permitida, de la que constituye competencia desleal y por tanto prohibida.

Con posterioridad, mediante Decreto Supremo N° 026- 90- ICT- IND, se deroga la anterior norma y establece – en el artículo 1°- que las empresas que ofertan bienes y servicios, podrán realizar las campañas publicitarias, comparando productos similares en calidad, precio y beneficio de los mismos. Se señala también que la publicación que con dicho criterio se exhiba, deberá ser verificable por el consumidor.

Es así que con el artículo 8° del Decreto Legislativo N° 691- en su redacción original- , se reconoció la publicidad comparativa, al señalarse que:

"Es lícito hacer comparaciones expresas de productos, incluyendo lo relativo a precios, si la comparación no denigra a los competidores ni confunde a los consumidores.

"Toda comparación debe ser específica, veraz y objetiva, y debe dar una apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados".

Se dice que toda publicidad tiene una tendencia a ser comparativa. Sin embargo, la publicidad comparativa, de la cual se hace un tratamiento en el artículo 8° es una comparación expresa de productos- como lo manifiesta claramente el artículo en mención- . Asimismo, en el primer párrafo se establece que dicha comparación expresa será lícita, si no denigra a los competidores ni confunde a los consumidores.

La fundamentación de la necesidad de la publicidad comparativa está fuera de duda, si lo relacionamos con el interés general de los consumidores. Así, Fernández Novoa señala que "el interés general de los consumidores se orienta hacia el conocimiento más completo posible de las diversas y variadas ofertas que en los correspondientes mercados de productos y servicios les son hechas por los empresarios competidores. Porque únicamente por medio de éste conocimiento los consumidores podrán adoptar decisiones racionales que satisfagan de la manera más óptima posible sus necesidades. Pues bien, es indudable que la comparación entre las características de las diversas ofertas hechas por los competidores es, en principio, un mecanismo apto para conocer mejor...". [325] 25

[325] 25 Fernandez Novoa, Carlos: "La publicidad comparativa" en: Estudios de Derecho de la Publicidad. Homenaje a Carlos Fernández Novoa. Santiago de la Compostela 1969, p. 206

No obstante, no existir polémica alguna en lo que respecta al primer párrafo del artículo en cuestión, todo lo contrario ocurrió con el segundo párrafo, en donde se planteó la posibilidad de dos interpretaciones disyuntivas. Así, cuando se señalaba que toda comparación debe ser específica, veraz y objetiva y que debe dar una apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados, se preguntaba la doctrina si sólo se trataba de una descripción de las características que debe tener un anuncio para poder ser considerado como publicidad comparativa o, por el contrario, dichos elementos eran considerados requisitos para la licitud de dicha publicidad comparativa. [326] 26

La discusión se zanjó jurisprudencialmente, con el caso seguido por Procter & Gamble del Perú S.A. contra Productos Sancela del Perú S.A. y Química Suiza S.A.. mediante las Resoluciones N° 012- 97- CCD y N° 168- 97, de la Comisión y del Tribunal, respectivamente. En dichas resoluciones se optó por interpretar el segundo párrafo en el sentido que dichos elementos sólo eran una descripción de las características que debía tener un anuncio para ser considerado como publicidad comparativa.

Entonces, el Tribunal estableció que para ser publicidad comparativa expresa, se debía presentar lo siguiente: “aquellos anuncios que tengan las siguientes características: especificidad, objetividad y que den una apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados”.

Una comparación será específica “cuando en el anuncio se confronten dos o más productos claramente identificados o fácilmente identificables por un consumidor razonable”. Asimismo, será objetiva, “cuando las diferencias o semejanzas de los productos confrontados en un anuncio sean calificadas como objetivamente verificables por un consumidor razonable”. Y, una comparación dará una apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados “cuando se contrapongan las ventajas e inconvenientes que ofrecen cada uno de los mismos”, no siendo necesario hacer una contraposición exhaustiva.

Más adelante, resumiendo su opinión, el Tribunal señala: “...es la opinión de esta Sala que el artículo 8° del Decreto Legislativo N° 691 tiene como función primordial el establecer que las comparaciones expresas están permitidas, siempre y cuando sean veraces y no denigren al competidor- siendo los principios a respectar los de veracidad y lealtad- ello como consecuencia del proceso de evolución y flexibilización de la legislación nacional. De otro lado, dicho artículo señala cuáles son las características que distinguen a dichas comparaciones para poder ser consideradas publicidades comparativas, esto es, la especificidad, la objetividad, que den una apreciación de conjunto de los principales aspectos comparados y la veracidad. Sin embargo, esta última característica, tal y como se ha señalado anteriormente constituye en realidad un requisito que debe ser cumplido no sólo por las comparaciones expresas, sino por todo anuncio”.

Seguidamente expone la aplicación del criterio interpretado: “Atendiendo a lo

[326] 26 Canales Mayorga, Claudia y Rivera Serrano, Alfonso: “Cuál es la más cómoda?. Comentarios acerca de los criterios adoptados por el INDECOPI en materia de publicidad comparativa” en: Ius et Veritas. Año IX N° 16. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, pp. 304

expuesto, cuando en un anuncio se realice una comparación que no sea expresa- esto es por no tener las tres características analizadas- , aquél constituye un anuncio publicitario comercial común y se rige por las normas generales del decreto legislativo N° 691. A manera de ejemplo, si en un anuncio se confrontan dos productos claramente identificados- es decir mostrando la marca que identifica a los mismos- pero, sin embargo, dicha confrontación no es objetiva, dicho anuncio constituye publicidad comercial común que será lícita siempre y cuando no infrinja los principios de veracidad y lealtad. Como se puede apreciar, la función del Artículo 8 del Decreto Legislativo N° 691 es autorizar el uso de la comparación expresa en la publicidad, flexibilizando así el tratamiento que respecto a este tema daba la legislación peruana anterior. Por ello, la atención debe centrarse en el primer párrafo del artículo, debiendo interpretarse el segundo párrafo como una descripción de qué debe entenderse por publicidad comparativa, sin que ello implique que los anuncios que no cumplan son las características mencionadas sean ilegales, siendo que sólo dejan de ser publicidad comparativa".

Lo dicho en el precedente de observancia obligatoria reseñado, fue condensado en los "Lineamientos sobre Publicidad Comparativa" aprobados mediante Resolución N° 025- CCD/INDECOPI, de 1998. [327] 27

Finalmente, mediante el artículo 5° de la Ley N° 27311 del 2000, se modificó el artículo 8° de la Ley en comento, en los términos siguientes:

"Artículo 8°. Es lícito hacer comparaciones expresas de productos, siempre y cuando no se engañe a los consumidores ni se denigre a los competidores".

Asimismo, fue modificado el artículo 12° del Decreto Ley N° 26122- según texto especificado por el artículo 6° de la Ley N° 27311- , quedando de la siguiente manera:

"Actos de Comparación: Se considera desleal la comparación de la actividad, los productos, las prestaciones o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero cuando aquella engañe a los consumidores o denigre a los competidores".

Como se aprecia finalmente, se ha eliminado el segundo párrafo y con él, se ha zanjado también la discusión aún más firmemente, en el sentido que lo hizo el precedente obligatorio en líneas anteriores nombrado. Habría que agregar que con esta modificación se entiende que para ser publicidad comparativa ya no se tiene que cumplir con los requisitos establecidos con la redacción anterior, sino únicamente que sea expresa o directa y, una vez que se determine que es publicidad comparativa si analiza si el anuncio cumple con los principios de veracidad y no denigración. [328] 28

b) Publicidad Testimonial

Es un tipo de publicidad comercial, que apela – en la difusión del anuncio- a la declaración de una persona en favor de un producto o servicio, tratando de inducir al

[327] 27 Lineamientos sobre Publicidad Comparativa. En: INDECOPI. Jurisprudencia. Precedentes de Observancia Obligatoria. Editorial Normas Legales. Trujillo 2000, pp.641 y ss.

[328] 28 "Lineamientos..." El Peruano del 20 / 07 / 2001, p. 42.

público, confianza en los beneficios que proporciona dicho producto o servicio.

En el artículo 5° se establece de manera general, que los anuncios no deben contener o referirse a ningún testimonio. Ello es así, debido a los excesos que pudieran darse con este tipo de publicidad, teniendo en cuenta el grado de influencia que pudiera tener, al plantearse una opinión favorable del declarante diferente del anunciante, más cuando este declarante es una personalidad conocida y formadora de opinión pública.

Sin embargo, como excepción se permite la inclusión de testimonios en un anuncio, cuando sean auténticos y estén relacionados con la experiencia reciente de la persona que lo da. Asimismo, se señala que la difusión de un testimonio con fines publicitarios requiere de una autorización expresa y escrita del testigo.

Entonces, para que un testimonio pueda ser incluido en un anuncio, se requiere que dicho testimonio cumpla con tres requisitos [329] 29

1) Que el testimonio sea auténtico, vale decir, que no sea prefabricado entre el anunciante, la agencia de publicidad y el que declara, sino que sea espontáneo y real. Es difícil cuestionar la autenticidad de un testimonio incluido en un anuncio, debido a que queda en la propia subjetividad del declarante.

2) Que sea relacionado con la experiencia reciente de la persona que lo da, buscándose con ello la preservación de la vigencia de la opinión emitida

3) Se requiere para su difusión de una autorización expresa y escrita del testigo, lo que resguarda la imagen de la persona declarante.

Igualmente, Delgado y Cáceres señalan como clases de testimonios, a los dados por expertos y profesionales, de personajes notables y de personas comunes.

Los testimonios de expertos y profesionales, son declaraciones y recomendaciones de personas conocedoras y experimentadas en el empleo del producto que se proporciona. Para los autores citados la declaración de expertos y profesionales resulta en buena cuenta un aval al producto.

El testimonio de personajes notables, son aquellas declaraciones de quienes gozan de una imagen o nombre fácilmente identificable en el público. Su atractivo no reside en el ser un experto o conocedor del producto, sino en su simpatía en el público, teniendo como actividad el ser animadores de televisión, locutores, artistas, escritores, entre otras actividades.

El testimonio de personas comunes, son aquellas declaraciones de personas que no siendo expertos ni profesionales en relación al producto anunciado, así como no siendo personajes públicos, brindan su declaración, relatando su experiencia normal con referencia al producto, residiendo su valor en la declaración misma.

c) Publicidad sobre alcohol y tabaco

En el artículo 9° se establece que la publicidad de bebidas de alto grado alcohólico y de tabaco, cualquiera que sea el medio de difusión utilizado, debe estar siempre dirigida

[329] 29 Delgado Zegarra, Jaime y Cáceres Valle, Crisólogo: Publicidad. Régimen jurídico y práctica comercial. Instituto de Derecho del Consumidor. Lima 1993, p86 y ss

a adultos y no debe dar la impresión de que su consumo es saludable o que es necesario o conveniente para lograr el éxito personal o la aceptación social.

Asimismo, según la Ley N° 26739, en su artículo 1°, se establece que la publicidad de cigarrillos a través de medios radiales o televisivos, podrá realizarse únicamente entre las 01:00 y las 05:00 horas de cada día. La infracción o incumplimiento de la disposición anterior será sancionada con arreglo a la normatividad que rige al INDECOPI, comprendiendo en forma solidaria y proporcional al que contrata y al que realiza la publicidad.

Por otro lado, mediante la Ley N° 26849, en su artículo 1°, se prohíbe la venta y publicidad directa o indirecta de productos elaborados con tabaco, como cigarrillos, puros, cigarros o bolsas de tabaco, en los lugares referidos en el Decreto Supremo N° 033- 93- PCM(Reglamento de la Ley N° 25357) como: a) Cinemas, auditorios, teatros, sets de televisión y cualquier lugar cerrado donde se presenten espectáculos; b) Salas de convenciones y deliberaciones; c) Aulas de centros educativos a nivel escolar, superior, técnico o de cualquier otra naturaleza;; d) Medios de transporte público colectivo; e) Ascensores; f) Hospitales, clínicas y lugares similares. Igualmente queda prohibida la publicidad directa de productos elaborados con tabaco, en los centros educativos de cualquier nivel o naturaleza, así como en los alrededores de ellos, en un radio de acción de 500 m.

La publicidad directa es aquella destinada a ser difundida, de forma permanente y continua dentro de un área determinada, mientras que la publicidad indirecta, es aquella que ha sido diseñada para ser difundida en espacio abierto, pero que no obstante lo anterior, puede de manera ocasional ingresar a un espacio cerrado.

En los Lineamientos sobre Publicidad Comercial se presentan ejemplos de publicidad directa e indirecta. Así, como ejemplo de publicidad directa se mencionan los señalizadores de calles instalados por una municipalidad distrital, en la medida que tales anuncios fueron diseñados para difundir el mensaje publicitario en forma constante en un determinado lugar. Como ejemplo de publicidad indirecta, se puede poner a los carteles instalados en la parte superior de los taxis, en la medida que estos anuncios no están dirigidos de modo constante a un determinado lugar sino que, por la propia naturaleza del servicio de taxi, se dirige a aquellos lugares por los cuales debe circular el vehículo. Mientras que toda publicidad directa de tabaco y cigarrillos en los lugares sujetos a prohibición es per se una infracción legal, no lo es que dicha publicidad ingrese eventualmente en tales lugares.[330] 30

Por otro lado, es necesario tomar en cuenta lo señalado en el Decreto Supremo N° 095- 93- PCM, el cual, según su artículo 7°, las cajetillas, paquetes o bolsas de productos de tabaco deberán levar de manera ampliamente legible, ocupando no menos de la décima parte del área total del empaque la frase “Fumar es dañino para la salud. Está prohibido fumar en lugares públicos, según la ley N° 25357”.

Los anuncios publicitarios de cualquier tipo contendrán la frase obligatoria

[330] 30 “Lineamientos...” Trujillo 2000, pp.715 y ss., específicamente p.751. Los ejemplos fueron reiterados y se añade la conclusión en: “Lineamientos...” El Peruano del 20 / 07 / 2001, p. 39.

mencionada, con iguales características de área- según el artículo 8° del Decreto Supremo N° 095- 93- PCM - . Asimismo se señala en éste mismo artículo, que cuando se trate de comerciales en televisión anunciando marcas de cigarrillos o cualquier producto de tabaco, al inicio o al final de la exposición de estos deberá aparecer la frase "Fumar es dañino para la salud", durante no menos de tres segundos. Cuando se trate de comerciales transmitidos por radio, el locutor, al final del anuncio, deberá transmitir en forma clara y pausada la frase "Fumar es dañino para la salud".

d) Publicidad referida a los servicios de llamadas telefónicas de contenido erótico

El segundo párrafo del artículo 9° establece que los anuncios referidos a los servicios de llamadas telefónicas de contenido erótico para entretenimientos de adultos, deben estar dirigidos siempre a éstos.

Asimismo, se señala que la difusión de este tipo de anuncios sólo está permitida en prensa escrita de circulación restringida para adultos y, en el caso de radio y / o televisión, dentro del horario de las cero horas a las seis de la mañana.

En todos los casos, la publicidad de estos servicios deberá indicar claramente el destino de la llamada, la tarifa por minuto, el horario en que ésta es aplicable, la identificación del anunciante y de la agencia de publicidad de ser el caso.

Como ejemplo de la aplicación de esta norma se encuentra el caso seguido de oficio contra Empresa Periodística Nacional S.A., Editora Sport S.A. y Compañía Impresora Peruana S.A., que siendo diarios que por su contenido estaban dirigidos al público en general, se publicaron anuncios que promocionaban servicios de llamadas telefónicas de contenido erótico, lo que constituyó una infracción a las normas de publicidad, declarando fundada la denuncia mediante Resolución N° 190- 1999- TDC- INDECOPI. [331] 31

e) Publicidad dirigida a los menores

En el artículo 10° se establece que los anuncios dirigidos a menores se sujetarán además a las siguientes reglas:

1.- Ningún anuncio deberá afirmar que el producto anunciado está en forma fácil e inmediata al alcance de cualquier presupuesto familiar.

2.- El uso de la fantasía no debe inducir a los menores a conclusiones equívocas sobre las características reales de los productos anunciados o sobre las posibilidades de los mismos.

3.- Deben respetar la ingenuidad, la credulidad, la inexperiencia y el sentimiento de lealtad de los menores.

4.- No deben insinuar sentimientos de inferioridad al menor que no consuma el producto ofrecido.

5.- No deben presentar a menores en situaciones o lugares inseguros o inadecuados.

Lo que el artículo en mención trata de compatibilizar es la libertad de expresión

[331] 31 "Lineamientos..." Trujillo 2000, pp.715 y ss., específicamente p.753. Reiterado en: "Lineamientos..." El Peruano del 20 / 07 / 2001, p. 39.

comercial del anunciante con la protección frente a posibles excesos de la publicidad ante una población como la infantil, en plena formación

Toda la normatividad sobre publicidad comercial, tiene como fundamentación el resguardo del consumidor frente a la transmisión de información de los anunciantes. Esta regulación se hace teniendo en cuenta la libertad de expresión comercial del anunciante.

En lo que respecta a lo preceptuado en el artículo 10°, lo que se hace es brindar una protección muy especial a un sector también muy especial como son los niños, sobre todo teniendo en cuenta que esa parte de la población se encuentra en un proceso formativo.

De allí que en el texto del artículo, se establece que los anuncios dirigidos a menores se sujetan además de las reglas generales de publicidad a las de carácter especial, contenidas en el numeral en cuestión. Así, si se tratara de una publicidad dirigida a otros sectores, el uso de algunos recursos - como el señalamiento que los productos publicitados están al alcance del presupuesto o, utilizar la fantasía en la que en mucho se respalda la publicidad- estarían permitidos, pero al tratarse de publico menor de edad, cambian las exigencias en la forma y contenido del mensaje publicitario.

En dirección de un tratamiento especial del menor se encuentran las indicaciones de no insinuar sentimientos de inferioridad al menor por no consumir el producto ofrecido, y, el no presentar a menores en situaciones o lugares inseguros o inadecuados.

f) Publicidad de productos peligrosos

De manera aislada, en el segundo párrafo del artículo 4°, se establece que los anuncios de productos peligrosos deberán prevenir a los consumidores contra los correspondientes riesgos.

Normalmente se clasifican a los productos en peligrosos y no peligrosos, aunque cabe decir que todo producto genera siempre peligros o riesgos. Sin embargo, la referencia que hace la norma es que existen ciertos productos que su peligrosidad es inherente y consustancial a su utilización, como es el caso de las armas de fuego o productos químicos, por ejemplo. En estos casos, se establece que los anuncios de estos productos deberán prevenir a los consumidores sobre los posibles riesgos.

Si dichos riesgos pueden ser neutralizados mediante la adopción de precauciones razonables, y las advertencias son puestas en conocimiento del consumidor mediante un medio adecuado, no es necesario incluirlas en la publicidad. Se ha establecido además, que para determinar si un producto es peligroso y que en consecuencia debe incluirse en su publicidad, información de advertencia acerca de los riesgos derivados de su utilización, deberá concluirse lo siguiente:

a. El producto presenta riesgos para el consumidor.

b. Los riesgos no son obvios o fácilmente conocibles por un consumidor razonable.

c. Los riesgos que presenta el producto son graves o serios para la vida, salud o propiedad de los consumidores.

d. No es posible evitar los riesgos del producto advirtiendo de los mismos al consumidor por otros medios informativos que no sean la publicidad. [332] 32

2.2.4. SUPERVISIÓN DE LA PUBLICIDAD COMERCIAL

En el artículo 29° se señala que queda prohibido el control previo de la publicidad en cualquier área del sector de la actividad económica sin excepción. La fiscalización de los anuncios, en todos los casos, sólo podrá realizarse con posterioridad a la difusión de éstos.

Del mismo modo se establece que a partir de la vigencia del Decreto Legislativo N° 691, todos los organismos integrantes del Estado quedan impedidos de aplicar sanciones en materia de publicidad comercial, debiendo denunciar ante la Comisión de Competencia Desleal las infracciones a las normas de publicidad que conozcan en el área de su competencia, a fin de que éste órgano proceda a imponer las sanciones que legalmente correspondan. Es decir, sólo la Comisión designada, tiene la posibilidad de sancionar, luego de procesar las denuncias por infracciones en materia de publicidad comercial.

Se señala también que es nula además, cualquier sanción dispuesta por un órgano del Estado que contravenga lo señalado en el numeral en cuestión.

Se ha establecido que la Comisión es competente para velar por el cumplimiento de las disposiciones referidas a publicidad comercial, contenidas en normas legales cuyo conocimiento corresponde a otros órganos funcionales del INDECOPI, como ocurre en el caso de la obligación de incluir el número de la resolución directoral en el caso de las rifas, concursos, canjes de envases u otros sistemas análogos de promoción comercial, contenida en el artículo 23° del Decreto Legislativo N° 716, Ley de Protección al Consumidor. Por ejemplo, en el caso seguido de oficio pro la Comisión de Protección al Consumidor contra Sociedad Distribuidora de Alimentos S.A., en donde la Comisión de Protección al Consumidor sancionó a la empresa mencionada, ya que organizó una promoción por la cual se regalaban pelotas a quienes juntaban unas figuras, entre otros motivos, por no haber incluido en sus anuncios el número de resolución que autorizaba la realización de dicha campaña. La Sala finalmente estableció que el órgano funcional competente para pronunciarse sobre este hecho era la Comisión de Represión de Competencia Desleal, declarando nulo este extremo de la resolución de primera instancia.(Resolución N°082- 96- TDC) .[333] 33

Asimismo, es necesario esclarecer la vinculación existente entre las infracciones a las normas de publicidad en defensa del consumidor y las infracciones a las disposiciones contenidas en la ley de protección al consumidor, ya que en muchas ocasiones el origen de éstas últimas, puede estar en la difusión de información falsa a través de medios que constituyen anuncios publicitarios. Se ha establecido que entre ambas infracciones existen claras diferencias:

"...cuando la publicidad es engañosa, el daño que ésta ocasiona se refleja en la confianza que despiertan los anuncios. Así, puede ocurrir que cuando un anuncio

[332] 32 "Lineamientos..." El Peruano del 20 / 07 / 2001, p. 35.

[333] 33 "Lineamientos..." El Peruano del 20 / 07 / 2001, p. 27.

contiene información engañosa, el consumidor advierta tal naturaleza cuando se acerca al establecimiento a adquirir un producto o a contratar un servicio. En tal supuesto no llegó a ser engañado. Pero al advertir que la publicidad contenía información inexacta la credibilidad de los anuncios se ve socavada. Ese mero efecto, sin perjuicio de que el daño concreto al consumidor llegue o no a producirse, justifica la sanción impuesta por infracción a las normas de publicidad.

Por el contrario, si luego de difundido el anuncio con información inexacta, el consumidor es informado adecuadamente de las verdaderas condiciones, entonces no se producirá una infracción a las normas de protección al consumidor, aunque seguirá existiendo una infracción a las normas de publicidad. Pero, si cuando el consumidor se acerca a contratar el servicio o adquirir el bien es mantenido en el engaño, entonces se está produciendo una nueva infracción, esta vez contra las normas de protección al consumidor, y que justifica la aplicación de una nueva sanción dirigida a proteger el interés concreto de los consumidores engañados y por tanto perjudicados."(Resolución N°003- 1998 en el caso seguido por Edgardo Roberto López Díaz contra Cevatur Perú-Instituto de Altos Estudios Turísticos, por infracciones al Decreto Legislativo N° 716) . [334] 34

2.2.5. RESPONSABILIDAD

La responsabilidad originada por la infracción a las normas del Decreto Legislativo N° 691, va a tener relación con la asignación a un sujeto determinado, sea el anunciante, la agencia de publicidad o el medio de comunicación.

Así, si la infracción cometida está relacionada con una característica intrínseca o propia del producto anunciado, según el artículo 13°, se considera responsable a la persona natural o jurídica anunciante Ejemplo de esta situación, es el caso seguido por Consorcio de Alimentos Fabril Pacífico S.A. y Nicolini Hermanos S.A. contra Compañía Transcontinental del Perú S.A. y Publicitas / MMA INC. de Publicidad S.A, en donde se había denunciado que una empresa comercializadora de arroz afirmaba en un anuncio que el rendimiento de ¾ de su producto era superior en volumen al rendimiento que tenía 1 kilo de arroz superior a granel, lo cual no pudo finalmente demostrar. La Sala determinaría mediante la Resolución N° 014- 97- TDC, que el único responsable era el anunciante, pues la infracción se encontraba relacionada con el rendimiento del arroz, siendo éste un aspecto característico intrínseco o propio de dicho producto. [335] 35

Ahora bien, si la infracción está relacionada con una característica extrínseca del producto anunciado, entonces existe la responsabilidad solidaria entre el anunciante y la agencia de publicidad o quien haya elaborado el anuncio, ya que todos poseen igual información respecto a las normas que rigen la difusión publicitaria. Así, en el caso de oficio contra Tabacalera Nacional S.A. y McCann- Erickson Corporation Publicidad S.A., en el que se denunciaba que se difundía anuncios a través de boletos de un juego de

334 34 "Lineamientos..." El Peruano del 20 / 07 / 2001, p. 28.

335 35 "Lineamientos..." Trujillo 2000, pp.715 y ss., específicamente p.722. Reiterado en: "Lineamientos..." El Peruano del 20 / 07 / 2001, p. 25.

azar, en los cuales se omitió consignar la advertencia de salud: “Fumar es dañino para la salud. Está prohibido fumar en lugares públicos según la Ley N° 25357”. En la medida en que la norma mencionada establecía una restricción de carácter formal para la inclusión obligatoria de dicha advertencia en los anuncios publicitarios, la Comisión y la Sala- mediante las Resoluciones N° 071- 1998- CCD- INDECOPI y N° 044- 1999- TDC- INDECOPI respectivamente- , consideraron que tanto el anunciante como la agencia de publicidad eran responsables por las infracciones derivadas del incumplimiento de la norma. [336] 36

Y, en el caso de infracción a las normas de difusión- es decir, aquella normatividad referida a la restricción de la difusión de ciertos anuncios en determinadas circunstancias, como la publicidad de productos del tabaco, entre otros- , será responsable el titular del medio de comunicación social. Así, en el caso seguido de oficio contra Empresa Periodística Nacional S.A., Editora Sport S.A. y Compañía Impresora Peruana S.A., que siendo diarios que por su contenido estaban dirigidos al público en general, se publicaron anuncios que promocionaban servicios de llamadas telefónicas de contenido erótico. La Comisión y la Sala mediante las Resoluciones N° 008- 1999- CCD- INDECOPI y N° 190- 1999- TDC- INDECOPI, determinaron que los responsables no sólo eran los medios de comunicación referidos(como estableció la Comisión) , sino también los anunciantes. [337] 37

2.2.6. PROCEDIMIENTO

El procedimiento para sancionar las infracciones a las normas sobre publicidad comercial- de acuerdo al artículo 18° del Decreto Legislativo N° 691- , se regirá por lo dispuesto en el Procedimiento Único de la Comisión de Protección al Consumidor y de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal.

2.2.7. SANCIONES

Las sanciones de carácter administrativo previstas en el artículo 16°, por el incumplimiento de las normas establecidas en la Ley, son la amonestación y la multa, sin perjuicio de que la Comisión ordene en su caso la cesación de los anuncios y / o la rectificación publicitaria.

Las multas que la Comisión de Represión de la Competencia Desleal podrá establecer por las infracciones cometidas, serán de hasta 100 Unidades Impositivas Tributarias. La imposición y graduación de las multas son determinadas teniendo en cuenta diversos elementos, como la gravedad de la falta, la difusión del anuncio, la conducta del infractor a lo largo del procedimiento, los efectos que se pudiesen ocasionar en el mercado, entre otros, dependiendo de cada caso en particular.

[336] 36 “Lineamientos....” Trujillo 2000, pp.715 y ss., específicamente p.723. Reiterado en: “Lineamientos...” El Peruano del 20 / 07 / 2001, p. 25.

[337] 37 “Lineamientos...” Trujillo 2000, pp.715 y ss., específicamente p.723- 724. Reiterado en: “Lineamientos...” El Peruano del 20 / 07 / 2001, p. 25.

En cuanto a la rectificación publicitaria, se realiza por cuenta del infractor, en la forma que determine la Comisión, tomando en consideración los medios que resulten idóneos para revertir los efectos que la publicidad del objeto de sanción hubiera ocasionado. Mediante la jurisprudencia se ha precisado que esta medida no es una sanción sino una forma de corregir el efecto residual que una información engañosa hubiera originado en el mercado. Asimismo, se ha establecido que no sólo debe evaluarse el efecto residual que la campaña haya podido dejar en la mente de los consumidores, sino además el efecto del aviso rectificatorio en el consumidor(Resolución N° 052- 96- TRI- SDC) .[338] 38

En el caso seguido por Rena Ware del Perú S.A. contra Zephir International S.A., en el que se había difundido información falsa sobre un set de ollas y su origen geográfico, mediante envases, etiquetas y volantes, la Comisión, mediante la Resolución N° 058-1998/CCD- INDECOPI, ordenó la publicación del aviso rectificatorio, ameritando las circunstancias del caso particular.[339] 39

En otro caso se denegó el pedido de aviso rectificatorio. En el caso seguido por Consorcio de Alimentos Fabril Pacífico S.A. y Nicolini Hermanos S.A. contra Compañía Transcontinental del Perú S.A. y Publicitas / MMA INC. de Publicidad S.A., en el que se denegó el pedido de aviso rectificatorio ante la campaña en la que se afirmaba el rendimiento superior de una marca de arroz sobre otros que comercializaban en el mercado, lo cual era falso. La Comisión y el Tribunal denegaron el pedido de publicación de la rectificación en atención a: (i) de acuerdo a las pruebas actuadas, no se podía concluir que la disminución en la participación de otras marcas de arroz fuera atribuible exclusivamente al engaño publicitario, sino que ello podía deberse, entre otras causas, al empleo de otras herramientas usuales de mercadotecnia como fuerza de venta, descuentos, mayor exposición de productos así como a la presentación del nuevo producto o a su precio, (ii) las marcas de los productos que inicialmente habían disminuido su participación con la introducción del producto del anunciante recuperaron sus niveles de venta y, al momento de expedirse la resolución final contaban en su mayoría con una participación superior en el mercado; (iii) la naturaleza del producto de consumo masivo minimiza la posibilidad de que subsista un efecto residual en la mente del consumidor como fruto de la campaña publicitaria engañosa, puesto que se trata de un producto que el consumidor adquiere a diario y, por tanto, experimenta si el rendimiento del arroz es superior tal como fue anunciado.[340] 40

Por otro lado, la reincidencia de un mismo tipo de infracción - según lo establecido en el artículo 17°- , se considera circunstancia agravante, por lo que la sanción aplicable no deberá ser menor que la sanción precedente.

[338] 38 "Lineamientos..." Trujillo 2000, pp.715 y ss., específicamente p.760. Reiterado en: "Lineamientos..." El Peruano del 20 / 07 / 2001, p. 26.

[339] 39 "Lineamientos..." Trujillo 2000, pp.715 y ss., específicamente p.760. Reiterado en: "Lineamientos..." El Peruano del 20 / 07 / 2001, p. 26.

[340] 40 "Lineamientos..." Trujillo 2000, pp.715 y ss., específicamente p.761. Reiterado en: "Lineamientos..." El Peruano del 20 / 07 / 2001, p. 26.

Si el obligado no cumpliera en un plazo de tres días con lo ordenado en una resolución que pone fin a un procedimiento- según lo establecido en el artículo 20°- , se le impondrá una sanción de hasta el máximo de la multa permitida, según los criterios referidos anteriormente, y se ordenará su cobranza coactiva. Si el obligado persiste en el incumplimiento, la Comisión podrá duplicar sucesiva e ilimitadamente la multa impuesta hasta que se cumpla la resolución.

Si el obligado finalmente no cumpliera con lo ordenado en la resolución que pone fin al procedimiento, se le podrá denunciar ante el Ministerio Público para que este inicie el proceso penal- en este caso- de resistencia y desobediencia a la autoridad(artículo 368° del Código Penal) .

3. PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN EL DERECHO CIVIL

Se señala que con el maquinismo, surge la producción masiva y con ella, la contratación en masa, su correlato en lo jurídico, es decir, aquella contratación efectuada en base a modalidades como los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación. Estas modalidades contractuales son el elemento correspondiente con la producción masiva.[341] 41

Sin embargo, las modalidades contractuales mencionadas, unidas a una concentración de poder económico en el mercado, llevaron a un intervencionismo del Estado en la economía. De un Estado “gendarme”, que sólo vigilaba la actividad económica en el mercado sin voluntad de intervenir, se pasó a fines del siglo XIX y comienzos del XX, a un Estado interventor que trataba de restablecer las condiciones de competencia así como corregir las desigualdades económicas entre los agentes y - en su versión más radical- , tratando de sustituir mediante la coacción, la voluntad de los agentes económicos. Esta transformación en el rol del Estado no era gratuita. Obedecía

[341] 41 Señala Diez Picazo: “De hecho, el esquema del contrato en masa y la estandarización de la materia contractual rompen el paradigma del contrato, que tenía en mente la doctrina tradicional. El presupuesto ideológico de la igualdad de los contratantes no pasa de ser una quimera. El contrato no es ya una regla de conducta, obra común de ambas partes. Es algo que una de ellas tiene que limitarse a admitir, en virtud de una situación de necesidad y, por tanto, algo que le viene previamente impuesto...”. En: Diez Picazo, Luis: Derecho y masificación social. Editorial Civitas S.A. Segunda edición. Madrid 1987, pp.43- 44. Asimismo como también recuerda Carlos Alberto Soto: “Sin embargo, la modalidad contractual que los miembros de una sociedad de masas utilizan para vincularse jurídicamente no es el contrato tradicional o paritario, donde cada una de las partes contratantes, en ejercicio de su autonomía privada, deciden libremente contratar y con igual libertad determinan el contenido de su contrato. Por el contrario, el tráfico patrimonial en masa, los contratos o relaciones jurídicas contractuales se desarrollan bajo otro esquema, otro sistema de contratación distinto al sistema tradicional o paritario. Este sistema contractual tiene un carácter masivo y estandarizado, donde uno de los contratantes(que denominaremos “predisponente”) predispone íntegra o parcialmente el contenido del contrato y la otra parte(que denominaremos “adherente”) acepta contratar adhiriéndose a las condiciones preestablecidas por el otro contratante”. En: Soto, Carlos Alberto: “La transformación del contrato: del contrato negociado al contrato predispuesto” en: Contratación Contemporánea. Teoría general y principios. Palestra y Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá 2000, p.375

al abuso presentado en las transacciones comerciales, mas cuando la empresa gozaba de una posición de dominio en el mercado.

Se evidenciaría entonces los límites del modelo de competencia o de concurrencia en el mercado, y por tanto de la fundamentación del contrato liberal. La libertad de contratar no venía aparejada de una dosis de igualdad. [342] 42 Así, como manifiesta Vega Mere, al abordarse jurídicamente la contratación en masa fue haciéndose espacio la figura del consumidor. [343] 43

La primera reacción en este campo – expresa Vega Mere - , fue la de aplicar el utillaje propio del concepto clásico de contrato para combatir la fuerza expansiva de aquellas modalidades. Se apeló a la idea de la falta de tratos previos entre los contratantes, de inducción a error, de dolo. Se reiteró la debilidad contractual de quien quedaba sujeto a aceptar un contrato sin haber participado en su elaboración. Haciendo frecuente uso de la regla favor debitoris.

La jurisprudencia tendría un papel central al apartarse de las técnicas habituales de defensa del deudor diferenciándolo del consumidor. No siempre el obligado a entregar un bien o cumplir un servicio era consumidor- explica esta coyuntura Vega Mere- ; lo podía ser la misma empresa que tenía mejor capacidad de negociación o de acopiar información: “Surge en contraste, la categoría del consumidor como sujeto participante en el mercado- pero un mercado intervenido- al cual había que dispensarle una protección ad hoc, distinta, especial, que al fin de cuentas se separaría del derecho común, no obstante que la disciplina que se construirá tendrá como substrato el derecho civil. El consumidor pasaría, entonces, a ser el nuevo personaje para el derecho, pese a que había aparecido tiempo atrás con la revolución industrial. Si en algún momento de la historia el protagonista fue el comerciante y después el trabajador(debido al creciente avance de la legislación tuitiva en materia de relaciones de trabajo, hoy venido a menos) , ahora se reservaría el rol principal al consumidor”. [344] 44

De otro lado, en nuestro país, existe la opinión de que el Código Civil de 1984

[342] 42 Como expresa Vallet de Goytisolo:“La crítica del liberalismo económico fue efectuada, desde perspectivas diversas, por sociólogos, moralistas y economistas “Desde la primera perspectiva se acusó al liberalismo de limitar tan sólo a lo formalmente jurídico la igualdad entre los individuos. La igualdad jurídica deja al económicamente débil en manos del poderoso. En la fijación de salarios, en la concurrencia industrial, la libertad jurídica significa la sumisión económica o la ruina del que cuente con menos medios para resisitir “El punto de vista de los moralistas condena el criterio de la neutralidad moral de la vida económica. No puede aceptarse el principio de que las relaciones económicas y sociales no dimanen más que de sus leyes propias, puramente técnicas, y de que éstas sean ajenas a todo juicio de moral. “Finalmente, los economistas achacan al liberalismo “un excesivo optimismo acerca de las virtudes del laissez faire, y falta de ambición e imaginación para estimar las posibilidades de mejora en las relaciones económicas y sociales”. Nuevas técnicas de previsión, cooperación, concierto y planificación- acertadas o no- se ofrecen hoy para prevenir y para superar las consecuencias sociales de los desajustes periódicamente sufridos por la máquina económica en un régimen de libertad”.(Vallet de Goytisolo, Juan: Sociedad de masas y derecho. Taurus Ediciones S.A. Madrid 1969, pp.389- 390) .

[343] 43 Vega Mere, Yuri: Consumidor, contrato y sociedad postindustrial. Fondo Editorial de la Universidad de Lima. Lima 1998, p.38.

[344] 44 Vega Mere, Yuri: Ob. Cit., p.39.

destinó parte de su articulado a la contratación en masa y, deliberadamente dentro de ésta, a una protección al consumidor, sabiendo que entre ambos aspectos existe una ligazón ineludible. [345] [45] Por tanto, consecuentemente con ello se marcaba el surgimiento de la normatividad respectiva. Para los que comparten esta opinión entonces, la figura del consumidor habría estado presente al regularse de tal forma las modalidades contractuales, como el contrato por adhesión y las cláusulas generales de contratación. [346] [46]

No obstante, de la explicación de los fundamentos que obran en la Exposición de Motivos del Libro "Fuentes de las Obligaciones", efectuada por el profesor Max Arias-Schreiber Pezet [347] [47], no se puede advertir una mención expresa a que el objetivo sea la protección al consumidor.

Así, si tenemos una lectura atenta a dicha Exposición de Motivos, en lo que atañe al contrato por adhesión(como se ha señalado, una de las principales modalidades de la denominada contratación en masa) , podemos encontrar que a la par de resaltar - el profesor mencionado- la importancia de la inclusión de esta figura contractual, señala lo siguiente: "Básicamente nos preocupaba el hecho de que quien establece el esquema impone sus reglas a la contraparte, la que de no adherirse simple y llanamente no celebra el contrato; todo lo cual agranda la brecha existente entre la parte fuerte y la débil de la relación contractual" [348] [48]. Y más adelante concluirá: "...aparece con toda claridad, que en los contratos por adhesión una parte poderosa impone sus términos y la contraparte

[345] [45] Así parece ser la opinión de María Victoria Bambach Salvatore quien expresa: "Normalmente las cláusulas abusivas se encuentran insertas en un contrato en el cual una de las partes impone su voluntad a su cocontratante. Estos contratos conforman una categoría denominada en doctrina contrato de consumo, el cual se define no por su objeto sino atendiendo a otros elementos, cuales son: la diferente cualidad de las partes y el modo de celebración del contrato: por adhesión; y, finalmente, su carácter escrito. Así, un contrato de consumo, es todo contrato escrito, concluido por adhesión entre un profesional y un consumidor. Consumidor será la persona que, para sus fines personales, es parte de un contrato de suministro de bienes o servicios, realiza un acto de consumo". En: Bambach Salvatore, María Victoria: "Las Cláusulas Abusivas" en: Contratos. Coordinación: Enrique Barrios Bourie. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile 1991, p.51

[346] [46] De la Puente indica que la creencia respecto a que las cláusulas generales de contratación han sido diseñadas por el codificador peruano para proteger al consumidor, obedece a dos consideraciones: "a) La identificación del concepto de consumidor con el de parte débil de la negociación contractual; y b) La presuposición de que las cláusulas generales de contratación están orientadas a la protección de la parte débil de la negociación contractual". En: De la Puente y Lavalle, Manuel: "Las cláusulas generales de contratación y la protección al consumidor" en: Contratación privada. Coordinadores: Carlos Alberto Soto Coahuila y Roxana Jiménez Vargas- Machuca. Jurista Editores. Lima 2002, p.287 Del mismo De la Puente y, con el mismo título se puede leer un artículo en: Themis N°31. Segunda Época. Revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 1995, pp. 15 y ss.

[347] [47] Arias Schreiber Pezet: Exposición de Motivos y Comentarios. Contratos en general. En: Código Civil. Tomo VI. Exposición de Motivos y Comentarios. Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil. Compiladora: Delia Revoredo de Debakey. Tercera edición. Lima 1988, p.51 y ss.

[348] [48] Hay que señalar que al final de este párrafo, en la versión dada sobre el mismo tema en 1986, se añade lo siguiente: "Había, en suma, que defender al consumidor"; Exégesis, Editorial Studium, Lima 1986, p.143.

está sometida ordinariamente a una situación de necesidad o cuando menos, de alta conveniencia, al extremo de que existen tratadistas que afirman que en este contrato se da un estado de compulsión...".

De manera que se puede establecer que no existió expresamente como objetivo, la protección al consumidor, aunque en honor a la verdad, si se puede señalar que implícitamente se advierte una preocupación subyacente. [349] 49 El mismo Max Arias Schreiber- Pezet, indica al final de su explicación lo siguiente: "Existen diferentes maneras como se presenta el contrato por adhesión. Son frecuentes los casos en que las empresas destinadas a proporcionar servicios públicos tienen estipulaciones previas y elaboradas de un modo tan rígido que quienes estén tan interesados en utilizarlas no tienen otra alternativa que admitirlos o quedar privados de tales servicios. En situaciones similares están quienes se dedican a actividades como la del aseguramiento en sus diversos matices, la venta de pasajes terrestres, marítimos o aéreos, la suscripción de revistas y todo tipo de publicaciones, etc. Se trata, en suma, de instrumentos destinados a facilitar la contratación, que "se toman o se dejan". Lo que está descartado es la posibilidad de que se negocie sus términos, pues por tratarse de un monopolio de derecho o por otras consideraciones similares, esa capacidad no existe".

Yuri Vega dice que se identificaba lo que ahora conocemos como consumidor con la parte deudora de la relación obligatoria: "Debido a los excesos del capitalismo moderno, el Estado interventor, 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, decidió darles protección haciendo uso de la fórmula favor debitoris...". El favor debitoris- continúa diciéndonos Yuri Vega- "era, asimismo, una opción del 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(la drafting party) ". [350] 50

Entonces, efectivamente, no existió expresamente el objetivo de proteger al consumidor, pero, la vinculación entre estas modalidades de la contratación en masa con respecto a la protección al consumidor, es muy estrecha. [351] 51

[349] 49 Yuri Vega Mere señala lo siguiente: "No sabemos, a ciencia cierta, si la figura del consumidor gravitó en el régimen por el cual finalmente se optó. Me atrevería a pensar que no fue así- sin desmerecer la opción del Código- debido al incipiente desarrollo del Derecho del Consumidor en nuestro medio desde hace doce años".(Vega Mere, Yuri: "Oferta, información y consumidor(Oferta al público y oferta a los consumidores) " en: Derecho, Economía y Empresa. Compiladores: Víctor Malpartida Castillo y José Palma Navea. Taller de Derecho de la Empresa de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Editorial San Marcos. Lima 1999, p.67) .

[350] 50 Vega Mere, Yuri: Ob. Cit., Lima 1998, p.61

[351] 51 Ramón Durán Rivacoba puntualiza: "... destaca el régimen diseñado por el Derecho peruano que regula en el marco de su moderno Código civil lo relativo a la protección frente a las condiciones generales de la contratación y las cláusulas abusivas en términos generales, como un fenómeno que afecta sobre todo tipo de tráfico jurídico económico. Con ello logra que sean los ciudadanos, en cuanto tales, los destinatarios de la defensa jurídica que ofrece...". En: "Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas(Estudio comparado de la Ley española de 1998 y el ordenamiento peruano) ", en: Contratación Contemporánea. Teoría general y principios. Palestra y Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá 2000, p. 443

En nuestro Código Civil vigente, se disponen una serie de artículos a regular lo que se conoce en conjunto como contratación en masa.[352] 52

Así, en los artículos 1390°, 1391°, 1398° y 1399°, se prescribe sobre el contrato por adhesión. El contrato por adhesión, es una modalidad de la mencionada contratación en masa, en donde las condiciones son pre- redactadas por una de las partes, y a la otra, sólo le queda rechazarlas o aprobarlas en bloque, La aceptación del destinatario de la oferta se declara en forma de adhesión, en relación con la integridad de las estipulaciones por la otra parte.

La expresión "contrato de adhesión" – recuerdan Diez Picazo y Gullón - , fue acuñada por Saleilles, a principios del siglo XX, generalizándose su uso en la doctrina. El autor citado indica: "Se designan con ella aquellos supuestos en los cuales una de las partes, que generalmente es un empresario mercantil o industrial que realiza una contratación en masa, establece un contenido prefijado para todos los contratos de un determinado tipo que en el ejercicio de su empresa se conciertan. Su característica más importante es que no van precedidos de una posible discusión sobre su contenido, sino que sus cláusulas han de ser aceptadas o rechazadas. Es la contratación por medios preestablecidos, muy frecuente en la práctica bancaria, seguros, transporte, etc.".[353] 53

Es importante lo señalado por Royo Martínez- citado por Díez Picazo- en cuanto a que son dos las cuestiones fundamentales que la contratación por adhesión plantea. La primera cuestión consiste en determinar hasta qué punto puede decirse que quien entra en relación con la gran empresa y se adhiere a las condiciones prefijadas por la misma, para disfrutar las prestaciones, otorga respecto de las cláusulas o condiciones generales un verdadero consentimiento y por consiguiente celebra un genuino contrato. La segunda cuestión consiste en averiguar cuáles pueden ser los medios jurídicos para evitar o en su caso para reprimir los abusos a que puede dar lugar la desproporción económica y la diferencia de preparación técnica existente entre las dos partes(defensa frente al abuso de monopolio o abuso de posición dominante) .[354] 54

Asimismo, Carlos Ghersi define al contrato por adhesión de la manera siguiente:

352 52 Jiménez Vargas- Machuca se refiere así a la contratación en masa: "Pero, ¿acaso la contratación en masa puede hoy en día despertar a alguien admiración y estupor?, ¿impresiona nuestra imaginación la idea de un supermercado, de una estación de combustible? En modo alguno. Fue un fenómeno hace más de cien años, hoy es lo que predomina en nuestra sociedad, lo que precisamente caracteriza a nuestra sociedad. Más aún, desde que nacemos en una sociedad como ésta somos consumidores, pues desde ya consumimos productos masificados, formamos parte de la cadena producción- consumo, lo cual nos "inserta" definitivamente en la época. Si resulta llamativo, en cambio, la reticencia de nuestro sistema civil a incorporarla como elemento natural y generalizado de nuestra sociedad. La resistencia a regularla como es debido". En: "La oferta al público en el Código Civil y en la Ley de Protección al Consumidor" en: Contratación Contemporánea. Teoría general y principios. Palestra y Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá 2000, p.521.

353 53 Diez- Picazo, Luis y Gullón, Antonio: Sistema de Derecho Civil. Volumen II. Editorial Tecnos. Séptima edición. Madrid 1995, p.77

354 54 Diez Picazo, Luis: Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Volumen Primero Editorial Tecnos. Segunda edición. Segunda reimpresión. Madrid 1988, p.233.

"...aludimos a la estructura de contrato, en el cual una de las partes en virtud de una cualidad específica(verbigracia económica, cultural, etc.) posee un poder de imposición sobre el otro contratante, de tal forma que éste útlimo sólo asiente a su propuesta".[355] 55

Por nuestra parte diremos que entre las características que la doctrina advierte en el contrato por adhesión se pueden nombrar: En primer lugar, el proyecto de contrato es redactado de manera previa y unilateralmente por una sola de las partes. En segundo lugar, dicho proyecto se le presenta a los futuros adherentes como un todo, lo cual no es pasible de discusión, es decir, no existe negociación previa sobre los términos establecidos. En tercer lugar, las cláusulas que integran el proyecto de contrato son elaboradas con mucho tecnicismo. En cuarto lugar, casi siempre el oferente se encuentra en una posición de superioridad económica. Finalmente, la forma de manifestación de la aceptación es la adhesión del destinatario de la oferta.

El artículo 1390° prescribe que "el contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar".

Asimismo, los artículos 1392°, 1393°, 1394°, 1395°, 1396°, 1397°, 1398°, 1399°, 1400° y 1401° son dedicadas a las cláusulas generales de contratación.

Las cláusulas generales de contratación son aquellas que se redactan previa y unilateralmente, de forma general y abstracta por una persona, y que se agregan a contratos particulares, que tienen elementos propios.[356] 56

El Código ha clasificado a las cláusulas generales de contratación en aquellas aprobadas administrativamente, las cuales se incorporan automáticamente al contrato; y aquellas no aprobadas administrativamente que se incorporan a la oferta de un contrato particular cuando sean conocidas por la contraparte o haya podido conocerlas usando de una diligencia ordinaria.

Diez- Picazo y Gullón, señalan que hay diferencias entre el contrato por adhesión y las cláusulas generales de contratación. Así, "el primero se produce cuando todas las cláusulas han sido puestas en conocimiento de los interesados en el momento en que éstos dan su conformidad(s l "letra chica" de los contratos de seguros, de suministro de electricidad, etc.) . El segundo se da cuando han quedado fuera del contrato, y el contratante parece adherirse a ellas(cuando se compra un billete en un transporte público

[355] 55 118 Ghersi, Carlos A.: "Contratos de adhesión en los proyectos de reforma de Códigos Civil y Comercial y la Ley del Consumidor" en: Revista Jurídica del Perú Año XLV N°1, Enero- Marzo 1995, pp.101 y ss., específicamente p. 101.

[356] 56 Cardenas Quirós señala lo siguiente: "La definición(de cláusulas generales) comprende los rasgos fundamentales que caracterizan a las CGC. Así, la predisposición o preformulación, que supone su redacción previa y unilateral por una persona o entidad, no necesariamente por el estupulante mismo, si bien éste asume la responsabilidad de la preformulación. La generalidad, en cuanto las CGC se formulan sin tener relación con un contratante específico. La abstracción, pues las CGC son diseñadas de forma independiente, sin tener en cuenta una relación jurídica específica. Y la uniformidad, en tanto las CGC serán comunes a una serie indefinida de contratos particulares". En: Cárdenas Quirós, Carlos: "Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas" en: Ius et Veritas. Año VII N°13. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 1996, p.21.

no se nos dice cuales son las condiciones del contrato que celebramos) . Esta distinción ha permitido doctrinalmente separar lo que son contratos de adhesión(los primeros) y lo que son condiciones generales de contratación(las segundas) ".[357] 57

Dentro de esta parte del Código Civil, también se trata lo correspondiente a los contratos de hecho(art. 1396°) y la oferta al público(1388°) aspectos ineludiblemente relacionados con la problemática del consumidor.

4. PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN EL AMBITO PENAL

La protección al consumidor no sólo tiene una vertiente administrativa, sino además, también es preocupación del Derecho Penal, concretamente del Derecho Penal Económico.

Uno de los aspectos más dinámicos en el Derecho Penal, es el Derecho Penal Económico, sobre el que aún no existe una sola definición. Así, Bajo Fernández lo define como el conjunto de normas jurídico – penales que protegen al orden económico, el cual puede ser calificado desde dos puntos de vista. Orden económico en sentido estricto, es aquel orden consecuencia del intervencionismo estatal; y orden económico en sentido amplio, es el proceso de producción, distribución y consumo de bienes y servicios. Así, si partimos de un concepto estricto de orden económico, tenemos a un Derecho Penal Económico que regula jurídicamente la intervención estatal en la economía. Y, si partimos de un concepto amplio del orden económico, tenemos a un Derecho Penal Económico como aquel conjunto normativo que regula el proceso económico en general. Es muy importante determinar qué concepto de orden económico se maneja, pues los temas incorporados al Derecho Penal Económico van a diferir consecuentemente.[358] 58

Por su parte Klaus Tiedemann señala que si bien – en Alemania- antes se entendía por Derecho Penal Económico sólo aquella pequeña parte del Derecho Penal que reforzaba con la intimidación penal el Derecho Económico Administrativo, es decir, el derecho de dirección y control estatal de la economía, ahora, se entiende el Derecho Penal Económico en un sentido más amplio, como consecuencia del progreso del Derecho Económico hacia una disciplina autónoma ampliamente separada del Derecho Administrativo: la defraudación fiscal y el fraude a las subvenciones, los delitos de y contra las instituciones bancarias y los seguros privados así como los delitos contra la seguridad social son considerados como delitos económicos, así como también la quiebra fraudulenta, la falsificación de balances, la adulteración de alimentos y vino, la competencia desleal y las contravenciones en el comercio exterior, como por ejemplo, las

[357] 57 Diez- Picazo, Luis y Gullón, Antonio: Ob. Cit., p.77.

[358] 58 Bajo Fernández, Miguel: Manual de Derecho Penal, Parte especial. Delitos Patrimoniales y Económicos. Madrid 1987, pp. 394- 395.

infracciones de las órdenes de embargo para exportar armas a zonas en crisis. [359] 59

Existen pues, dos posiciones sobre el concepto de Derecho Penal Económico. Uno restringido, que circunscribe su ámbito al de la intervención del Estado en la economía y, otro de carácter amplio, que extiende el ámbito de aplicación de este derecho a todo el proceso económico.

Si bien es cierto, la doctrina mayoritariamente se inclina por aceptar un concepto amplio del Derecho Penal Económico, aún subsiste como problema no resuelto, el de su delimitación clara. [360] 60

Uno de los elementos que ayuda en dicha delimitación, es la concepción de los bienes jurídicos, cuya protección es tarea del Derecho Penal. Los bienes jurídicos son intereses valiosos, socialmente aceptados y dignos de tutela. Cuando nos referimos a bienes jurídicos como la vida, existe plena coincidencia en que se trata de un interés valioso, habiendo una aceptación social al respecto. Sin embargo, en cuanto nos referimos a bienes jurídicos de carácter supraindividual, como el orden público económico de un país, no se puede hablar de una convergencia plena. [361] 61 Como expresa Luis Bramont Arias Torres, refiriéndose a este último caso, "... el bien jurídico no puede establecerse en forma clara y precisa, porque no atenta en forma directa contra un valor respetado socialmente, sino sobre ciertos elementos que permiten asegurar un espacio dentro del cual los demás valores sociales pueden desarrollarse plenamente". [362] 62

Por su parte, Bustos Ramírez propone como bien jurídico protegido en los delitos económicos al "conjunto de reglas económicas que configuran un determinado orden económico del Estado, que resulta fundamental para la satisfacción de las necesidades de todos los miembros del sistema". [363] 63 Sin embargo, el señalar al orden económico del Estado como bien jurídico, todavía peca de imprecisión, por lo que el mismo autor

[359] 59 Tiedemann, Klaus: Lecciones de Derecho Penal Económico. PPU. Barcelona 1993, p.31.

[360] 60 Importante resulta lo dicho por Julio Mazuelos: "...el Derecho Penal Económico es una rama jurídica vinculada a la dirección de la economía nacional y que se efectiza por medio de leyes reguladoras de las actividades económicas. Ahora bien, la propia regulación de la actividad económica establece ciertos derechos y deberes para los sujetos económicos participantes, éstos requieren, en determinados casos, de la protección de las normas penales; luego, podemos adelantar una primera idea: el Derecho Penal Económico aparece como la regulación de dicha actividad desde el lado "duro" del sistema jurídico". En: Mazuelos Coello, Julio: Derecho penal Económico y de la Empresa. Editorial San Marcos. Lima 1996, p.19

[361] 61 Es necesario tener presente lo dicho por Fernández Albor en cuanto a que "...el Derecho Penal ha de proteger las relaciones económicas, sancionando aquellas conductas que atenten gravemente contra ellas. Pero esto requiere la previa aceptación de un organización económica; organización que varía según los diversos estadios por los que ha pasado y pasa la economía en los distintos países. Esta protección penal va paralela a la evolución que se puede observar del libre comercio a la protección estatal". En: Fernández Albor, Agustín: Estudios sobre criminalidad económica. Bosch, Casa Editorial S.A. Barcelona, p.25

[362] 62 Bramont- Arias Torres, Luis F.: "Delitos económicos y bien jurídico" en: Ius et Veritas. Año III, N°5, Lima 1992, p.88

[363] 63 Bustos Ramírez, Juan: Manual de Derecho Penal. Parte especial. Editorial Ariel. Segunda edición. Barcelona 1991, p. 266.

advierte que como tarea a cumplir queda ir precisando los bienes jurídicos en concreto, en cuanto a los delitos económicos se refiere.[364] 64

Con esta perspectiva, Manuel Abanto [365] 65 presenta una sistematización de los delitos económicos [366] 66, en función de los bienes jurídicos directamente afectados- que conforman el concepto global "ordenamiento económico"- de la siguiente manera:

1. Delitos contra la competencia(delitos contra la libertad de competencia y delitos de competencia desleal) .

2. Delitos contra la propiedad intelectual e industrial.

3. Delitos contra el sistema crediticio, monetario, la actividad bursátil y los seguros.

4.- Delitos contra el sistema tributario, aduanero y la promoción empresarial del Estado(subvenciones, reintegros de exportación, etc.) .

5.- Delitos contra el buen funcionamiento y la transparencia de la actividad empresarial(delitos societarios, quiebra y usura) .

6.- Delitos contra el control estatal de la producción o comercialización, tanto a nivel nacional(acaparamiento, especulación, fraudes alimentarios y otros delitos contra los consumidores) como internacional(exportaciones prohibidas o controladas) .

7.- Delitos contra la actividad laboral y la seguridad social.

8.- Delitos contra el medio ambiente.

Como se podrá apreciar, muchos de los intereses protegidos- entre los que están los intereses de los consumidores- , como bienes jurídicos supraindividuales, tienden a yuxtaponerse, es decir, mediante la enunciación de un grupo de delitos se protegen más de un interés, en la medida que todos están orientados a uno de carácter global como es el de orden económico.

Lo anterior ocurre, en especial, cuando se trata de una economía de mercado, en la cual se tiende a especificar como bienes jurídicos protegidos, a la competencia(libre y leal) y al interés de los consumidores. Sin embargo, al proteger a la competencia, mediante los "delitos contra la competencia" también se está protegiendo el interés de los

[364] 64 Es necesario dejar en claro, la diferencia entre los delitos económicos y los delitos patrimoniales. Bramont- Arias Torres y García Cantizano, citando a Martos Núñez señalan que "... la diferencia entre los delitos patrimoniales y los delitos socioeconómicos consiste en que los primeros lesionan o ponen en peligro elementos integrantes del patrimonio ajeno; mientras que los segundos atacan las normas jurídico- penales que protegen el "orden público económico", sin perjuicio de que, en ocasiones, la concreta modalidad del ataque pueda afectar también determinados intereses patrimoniales individuales". En: Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Editorial San Marcos. Tercera edición. Lima 1997, p.396.

[365] 65 Abanto Vásquez, Manuel: Derecho Penal Económico. Editorial IDEMSA. Lima 1997, p.30.

[366] 66 Señalaba Tiedemann que "...apenas podría negarse hoy en día la afirmación de que los tipos penales del derecho penal económico depende, en gran medida, de la configuración del "sistema económico" y, en este sentido, en sintonía con la constitución económica y la política económica, presentan características tanto políticas como otras que son reflejo de la configuración del sistema económico". En: Tiedemann, Klaus: Temas de derecho penal económico y ambiental, IDEMSA. Lima 1999, pp.19- 20

consumidores, pero en forma mediata o indirecta.

Nuestro Código Penal de 1991, no incluye un apartado especial para tratar los delitos contra los intereses de los consumidores, razón por la cual, nos obliga a encontrar- de manera no muy ortodoxa por cierto - que grupos de delitos tienen en perspectiva la protección de dichos intereses, de manera inmediata y mediata.

Así, a nuestro parecer se tiende a proteger los intereses de los consumidores, con los delitos contra la competencia(libre y leal) , con los delitos contra la salud pública, y, delitos contra los intereses del consumidor en estricto sentido, como el acaparamiento, la especulación, entre otros.

a) Delitos contra la competencia libre

- El artículo 232° del C. P. Establece como “delito de abuso de poder económico” en los siguientes términos:

“Artículo 232°. El que, infringiendo la ley de la materia, abusa de posición monopólica u oligopólica en el mercado, o el que participa en prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios, con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36°, incisos 2 y 4”.

Si bien es cierto, el bien jurídico tutelado directo- o en sentido estricto- en este artículo es el de la libre competencia, no se puede soslayar que mediatamente, también se protege a los consumidores, en la medida que se busca la eficiencia del mercado.

El artículo 232° técnicamente se configura como un caso de ley penal en blanco, ya que el tipo penal no se encuentra completo, remitiéndose a una norma extrapenal, que define en su totalidad la conducta típica. Dicha norma extrapenal, es el Decreto Legislativo N° 701, “Ley contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia”, vista en otro apartado.

Según la norma penal, las conductas consideradas punibles son dos: abuso de posición monopólica u oligopólica en el mercado, y prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios.

Ahora bien, en el artículo 19° del Decreto Legislativo N° 701, se señala que si la Comisión de Libre Competencia estima que las infracciones tipificadas en los incisos a) , b) , c) , del artículo 5° e incisos a) , b) , c) , d) ,e) , f) , g) , h) e i) del artículo 6° el responsable actuó dolosamente y que el perjuicio fuera de naturaleza tal que se hubiera generado graves consecuencias para el interés económico general, procederá a formular la correspondiente denuncia penal ante el Fiscal Provincial competente, correspondiéndole el inicio de la acción penal ante el Poder Judicial, quien lo inicia luego de recibida la denuncia de la Comisión.

Haciendo entonces una lectura conjunta del artículo 232° del Código Penal con el artículo 19° del Decreto Legislativo N° 701, resulta que se tienen varios tipos penales, tres de abuso de posición de dominio y 9 de prácticas colusorias [367] 67

[367] 67 Abanto Vásquez, Manuel: Derecho Penal Económico. Parte Especial. Editorial IDEMSA. Lima 2000, p.46.

1.- La negativa injustificada de comerciar de una o más empresas con posición de dominio.

2.- La discriminación abusiva realizada por empresas con posición de dominio.

3.- La imposición abusiva de cláusulas de atadura injustificadas por empresas con posición dominante en el mercado.

4.- La fijación concertada de precios y otras condiciones.

5.- El reparto concertado del mercado y de fuentes de aprovisionamiento.

6.- El reparto concertado de cuotas de producción.

7.- La concertación de la calidad de los productos.

8.- La discriminación concertada.

9.- La imposición concertada de cláusulas de atadura injustificadas.

10. la negativa concertada e injustificada de contratar.

11.- La limitación o el control concertados de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.

12.- La concertación de ofertas o de la abstención para ofertar en licitaciones, concursos, remates o subastas públicas.

Cabe remarcar que, mediante la norma extrapenal, se ha agregado al contenido de cada tipo penal, la presencia de la dañosidad social (perjuicio de naturaleza tal que se hubiera generado graves consecuencias para el interés económico general) y del dolo, como elementos a tomar en cuenta por la Comisión para hacer la denuncia respectiva.

- Se encuentra también lo prescrito en el artículo 241°, fraudes en remates, licitaciones y concursos públicos, establecido de la manera siguiente:

"Artículo 241°.- Serán reprimidos con pena privativa de libertad no mayor de tres años o con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días- multa quienes practiquen las siguientes acciones:

1.- Solicitan o aceptan dádivas o promesas para no tomar parte en un remate público, en una licitación pública o en un concurso público de precios;

2.- Intentan alejar a los postores por medio de amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio;

3. Conciertan entre sí con el objeto de alterar el precio.

Si se tratara de concurso público de precios o de licitación pública, se impondrá además al agente o a la empresa o persona por él representada, la suspensión del derecho a contratar con el Estado por un período no menor de tres ni mayor de cinco años".

No obstante que Lamas Puccio sitúa este delito en el apartado dedicado a los "delitos contra el consumidor", él mismo reconoce que lo que se busca con el artículo 241° es "la protección de la libertad que existe en un remate, en una licitación o en concurso de orden público": "Constituye factor importante la libre concurrencia y la

"Programa Cybertesis PERÚ - Derechos son del Autor"

capacidad de ofertar sin ninguna clase de presión, si se tiene en consideración que la administración pública se ve sujeta a este tipo de actos, y la experiencia demuestra la frecuencia con que los particulares que intervienen en ellos con bastante facilidad se ponen previamente de acuerdo, con el objetivo de poder obtener beneficios, en perjuicio directo de la administración pública y de la ciudadanía en general". [368] 68

No obstante lo mencionado anteriormente nos parece más preciso lo dicho por Manual Abanto, el cual señala que lo que se busca con este artículo es la protección de un bien jurídico económico y supraindividual entendido como la transparencia o la "pureza del proceso de subastas y concursos públicos", y, a través de esto, proteger la competencia, el patrimonio del Estado o el de los intervinientes en la licitación, o de los administrados, o el del funcionamiento de la Administración Pública: "Querer ver en el tipo penal únicamente la protección de alguno de los intereses anteriormente mencionados significaría no entender sus verdaderos alcances; así p. ej. cuando se trata equivocadamente de vincular el tipo penal solamente en virtud de su supuesta protección de los consumidores. Si sólo se tratara de proteger a los consumidores, el tipo penal tendría que exigir la probanza de algún peligro o perjuicio contra ellos, pero aquél está muy lejano y éste no se produce. O si se tratara del patrimonio del Estado, se tendría que probar que éste ha sido menguado de alguna manera, lo que no ocurre hasta mucho después, y es además difícil de probar...". [369] 69

Son diversas las modalidades que se pueden presentar como variantes de éste delito. En el artículo 241° se han considerado tres grupos distintos, en los tres apartados que contiene.

Así, en el primer apartado, se habla de solicitar o aceptar dádivas o promesas para no tomar parte en un remate público o en un concurso público de precios. "Aunque también se incluye al sujeto que acepta- nos dice Lamas Puccio- , nos encontramos frente a una figura mixta de carácter alternativo, pues tal ambivalencia da a entender que la responsabilidad penal incluye al que solicita y al que recibe..." [370] 70

En el segundo apartado, trata del intentar alejar a los postores por medio de amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio. "Se entiende- señala Lamas Puccio- que es el anuncio de provocar un mal determinado, susceptible de alterar el proceso de motivación de la voluntad, sin que se exija la intimidación que aleja realmente al postor, ya que lo que se busca es castigar el simple intento de distanciar a los postores..." [371] 71

En el tercer apartado, se hace referencia a concertar entre sí con el objeto de alterar el precio. Comentando esto, señala el mismo autor mencionado que "es un convenio ilícito mutuo o acuerdo entre varias partes intervinientes, que estudian premeditadamente

[368] 68 Lamas Puccio, Luis: Derecho Penal Económico. Librería y Ediciones Jurídicas. Segunda edición Lima 1996, p.230.

[369] 69 Abanto Vásquez, Manuel: Ob. Cit. Lima 2000, p.81.

[370] 70 Lamas Puccio, Luis: Ob. Cit.. Lima 1996, p.231.

[371] 71 Lamas Puccio, Luis: Ob. Cit. Lima 1996, p.231.

las ventajas que pueden lograr cuando uno de los postores intervinientes se retira del remate. Se entiende que el objetivo importante es retirarse del remate para lograr un beneficio que presupone la existencia de ofertas y contraofertas, e intercambios de promesas, para excluirse mutuamente del remate, y obtener así la adjudicación de la explotación" [372] 72

b) Delitos contra la Competencia Leal

Rittner- citado por Manuel Abanto- constata la pluralidad de intereses protegidos al afirmar, refiriéndose al fin de la protección de la ley alemana contra la competencia desleal(UWG) que la ley sólo pretende impedir acciones desleales de competencia, pues ellas entran en conflicto con intereses de los competidores, pero también con los de la generalidad y de los consumidores. [373] 73

Nuestro Código Penal, contempla el delito de publicidad engañosa(artículo 238° C.P.) así como el de los actos de competencia desleal(artículo 240° C. P.) . En ambos- señala Abanto- el bien jurídico tutelado es siempre la institución de la competencia, independientemente de que el interés directamente atacado sea en un caso la "publicidad leal" y en el otro la "reputación comercial de la empresa" y / o el "interés de los consumidores". [374] 74

En el artículo 238 se señala:

"Artículo 238°.- El que hace, por cualquier medio publicitario, afirmaciones falsas sobre la naturaleza, composición, virtudes o cualidades sustanciales de los productos o servicios anunciados, capaces por sí mismas de inducir a error grave al consumidor, será reprimido con noventa a ciento ochenta días- multa.

Cuando se trate de publicidad de productos alimenticios, preservantes y aditivos alimentarios, medicamentos o artículos de primera necesidad o destinados al consumo infantil, la multa se aumentará en un cincuenta por ciento."

Queremos resaltar lo dicho sobre la "publicidad engañosa" tratada en este artículo y los intereses en juego. A través de la represión de la publicidad engañosa- nos dice Manuel Abanto- , también se tiende a anticipar la protección del patrimonio de los consumidores que corre el riesgo de verse perjudicado, no sólo en sentido estrictamente económico, sino desde la perspectiva de la frustración de los fines. Sin embargo, la razón para que el autor citado no lo incluya dentro de los delitos contra el consumidor, es que este tipo de perjuicio(resultado) no es requisito esencial del tipo penal peruano y por lo tanto no caracteriza el bien jurídico que se quiere proteger directamente, pese a que en la práctica se presente con frecuencia en los casos de publicidad engañosa. [375] 75

En el artículo 240 se prescribe.

[372] 72 Lamas Puccio, Luis: Ob. Cit. Lima 1996, p.231.

[373] 73 Abanto Vásquez, Manuel: Ob. Cit. Lima 2000, p. 99.

[374] 74 Abanto Vásquez, Manuel: Ob. Cit. Lima 2000, p.100.

[375] 75 Abanto Vásquez, Manuel: Ob. Cit. Lima 2000, p.139- 140

Artículo 240. Será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días- multa el que, en beneficio propio o de terceros:

1.- Se aprovecha indebidamente de las ventajas de una reputación industrial o comercial adquirida por el esfuerzo de otro.

2.- Realiza actividades, revela o divulga informaciones que perjudiquen la reputación económica de una empresa, o que produzca descrédito injustificado de los productos o servicios ajenos.

En los delitos previstos en este artículo sólo se procederá por acción privada".

En este artículo se comprenden dos conductas o prácticas desleales. Así, en el inciso 1, se habla de la explotación de la reputación ajena(tratado también en el art. 14° del D.L. 26122) ; y, en el inciso 2, se tratan los actos de denigración(tratado también en el art. 11° del D. L. 26122) .Sus referencias en la ley administrativa, hacen que nos remitamos al comentario hecho en otro apartado sobre el particular.

c) Delitos contra la Salud Pública

Siendo el interés de los consumidores, no sólo económico, sino también en la salud pública, este último interés podría estar protegido por la Sección I "Contaminación y Propagación", perteneciente al Capítulo II "Delitos contra la salud pública", que a su vez son parte del Título XII "Delitos contra la Seguridad Pública".

Así, en el artículo 286° – que contiene la figura de "contaminación de aguas o sustancias destinadas al consumo"- se establece que "el que envenena, contamina o adultera aguas o sustancias alimenticias o medicinales, destinadas al consumo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de diez años. Asimismo, como figura agravada señala que si resultan lesiones graves o muerte y el agente pudo prever estos resultados, la pena será no menor de diez ni mayor de veinte años.

Por otro lado, en el artículo 287°- el cual incluye la figura de "adulteración de sustancias o bienes destinados al uso público"- se establece que el que, de modo peligroso para la salud, adultera sustancias o bienes destinados al uso público, distintos a los especificados en el artículo 286° será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años. Como figura agravada se señala que si la adulteración consiste en el envenenamiento o contaminación de las sustancias mencionadas y resultan lesiones graves o muerte que el agente pudo prever, la pena será no menor de seis ni mayor de diez años.

Igualmente, en el artículo 288°- que incluye la figura de "tráfico de productos nocivos para la salud"- se establece que el que, a sabiendas de que el consumo de un producto o su empleo normal o probable, puede comprometer la salud de las personas, lo pone en venta o en circulación o lo importa o toma en depósito será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años. Como figura agravada, se prescribe que si el agente sabía que el empleo o consumo del producto originaba un peligro de muerte, la pena será no menor de tres ni mayor de ocho años. Asimismo se hace la indicación de que cuando el agente actúa por culpa, la pena privativa de libertad será no

mayor de dos años.

Por su parte, en el artículo 289° - destinado a la figura de “propagación de enfermedades”- , se prescribe que el que, a sabiendas, propaga una enfermedad peligrosa o contagiosa para la salud de las personas será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de diez años. Como figura agravada se indica que si resultan lesiones graves o muerte y el agente pudo prever estos resultados, la pena será no menor de diez ni mayor de veinte años.

Dos artículos que tienen que ver con la prestación de servicios profesionales, en el caso específico de la medicina, son tratados en los artículos 290° y 291°. Así en el artículo 290°- que trata del “ejercicio ilegal de la medicina”- se prescribe que será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuentidós jornadas, el que, careciendo de título, realiza cualquier de las acciones siguientes:

1.- Anuncia, emite diagnósticos, prescribe, administra o aplica cualquier medio supuestamente destinado al cuidado de la salud, aunque obre de modo gratuito.

2.- Expide dictámenes o informes destinados a sustentar el diagnóstico, la prescripción o la administración a que se refiere el inciso 1.

En el artículo 291°- destinado al “ejercicio malicioso y desleal de la medicina”- , se establece que el que, teniendo título, anuncia o promete la curación de enfermedades de término fijo o por medios secretos o infalibles, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuentidós jornadas.

Por su parte, en el artículo 292°- el cual incluye la “violación de medidas sanitarias”- , señala que el que viola las medidas impuestas por la ley o por la autoridad para la introducción al país o la propagación de una enfermedad o epidemia o de una epizootia o plaga será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor de tres años y con noventa a ciento ochenta días- multa.

En lo que respecta a la “venta de animales peligrosos”, esta figura es incluida en el artículo 293°, señalando que el que, en lugares públicos, vende, preparados o no, animales alimentados con desechos sólidos, contraviniendo leyes, reglamentos o disposiciones establecidas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días- multa.

También se contempla dentro de esta sección, la figura de “venta de medicinas adulteradas”, contemplada en el artículo 294°, prescribiendo que el que, teniendo autorización para la venta de sustancias medicinales, las entrega en especie, calidad o cantidad no correspondiente a la receta médica o distinta de la declarada o convenida o vencido el plazo que garantiza su buen estado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años.

Finalmente, en el artículo 295°, se establece que cuando alguno de los delitos previstos en los artículos 286° a 289° se comete por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de dos años o de prestación de servicio comunitario de diez a treinta jornadas.

"Programa Cybertesis PERÚ - Derechos son del Autor"

d) Delitos contra el Consumidor en sentido estricto

Abanto se pregunta, por qué deben crearse una serie de tipos penales para proteger intereses como la vida, la integridad corporal y la propiedad en relación al consumidor, si ya estos intereses se encuentran protegidos. Y la explicación que él encuentra es que: "En una economía de mercado, el individuo se vincula con los demás ciudadanos no solamente como tal, sino también en su calidad de agente económico, como consumidor. Y ciertamente aquí no solamente está en juego el interés individual de cada uno de los sujetos sino los derechos de los consumidores como un colectivo, como un grupo ilimitado de personas con derecho a gozar de los beneficios obtenidos de la lucha competitiva libre y leal o por las regulaciones establecidas por el estado en su favor". [376] 76

Por tanto, la conducta debe afectar a los intereses de los consumidores, como colectivo, como categoría de sujeto en el mercado, en suma como interés difuso.

Los delitos contra los intereses de los consumidores son el acaparamiento(art. 233°, especulación(art.234°) , adulteración(art. 235°) y fraude comercial(art.239°) . Lo interesante de este grupo de delitos, es que- como advierte Abanto- , en realidad la conducta delictiva no ataca directamente el interés de los consumidores, sino mayormente alguna regulación económica establecida como excepción a la regla general de la libre competencia, para garantizar el bienestar de los consumidores. [377] 77

Ahora bien, la pregunta es que si las figuras del acaparamiento o de la especulación son pasibles de darse en una economía de mercado. Para Abanto no, pues son figuras inocuas en una economía de tal naturaleza. Asimismo, no es una regulación provocada por una conmoción o calamidad pública, ya que en estas situaciones, se considera a los mencionados tipos como agravados. Por tanto, lo que se deduce es que se establece dicha regulación por una crisis económica o política, no causadas por fenómenos naturales. [378] 78

En el artículo 233° contiene la figura del "acaparamiento", prescribiéndose que el que acapara o de cualquier manera sustrae del comercio bienes de consumo o producción con el fin de alterar los precios, provocar escasez u obtener lucro indebido en perjuicio de la colectividad, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años y con noventa a ciento ochenta días- multa.

En el segundo párrafo se señala la figura agravada indicándose que si se trata de bienes de primera necesidad, la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años y de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días- multa.

Asimismo, en el artículo 234°: se trata la "especulación", prescribiéndose que el productor, fabricante o comerciante que pone en venta productos considerados oficialmente de primera necesidad a precios superiores a los fijados por la autoridad

376 76 Abanto Vásquez, Manuel: Ob. Cit. Lima 2000, p.199

377 77 Abanto Vásquez, Manuel: Ob. Cit. Lima 2000, p.203.

378 78 Abanto Vásquez, Manuel: Ob. Cit. Lima 2000, p.207.

competente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años y con noventa a ciento ochenta días- multa.

Asimismo, se indica que el que injustificadamente vende bienes o presta servicios a precio superior al que consta en las etiquetas, rótulos, letreros o listas elaboradas por el propio vendedor o prestador de servicios, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año y con noventa a ciento ochenta días- multa.

En el tercer párrafo se establece que el que vende bienes que, por unidades tiene cierto peso o medida, cuando dichos bienes sean inferiores a estos pesos o medidas, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año y con noventa a ciento ochenta días- multa.

Finalmente, en el cuarto párrafo se señala que el que vende bienes contenidos en embalajes o recipientes cuyas cantidades sean inferiores a los mencionados en ellos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año y con noventa a ciento ochenta días- multa.

Por otra parte, en el artículo 235° se incluye la figura de la “adulteración o falseamiento”, estableciéndose que el que altera o modifica la calidad, cantidad, peso o medida de artículos considerados oficialmente de primera necesidad, en perjuicio del consumidor, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años y con noventa a ciento ochenta días- multa.

En el artículo 236° se establece que si los delitos previstos(Acaparamiento, Especulación y Adulteración) , se cometen en épocas de conmoción o calamidad públicas, la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días- multa.

También es necesario señalar lo que corresponde al artículo 237°, respecto a la “venta ilegal de mercaderías”, señalándose que el que pone en venta o negocia de cualquier manera bienes recibidos para su distribución gratuita, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años. Como figura agravada se señala que si el delito se comete en época de conmoción o calamidad públicas, o es realizado por funcionario o servidor público, la pena será no menor de tres ni mayor de ocho años.

Y, finalmente en el artículo 239° se incluye la figura de “venta fraudulenta de bienes”, prescribiéndose que el que vende bienes o presta servicios, cuya calidad o cantidad son diferentes a los ofertados o a los consignados en los rótulos, etiquetas, letreros o listas elaboradas por la propia empresa vendedora o prestadora de servicios será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años y con sesenta a viento veinte días-multa.

Asimismo, se señala en el segundo párrafo que el que vende bienes cuya fecha de vencimiento ha caducado, será reprimido con la misma pena.

5. OTRAS INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN DIRECTA

AL CONSUMIDOR

Cuando en la década del 90, en el Perú se comienza a cambiar el orden público económico, hasta ese entonces vigente, por uno de carácter liberal, y con este, se inicia un proceso de privatización de las empresas hasta ese momento públicas, se empieza a pensar en la creación de instituciones que vayan de acuerdo con un régimen de economía de mercado. Así, por ejemplo, se creó Indecopi, como un organismo polifacético que cumpliera una serie de funciones como salvaguardar la libre competencia, reprimir la competencia desleal, proteger al consumidor, resguardar la propiedad intelectual, entre otras.

Así como se creó Indecopi, se crearían los llamados organismos reguladores, como contrapartida del proceso de privatización mencionado que involucraba normalmente a las empresas encargadas de los servicios públicos. De esta manera, se creó Osiptel, Osinerg, Sunass y Ositran, cada uno de ellos destinado a un sector en especial, y en momentos distintos.

Sin embargo, con posterioridad, mediante la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Público, promulgada y publicada el 26 y 29 de julio del 2000, respectivamente, se tratan unificadamente la naturaleza y las funciones de dichos organismos.

Así, se señala en su artículo 2° - en cuanto a la naturaleza de los organismos- que “son organismos públicos descentralizados adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros, con personería de derecho público interno y con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera”.

Seguidamente, en el artículo 3°, se establecen las funciones que cumplen dichos organismos reguladores:

a. Función supervisora: comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el Organismo Regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisadas;

b. Función reguladora: comprende la facultad de fijar las tarifas de los servicios bajo su ámbito;

c. Función normativa: comprende la facultad exclusiva de dictar, en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios;

d. Función fiscalizadora y sancionadora: comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión;

e. Función de solución de controversias: comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y

sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados; y

f. Función de solución de los reclamos de los usuarios de los servicios que regulan.

Asimismo, se indica que estas funciones serán ejercidas con los alcances y limitaciones que se establezcan en sus respectivas leyes y reglamentos.

a) Sector Telecomunicaciones

En lo que respecta al sector de telecomunicaciones, mediante el D.S. No. 013- 93-TCC, se aprobó el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, promulgado el 28 de abril de 1993, en el que se señalaba en su artículo 6° lo siguiente:

"El Estado fomenta la libre competencia en la prestación de los servicios de telecomunicaciones, regula el mercado de forma que se asegure su normal desenvolvimiento, se controle los efectos de situaciones de monopolio, se evite prácticas y acuerdos restrictivos derivados de la posición dominante de una empresa o empresas en el mercado. Igualmente, el Estado fomenta la participación de los usuarios de servidores de los de telecomunicaciones, en el establecimiento de tarifas y en la prestación y control de estos servicios".

Pues bien, todo lo señalado como aspecto general en la Ley de Telecomunicaciones, fue dispuesto para ser cumplido como función del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL) , en el ámbito de los servicios públicos de telecomunicaciones.

En la misma Ley de Telecomunicaciones se precisa en el artículo 76° las funciones fundamentales que debe cumplir OSIPTEL, siendo las siguientes:

1.Mantener y promover una competencia efectiva y justa entre los prestadores de servicios portadores, finales, de difusión y de valor añadido.

2.Proveer información y asistencia al Ministro de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, cuando así lo requiriera o cuando el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones lo considerará apropiado sobre cualquier materia relacionada a la competencia del Organismo.

3.Expedir directivas procesales para solucionar y resolver los reclamos de los usuarios de los servicios.

4.Resolver controversias por la vía administrativa entre prestadores de servicios portadores, finales de difusión y de valor añadido.

5.Fijar las tarifas de servicios públicos de telecomunicaciones y establecer las reglas para su correcta aplicación.

6.Asesorar al Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción sobre el otorgamiento de autorizaciones, permisos y licencias.

7.Asegurar la correcta normalización y aprobación de equipos y aparatos de telecomunicaciones.

8.Administrar arbitrajes de acuerdo con lo previsto por esta Ley sus reglamentos.

9.Adoptar las medidas correctivas sobre las materias que son de su competencia o

que le han sido delegadas.

10.Elaborar y administrar su presupuesto obtenido en base a las asignaciones conferidas por la presente Ley y sus Reglamentos.

11.Administrar el Fondo de Inversión de Telecomunicaciones (FITEL) , de acuerdo a lo señalado por la presente Ley y sus reglamentos.

12.Ejercer las funciones y atribuciones que le fueran delegadas por el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción.

Se nota entonces que OSIPTEL asume no sólo como función el promover una competencia efectiva, sino también contemplar los reclamos de los usuarios así como fijar las tarifas de servicios públicos de telecomunicaciones y establecer las reglas para su correcta aplicación, entre las más importantes. Es decir, muchos de los aspectos en relación con los usuarios, tienen como organismo central al ente regulador como OSIPTEL.

Posteriormente, mediante el D. S. N° 62- 94- PCM, se aprobó el Reglamento de OSIPTEL, el 09 de agosto de 1994, en el que se indicaba en el artículo 4°, que la finalidad del OSIPTEL es "lograr el acceso, de un mayor número de personas, a los servicios públicos de telecomunicaciones, con niveles de calidad y eficiencia, dentro de un esquema de libre y leal competencia entre empresas operadoras". Asimismo señalaba que "corresponde a OSIPTEL dentro del marco de la Ley de Telecomunicaciones y de la Ley N° 26285, proteger al mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones de las prácticas restrictivas de la libre competencia, así como a los usuarios y empresas que prestan dichos servicios de cualesquiera otras prácticas que los afecten".

Luego, el anterior Reglamento sería derogado al entrar en vigencia el nuevo, mediante el D.S. 008- 2001- PCM, el 2 de febrero del 2001, el que – en su artículo 8° - indica como principio de Promoción de la Competencia que "la actuación del OSIPTEL se orientará a promover las inversiones que contribuyan a aumentar la cobertura y calidad de los servicios públicos de telecomunicaciones, orientando sus acciones a promover la libre y leal competencia, en el ámbito de sus funciones". Asimismo se añade en el artículo 9° - como Principio de Imparcialidad – que "OSIPTEL ponderará con justicia e imparcialidad y con estricto apego, a las normas pertinentes, los intereses de las empresas operadoras de servicios y de los usuarios. Casos o situaciones de las mismas características deberán ser tratados de manera análoga". Igualmente en el artículo 11° - como Principio de Subsidiariedad- se incluye que "la actuación del OSIPTEL es subsidiaria y sólo procede en aquellos supuestos en los que el mercado y los mecanismos de libre competencia no sean adecuados para la satisfacción de los intereses de los usuarios y de los competidores. En caso de duda sobre la necesidad de aprobar disposiciones regulatorias y/o normativas, se optará por no aprobarlas y, entre varias opciones similarmente efectivas, se optará por la que menos afecte la autonomía privada".

b) Sector Eléctrico e Hidrocarburos

En el sector eléctrico y de hidrocarburos – a semejanza de otros sectores- se creó también un organismo regulador. Se le denominaría Organismo Supervisor de la

Inversión en Energía, cuya sigla es OSINERG, creado por la Ley N° 26734 del 30 de diciembre de 1996.

La ley – en su artículo 1°- 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".

Como funciones básicas de OSINERG se señalan las siguientes:

- Conducir la Regulación Tarifaría.
- 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

Como se podrá advertir, dentro de las funciones básicas a cumplir por OSINERG, se encuentran ineludiblemente, las que corresponden a los intereses de los usuarios, como sujetos interesados en los servicios públicos.

Pero, no sólo hay que observar a los usuarios, como aquellos sujetos que tienen derechos- que obviamente los tienen- sino que también son sujetos pasibles de exigírseles ciertos deberes, que en definitiva van a redundar en el mejoramiento del servicio.

Así, se establece como deberes de los usuarios de la energía eléctrica:

1.Evitar conductas y actos que pongan en riesgo su vida y su salud. o la de otros.

2.Utilizar la electricidad con autorización de la empresa de electricidad

3.No manipular el medidor ni permitir que otros lo hagan dando aviso a la empresa de electricidad

4.Comunicar a la empresa de electricidad cualquier irregularidad en el uso del servicio de energía eléctrica.

5.No revender energía.

6.Actuar con responsabilidad en el uso del servicio

E igualmente se establecen los siguientes derechos:

1.A contar con un medidor de energía eléctrica y a recibirlo en buenas condiciones.

2.A elegir libremente su tarifa.

3.A la aplicación de las tarifas publicadas.

"Programa Cybertesis PERÚ - Derechos son del Autor"

4.Al cobro de acuerdo a la lectura mensual del medidor.

5.A recibir la factura todos los meses.

6.A no tener cortes del servicio por el primer mes de deuda, salvo que haya suscrito un convenio.

7.A ser compensado en caso de sufrir interrupciones del servicio.

8.A ser informado antes de los cortes programados.

9.A presentar reclamos.

10.A ser notificado previamente antes de la intervención del medidor.

11.A exigir el cumplimiento de las normas de seguridad.

12.A estar informado sobre situaciones de riesgo y las medidas para prevenir accidentes en el uso de electricidad.

13.A solicitar la anulación de instalaciones peligrosas.

14.A que sus reclamos sean transmitidos de acuerdo al procedimiento establecido.

15.A las contribuciones reembolsables por extensión de red o ampliación de potencia contratada, en caso de que haya aportado.

16.A solicitar la contrastación de su medidor por terceros.

En lo que respecta a los hidrocarburos se establece los siguientes derechos de los usuarios:

1.La atención del personal de los grifos y estaciones de servicio debe ser rápida y amable.

2.El personal que labora en los grifos y estaciones de servicio debe colocar el contador del surtidor en cero antes de cargar el combustible en el vehículo del usuario.

3.El cliente tiene derecho a pedir el cilindro calibrado por INDECOPI para verificar la medida exacta de combustible.

4.Los grifos y estaciones de servicio ubicados en carreteras y en la ciudad, deberán tener baños separados para hombres y mujeres, además de los que usen los trabajadores.

5.También están obligados a dar el servicio de aire y agua a los vehículos y deben tener bien identificados los lugares donde se dan estos servicios.

6.Los establecimientos de venta de combustible están obligados a colocar los precios por galón en letreros visibles y luminosos.

b.1. Reclamos:

Se establece que tanto las personas naturales como las jurídicas pueden hacer sus reclamos. La condición es que lo hagan las personas titulares del servicio y/o quienes acrediten su legítimo interés en su condición de usuarios o recurrentes. Los reclamos se pueden tramitar directamente o por intermedio de un representante que esté debidamente autorizado mediante carta poder simple, por las siguientes causas:

- Por considerar excesivo el importe de su factura.
- Por considerar incorrecta la aplicación de la tarifa.
- Por observar falta de lectura mensual de su medidor o errores en las lecturas.
- Por considerar que se le brinda un servicio de mala calidad técnica.
- Por no devolución de contribución reembolsable o devolución con modalidad distinta a la elegida.
- Por considerar injustificado el cobro de recupero de consumos no registrados.
- Por cambio de opción tarifaria.
- Por inclusión en sus facturas de una deuda de otro suministro.
- Por considerar incorrecto el cobro de deuda de terceros.
- Por otras cuestiones vinculadas a la prestación del servicio público de electricidad.

Su reclamo pueden hacerlo por escrito (directamente o vía telefax) o verbalmente (en forma personal o por teléfono) .

- Si presenta su reclamo por teléfono, exija 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 usted está reclamando sean debidamente consignados por el concesionario. Anote y conserve el número de registro de su reclamo, fecha, hora y el nombre completo del funcionario que le atendió.
- Si presenta su reclamo personalmente, exija 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 presenta su reclamo por escrito, describa y anote claramente sus pedidos; lleve además una copia o fotocopia del mismo y asegúrese que se lo sellen como constancia de entrega (cargo) .

Todo reclamo se puede presentar en las oficinas de atención al público del concesionario y/o en los teléfonos de éste, según el caso. Cabe precisar que el procedimiento de reclamo es gratuito, es decir, no cuesta nada. Asimismo, no es obligatoria la intervención de un abogado o de un asesor técnico, para presentar su reclamo y seguir el procedimiento. Sin embargo, si no se está seguro de sus derechos o no comprende bien la materia de su reclamación, puede resultar conveniente asesorarse antes de iniciar su reclamo.

Se debe adjuntar al reclamo presentado, si este se presenta por escrito, lo siguiente:

- La descripción clara y concreta de su reclamo.
- Fotocopia de su documento de identidad (L.E. o D.N.I. si es peruano, o pasaporte si es extranjero) .
- Medios probatorios como facturas, inspecciones, pericias, informes técnicos, entre otras pruebas que ayuden a comprender y resolver los temas de su reclamación

- Dirección completa de su domicilio para los efectos de las notificaciones y teléfono donde ubicarlo.
- Número de suministro, que figura en su recibo de luz
- Firma de usted o de su representante o apoderado, según el caso.
- Copia de poderes del representante o apoderado.
- Lugar y Fecha.

Si omitiera presentar cualquiera de los requisitos antes descritos podrá subsanarlo, previa notificación del concesionario, dentro del plazo de tres días hábiles. En caso de no subsanar lo solicitado el concesionario podrá declarar inadmisible su reclamo.

Hay que añadir que el reclamante tiene una protección especial a gozar:

- El concesionario no puede condicionar la atención de su reclamo al pago previo de la factura materia de reclamo, ni de los intereses y moras.
- Hasta que se resuelva el reclamo, en las facturas posteriores no se deberá incluir la deuda reclamada, ni sus intereses y moras. Sin embargo el concesionario puede exigirle el pago oportuno de cualquier otro importe que no esté relacionado con el reclamo.
- Mientras el reclamo se encuentre en trámite, el servicio eléctrico no será cortado, siempre que cumpla con las demás obligaciones comerciales que no sean materia de reclamo. Insista en que el concesionario le permita pagar todo lo que no esté relacionado con su reclamo, de lo contrario, podría incurrir en causal de corte del servicio.

b.2. Trámite del Reclamo:

Una vez que el concesionario verifica que la información recibida con el reclamo está completa, éste deberá citar al usuario reclamante a una Audiencia Única. No es obligatorio que se asista a esta audiencia, y en todo caso si se asiste, se tiene la facultad de mantener a salvo su derecho a no aceptar fórmula de conciliación que se considere no satisface nuestros intereses.

Después de 8 días hábiles de haber recibido el reclamo, el concesionario citará al usuario a una audiencia única, fijando para ello dos fechas, entre las cuales deberá mediar por lo menos dos días hábiles. Entre la notificación y la realización de la audiencia en primera fecha deben mediar por lo menos 5 días hábiles. Si en dicha audiencia se llegara a una conciliación, termina el proceso y el acta de esta reunión es equivalente a una resolución que pone fin a la instancia. Si no hubiera conciliación el procedimiento seguirá su curso

El concesionario tiene 30 días hábiles a partir del día en que recibe el reclamo, para emitir una resolución declarando fundado (a favor del usuario) o infundado (en contra del usuario) . Esta resolución deberá ser notificada al reclamante dentro del plazo de 10 días hábiles contados desde la fecha en que ésta se expidió. Si el concesionario no resolviera ni notificara dentro de los plazos señalados, puede considerar fundada su reclamación (silencio administrativo positivo) en todo aquello que tenga sustento legal. Si la

reclamación es declarada improcedente o infundada, puede presentar un recurso de reconsideración o un recurso de apelación.

Si considera el usuario reclamante que tiene elementos probatorios adicionales que desvirtúen la resolución del concesionario, el plazo para presentar este recurso de reconsideración por escrito es de 15 días hábiles desde que recibe la resolución, y debe acompañar necesariamente nueva prueba. El concesionario tiene un plazo máximo de 30 días hábiles para resolver su recurso.

Si el usuario reclamante, no está de acuerdo con la resolución del concesionario que resuelve el reclamo o el recurso de reconsideración, puede presentar un recurso de apelación con el fin que eleve el concesionario el expediente al OSINERG, y este Organismo lo resuelva en última instancia administrativa. El plazo para presentar el recurso de apelación es de 15 días hábiles desde que recibe la resolución. No es necesario presentar previamente recurso de reconsideración para presentar recurso de apelación. El recurso se presenta por escrito, en las oficinas del concesionario.

Otro recurso es el de queja. En cualquier estado del procedimiento, puede recurrirse en queja ante el OSINERG, contra los defectos de tramitación que supongan demora o infracción de plazos establecidos; también contra la denegatoria no justificada a dar trámite a su apelación. Si el recurso de queja es presentado en provincias, debe ser entregado en la Dirección Regional de Electricidad respectiva.

Asimismo, en cuanto a las notificaciones, cuando se reciba algún documento o notificación de resolución del concesionario, debe consignar en el cargo de dicho documento, su nombre, documento de identidad, firma, fecha y hora. Si quien lo recibe no es directamente el usuario reclamante, la persona que lo haga debe consignar en el cargo, además de la información antes señalada, el vínculo o relación que le une.

Todos los plazos aquí referidos se computan a partir del día siguiente de recibido el documento o notificación, por lo que es necesario consignar la fecha de recepción.

El OSINERG se pronunciará mediante Resolución, revocando, declarando la nulidad o confirmando la Resolución del concesionario, dentro del plazo de 30 días hábiles. Con lo resuelto por OSINERG, se tendrá por agotada la vía administrativa, quedando expedita la vía judicial, en caso de no estar de acuerdo con lo resuelto.

c) Servicios de Saneamiento

En cuanto a los servicios de saneamiento se creó también un organismo especial como la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS) , mediante Decreto Ley N°25965, el 19 de diciembre de 1992. Luego, se da la Ley General de la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento Ley N° 26284, el 18 de enero de 1994.

La SUNASS tiene como función principal, la de proteger los derechos de los usuarios de los servicios de saneamiento. Por tanto, se responsabiliza de resolver en segunda y última instancia administrativa (recursos de apelación) los reclamos de los usuarios presentados ante las empresas prestadoras de servicios. Asimismo, brinda orientación telefónica y personal sobre el procedimiento de reclamos, atendiendo también otro tipo de requerimientos de los usuarios que implican una acción y/o respuesta por parte de la

"Programa Cybertesis PERÚ - Derechos son del Autor"

SUNASS hacia las empresas prestadoras de servicios o usuarios. Existe la Resolución de Consejo Directivo N° 033- 2001- SUNASS- CD, que es la que regula los reclamos de los usuarios de servicios de saneamiento, ante la SUNASS.

La Misión de la SUNASS es regular la prestación de los servicios de saneamiento 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.

Como Organismo regulador y fiscalizador de la prestación de los servicios de saneamiento en el Perú, la SUNASS:

- Garantiza al usuario que los servicios de saneamiento se den en las mejores condiciones de calidad.
- Establece las condiciones generales de la prestación del servicio.
- Emite normas complementarias sobre la prestación de los servicios de saneamiento. Esto incluye normas sobre organización de las Entidades Prestadoras de Servicios de Saneamiento (EPS) , calidad del servicio, regulación tarifaria, instrumentos de atención de reclamos de los usuarios y otros aspectos vinculados a la prestación de los servicios de saneamiento.
- Fiscaliza el cumplimiento de las normas de prestación del servicio y de fijación tarifaria, vigilando que el servicio que brindan las EPS se dé en condiciones de calidad, y de corresponder, aplica las sanciones pertinentes.

d) Transporte de Uso Público

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.

6. APRECIACIÓN CRÍTICA: MÁS ALLÁ DE LA ASIMETRÍA INFORMATIVA

De la revisión de la normatividad de protección directa del consumidor, se puede extraer una idea central: Existe una diversidad de normas de distinto origen que se han alineado a una forma de proteger al consumidor de carácter liberal.

Así, se ha establecido como normas centrales, la Ley de Protección al Consumidor y la Ley sobre Publicidad Comercial, que tienen una fundamentación liberal, de retracción

del Estado, auspiciadas por el orden público económico configurado en la Constitución Económica de 1993. En el caso de la legislación sobre los organismos reguladores, también asumen la misma fundamentación.

Asimismo, la legislación civil y penal, tiene otro origen en relación a la normatividad anterior, e, igualmente, otra motivación. La legislación civil surge como una normatividad aplicable a la contratación en masa, aunque no está explícitamente presente la defensa de los consumidores o usuarios. En el caso de la legislación penal, el entorno macroeconómico es el configurado por la Constitución de 1979, es decir, uno de intervención estatal de la economía, de control de la misma, y, por ello, muchas de las figuras penales incluidas en dicho Código, hay que interpretarlas bajo los anteriores considerandos.

La idea central que subyace a la legislación de protección directa del consumidor es la existencia de un problema de asimetría informativa. Esta última es concebida como aquella situación en la que la empresa posee mejor información que el consumidor, concediéndole a la primera una evidente ventaja estratégica. Así, en lo que se refiere a los contratos por adhesión o en las cláusulas generales de contratación "... la empresa suele ser la que redacta las cláusulas porque cuenta con mejor información que el consumidor. Pero esta información (lograda a través de mecanismos como la mercadotecnia o la propia experiencia del mercado) concede a la empresa una ventaja estratégica sobre el consumidor, que suele no leer o no entender las cláusulas a las cuales se adhiere como consecuencia de un acto que podríamos casi catalogar de auto-reflejo...". [379] 79

De manera que se concluye que enfrentando dicha asimetría informativa, y, con la lógica del propio mercado, el consumidor puede sentirse protegido. Así, bajo la explicación de Bullard: "... El mercado perfecto puede reemplazar el rol de la negociación en un mundo de intercambio masivo siempre que exista adecuada información. Si bien el consumidor no puede negociar los términos de un contrato, si puede ir a otro productor que ofrece mejores términos. Las opciones de los consumidores para dejar de comprar un producto son de mejor incentivo para que una empresa incluya condiciones razonables en sus contratos. Como dice Trebilcock el problema no es que las cosas se planteen en los términos de "tómelo o déjelo" sino si en el caso que el consumidor decide dejar lo que se le ofrece, conozca y tenga otras opciones disponibles". El autor citado adiciona: "...si el sistema de mercado funciona perfectamente sólo la libertad de contratar es realmente necesaria. La libertad contractual implica necesariamente negociación. Como vimos la negociación genera costos de transacción. En consecuencia es preferible que las cláusulas sean redactadas por una de las partes y que la protección contra dichas cláusulas se dé por intermedio del rechazo o la aceptación a las mismas sin necesidad de negociarlas(...) Esto funcionará, obviamente, si los consumidores están adecuadamente informados, y toman en cuenta el contenido de las cláusulas a la hora de tomar sus decisiones en el mercado". [380] 80

[379] 79 Bullard González, Alfredo: "¡Firme primero, lea después! La contratación masiva y la defensa del consumidor" en: El Derecho Civil Peruano. Perspectivas y problemas actuales. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Lima 1993, p.25.

Bullard igualmente, recusa la incidencia en la problemática de la protección al consumidor de la existencia de una desigualdad económica entre empresas y consumidores. Citando a De la Puente señala que en este nuevo fenómeno social(contratación en masa) , no existe necesariamente, al menos en teoría, una parte poderosa y una parte débil. Tan precisado se encuentra el productor de colocar rápidamente su producción de bienes y servicios como el público anónimo de satisfacer de inmediato sus necesidades de esos bienes y servicios. [381] 81

No obstante lo dicho, el mercado- se sabe- no es perfecto. La autotutela- que es lo que propugna la Ley de Protección al Consumidor –está basado en las reglas del mercado, de uno con competencia perfecta. Como explica Morote [382] 82, la competencia perfecta supone que ninguno de los sujetos que participan en el Mercado tenga el poder suficiente para alterar el funcionamiento del sistema. Asimismo, el supuesto de competencia perfecta equivale reconocer que todos los precios surgen por la espontánea unión entre oferta y demanda, sin que exista ningún elemento distorsionador. Esto requiere consumidores plena y realmente informados, así como mercado en real operatividad. Concluye el autor citado en lo siguiente: “Como parece evidente, el supuesto de competencia perfecta es utópico dado que la experiencia cotidiana demuestra la existencia de ciertos hechos y/o conductas en diametral oposición a sus postulados(...) lo que realmente existe es competencia imperfecta.”.

Esta situación – siguiendo lo dicho por Morote- determina que en los hechos se encuentren no una simetría sino tres que marcan definitivas diferencias entre empresa-consumidor. La primera, la asimetría en la información, supone la concentración y administración de la misma por parte de las empresas, ocasionando que el mercado no sea determinado por el consumidor ni que este sea efectivamente tutelado por la propia competencia. Es el afán maximizador de la empresa, la que la hace administrar la información, es decir, proporcionar aquella que no le ocasiona la pérdida de su situación de predominio. La segunda, es la asimetría en el poder económico o en la posición en el mercado, la misma que consiste en la verificación de un status económico superior en las empresas respecto del consumidor. De acuerdo a esta asimetría, la empresa no sólo tendrá mayores recursos que el consumidor para influenciar al mercado, sino que adoptará una serie de comportamientos estratégicos encaminados a incrementar su utilidad. La tercera, es la asimetría en el derecho, y se resume en la imposibilidad de solucionar la situación descrita a través del empleo de las categorías jurídicas tradicionales. Como conclusión Morote señala: “... somos de la opinión que en nuestro país resulta inviable la aplicación del modelo de autotutela debido a que, por más normas que obliguen a la empresa a brindar información, nos encontramos con información administrada, diferencias considerables de poder económico, un mercado incipiente e instrumentos jurídicos inútiles para la regulación eficaz de esta nueva realidad”. [383] 83

[380] 80 Ibid., p.33.

[381] 81 Ibid., pp.25- 26.

[382] 82 Morote Nuñez, Hugo: “La protección al consumidor en el Código Civil” en: El Derecho Civil Peruano. Perspectivas y problemas actuales. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Lima 1993, p.179 y ss.

Coincidimos plenamente con lo señalado por Morote, en el sentido de que el propio mercado, aún enfrentando la asimetría informativa entre empresa. y consumidor, no es lo adecuado en la protección del consumidor, debido precisamente a la existencia de las asimetrías adicionales a la informativa, que hace inviable el modelo de autotutela que subyace en la ley de protección al consumidor peruana.

La particularidad de la protección al consumidor en el Perú, se muestra en lo que concierne a los productos denominados "productos basura", es decir, aquellos de ínfima calidad y de bajo precio. Hay quienes opinan que consumirlos es un acto racional: "Comer basura no es, obviamente, nada saludable- señala Bullard- . Los riesgos de contraer enfermedades o intoxicarse con un alimento descompuesto son más que evidentes. Sin embargo, esas personas deciden asumir dichos riesgos ante un mal mayor: el morirse de hambre". Continúa diciéndonos: "...La pobreza convierte a la basura en una alternativa de supervivencia. Los costos de comerla(enfermar) son menores que los beneficios(seguir viviendo) y ello hace de la conducta, con toda su carga deshumanizante, algo perfectamente racional. Por ello es que a pesar de la reacción negativa que nos genera, no nos atrevemos a sugerir su prohibición". [384] [84] Se señala adicionalmente, que la intervención del Estado en cuanto a controlar la calidad de estos productos, generaría sobrecostos o externalidades, que de manera muy difícil, podrían ser asumidas por un consumidor pobre, siendo el efecto de dicha intervención contraproducente.

Sin embargo, aquí también la lógica del mercado choca con una realidad concreta como la peruana. Resulta por tanto, interesante lo expuesto por Ismael Núñez [385] [85], el cual basándose en la situación de pobreza en nuestro país, incide en el cuestionamiento de ciertos presupuestos del mercado. Así, señala que como presupuestos básicos se tienen: la existencia de individuos racionales; la existencia de externalidades generadas por la contratación; información de mercado suficiente; inexistencia de monopolios u oligopolios y un sistema contractual viable en términos de costos. Señala Núñez que la problemática de la pobreza, cuestiona directamente los dos primeros presupuestos: la racionalidad del consumidor y la necesaria ausencia de externalidades contractuales.

En cuanto a la racionalidad del consumidor, señala que el problema de la propuesta liberal y de la aparente consistencia de sus argumentos reside en asimilar el concepto de "consumidor racional" al de "individuo racional", inteligente, con capacidad de discernimiento y oponerlo al de "consumidor tonto". Pero, tomando en cuenta, la pérdida constante de la capacidad adquisitiva del consumidor peruano, lo que hace que la mitad de los peruanos se encuentren en estado de pobreza y que la cuarta parte sea

[383] [83] Ibid., p.182

[384] [84] Bullard González, Alfredo: ¡Lo que no mata engorda! Los "productos basura" y los prejuicios y perjuicios de la protección al consumidor en un país pobre". En: Ius et Veritas Año VII, N°12 Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontifica Universidad católica del Perú. Lima 1996, p.103.

[385] [85] Nuñez Sáenz, Ismael: "Pobreza, consumo y defensa del consumidor" en: Derecho N° 51. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Diciembre 1997, pp. 583 y ss.

considerada en extrema pobreza "... en la práctica tornan inoperante la racionalidad del consumidor en sus decisiones de compra, pues su posibilidad de elección es mínima y si no se puede elegir, ¿de qué consumidor racional hablamos? Ello no quiere decir que el consumidor pobre sea incapaz de decidir qué es lo que le conviene o lo que no le conviene(por ejemplo los "productos basura") sino tan sólo que su deteriorada economía no le permite "comparar" y por ende deducir "qué es lo mejor"". "En definitiva – agrega el autor citado- la existencia de consumidores sin capacidad de elección determina su irracionalidad en el plano del consumo y con consumidores irracionales el mercado no puede funcionar, razón ésta, por demás justificante de una intervención del Estado en el mercado, sino para corregir el origen de dicha irracionalidad, por lo menos para paliar sus consecuencias". [386] 86

En lo que respecta a las externalidades, la contratación de los "productos basura"- señala Núñez- , genera de hecho las externalidades negativas, siendo lo más preocupante de ellas los daños que determinados productos generan a la salud.

Finalmente el autor citado concluye: "...La defensa del consumidor es un campo en el cual la tutela estatal no puede retroceder y el mercado de los productos de baja y pésima calidad es uno que no puede liberalizar sin tomar en cuenta el aspecto social(pobreza) . No sólo por un mandato constitucional que limite al Estado en este sentido, sino porque además una real economía social de mercado presupone la existencia de mercados, y ellos aún están en formación en el Perú". [387] 87 [388] 88

Lo cierto es que más allá de que la lógica del mercado funcione- y hay muchas razones que ponen en duda dicho funcionamiento- en el Perú no existe mercado en competencia, sino uno concentrado, que hace que el consumidor no pueda ser protegido mediante la autotutela, como se pretende en cuanto a la Ley de Protección al consumidor. Habría que en definitiva tener en cuenta en lo que respecta a la protección al consumidor, lo señalado por Martínez de Aguirre: "Dicho con otras palabras: la actuación legislativa sobre el mercado para conseguir un sistema de competencia perfecta que proteja adecuada y eficazmente los intereses de los consumidores(mediante el comportamiento eficiente del propio mercado) aparece como excesivamente teórica y demasiado alejada de los problemas concretos que hay que resolver con concretos

[386] 86 Ibid., pp. 591- 593

[387] 87 Ibid, p.609

[388] 88 A una conclusión similar arribó Enrique Elias Laroza: "Creemos que no. Con muy buen sentido nuestros constituyentes recordaron que la economía de mercado no es infalible, que la creación de un mercado no es fácil y que se requiere la intervención del Estado contra las distorsiones que impiden su operación eficiente. Los excesos y defectos de un mercado incipiente deben ser corregidos por una acción social acorde con el rol de subsidiariedad del estado, sin que ello signifique impedir la libre acción de las fuerzas del mercado...". En: "Lo barato sale caro: mata y no engorda" en: Ius et Veritas Año VII N°13. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 1996, p.58. este artículo en el que Elias Laroza criticaba fuertemente a lo escrito por Bullard y lo hecho por INDECOPI, fue respondido en: Bullard Gonzalez, Alfredo: "Me quiere, no me quiere. Deshojando margaritas ideológicas en torno a la protección al consumidor". En: Ius et Veritas. Año VIII N°14. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 1997, pp. 109 y ss.

consumidores. En esta perspectiva, cabe preguntarse con Cranston, si hay que preferir los indirectos o intangibles beneficios de la competencia, a las medidas de protección dirigidas directamente a proteger a los consumidores. Más aún cuando la experiencia constante demuestra que el llamado modelo de competencia perfecta no pasa de ser un modelo, al que conviene tender, pero no ha llegado nunca a realizarse(ni siquiera si se me apura, nos hemos aproximado demasiado a él) : en la realidad hay que reconocer, ahora con Atiyah, que el mercado está plagado de imperfecciones(...) De suerte que, al menos en tanto no se eliminen esas imperfecciones(lo cual es algo que en la práctica nunca se ha conseguido, y es difícil que se consiga, por más que teóricamente sea posible) , parece más razonable tomar medidas jurídicas directas de protección a los consumidores; las cuales, por su parte, podrían contribuir sin duda a un más eficiente funcionamiento del mercado, en la medida en que contribuyan a permitir que el consumidor desempeñe la función de árbitro del mismo que le es atribuida por la teoría económica".[389] 89

[389] 89 Citado por Yuri Vega Mere: Contratos de Consumo. Editorial Grijley. Lima 2001, p.170

CAPÍTULO VI: PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN EL DERECHO COMPARADO

1. MÉXICO

1.1. Introducción

La protección al consumidor en México- como anota Jorge Witker [390] 90, hasta antes de la ley vigente- se encontró regulada por cuatro ordenamientos legislativos básicos de los cuales derivaron innumerables decretos y reglamentos. Estos ordenamientos fueron:

1.Ley de atribuciones del Ejecutivo Federal en Materia Económica(D.O. 30- 12- 1950) y su reglamento(D.O. 10- 1- 1951) .

2.Ley General de Normas de Pesas y Medidas(D.O. 7- 6- 1961) .

[390] 90 Witker, Jorge: Derecho Económico. Harla. México 1985, 371.

3.Ley General de Salud

4.Ley Federal de Protección al Consumidor y el reglamento sobre promociones y ofertas(D.O. 9- 5- 1980) .

La Ley de atribuciones del Ejecutivo Federal en Materia Económica, sirvió de encauzamiento jurídico a la intervención del Estado en lo económico, subordinando los intereses privados a los colectivos. Dicha subordinación conllevó que quienes realizaran actividades industriales o comerciales en la producción y distribución de artículos de consumo generalizado, efectos de uso general para el vestido de la población del país, materias primas esenciales para la actividad industrial, entre otros, quedaran sujetos a esta ley antes mencionada.

Por otra parte, la Ley Federal de Protección al Consumidor, del 22 de diciembre de 1975, se orientó a proteger y tutelar los derechos e intereses de los ciudadanos, con respecto al uso o disfrute de bienes y prestación de servicios. Witker [391] 91 señala que "la globalidad de la ley culmina cuando obliga al acatamiento de sus disposiciones no solamente a los comerciantes y prestadores de servicios, y a los industriales sino, lo que es particularmente importante cuando incluye a las empresas de participación estatal, a los organismos descentralizados, así como a los órganos del Estado, éstos últimos, en cuanto estén dedicados a actividades de producción, distribución, comercialización de bienes o prestación de servicios."

Asimismo, en lo que respecta a la Ley General de Salud y la protección del consumidor, cumple su cometido ya que reguló el control sanitario de alimentos, bebidas, medicamentos y en general bienes de consumo normal que se expendían por los particulares en el mercado mexicano. Así, en el artículo 194° de la Ley General de Salud, se señalaba como competencia de la Secretaría de Salubridad y Asistencia "el control sanitario del proceso de importación y exportación de alimentos, bebidas no alcohólicas, bebidas alcohólicas, medicamentos, estupefacientes, substancias psicotrópicas, productos de perfumería, belleza y aseo, tabaco, plaguicidas, fertilizantes y substancias tóxicas que constituyan riesgos para la salud, así como de las materias primas que intervengan en su elaboración...".

Pero, los múltiples cambios en las concepciones económicas en América Latina en la década de los 90, trajo como consecuencia que se trastocara la legislación con trasfondo económico, como la protección al consumidor. Es así como se pone en vigencia la Ley Federal de Protección al Consumidor de 1992, con lo que México se adscribe a una forma novedosa de afrontar el problema contemporáneo de protección al consumidor.

1.2.Examen de la Ley Federal de Protección al Consumidor de 1975

a) Concepto de Consumidor y Relación de Consumo

Según lo establecido en el artículo 3° de la Ley, por consumidor "... se entiende a quien contrata, para su utilización, la adquisición, uso o disfrute de bienes o la prestación de un servicio".

[391] 91 Witker, Jorge: Ob. Cit., pp. 372- 373.

"Programa Cybertesis PERÚ - Derechos son del Autor"

Y, también se indica – en el mismo artículo señalado anteriormente- que por proveedores se comprende "... a las personas físicas o morales a que se refiere el artículo 2° y por comerciantes a quienes hagan del comercio su ocupación habitual o realicen aunque fuere accidentalmente, un acto de comercio y su objeto sea la compraventa o arrendamiento de bienes muebles o la prestación de servicios". Cabe complementar lo anterior diciendo que en el artículo 2° de la Ley en cuestión, se prescribe lo siguiente: "Quedan obligados al cumplimiento de esta Ley los comerciantes, industriales, prestadores de servicios, así como las empresas de participación estatal, organismos descentralizados y los órganos del Estado, en cuanto desarrollen actividades de producción, distribución, comercialización de bienes o prestación de servicios a consumidores."

Por tanto, como se podrá apreciar, el consumidor asumido por la ley mexicana es el sujeto que "contrata para su utilización", y con esto, solo se toma en cuenta como sujeto protegido al titular del contrato, dejándose de lado a los destinatarios finales de dichos bienes o servicios que no necesariamente van a ser los que contratan. Se plantea un concepto claramente diferenciable del puesto en la ley peruana, ya que en ésta última, es quien adquiere, utiliza o disfruta como destinatario final productos o servicios.

En lo que atañe a los proveedores, se prescribe que pueden ser personas físicas o morales(jurídicas) , entendidas con el más amplio criterio, ya que se incluyen a las pertenecientes al derecho privado, como a las de derecho público, comprendidos dentro de esto último, a los organismos estatales. Lo interesante también a resaltar, es que el artículo 3° de la ley señala que se aplicará a comerciantes "... quienes hagan del comercio su ocupación habitual o realicen aunque fuere accidentalmente, un acto de comercio y su objeto sea la compraventa o arrendamiento de bienes muebles o la prestación de servicios", con lo que entonces se establece que el comerciante será aquél tomado como profesional o como no profesional, en el caso que efectúe un acto accidentalmente de comercio, lo que también se distingue de la ley peruana, en donde se asume la habitualidad, como carácter del proveedor.

Asimismo, se añade en el artículo 3° que "quedan exceptuados de las disposiciones de esta Ley, la prestación de servicios profesionales, y los que se presten en virtud de un contrato o relación de trabajo". Al respecto, la ley peruana señala en el artículo 3° literal d) que dentro de servicios se incluyen los servicios profesionales, pasibles de aplicárseles la ley de protección al consumidor. Asimismo, ambos ordenamientos coinciden en cuanto a exceptuar de su aplicación los servicios que se brindan bajo relación de dependencia.

b) Derecho a la Información

Se establece – en el artículo 5°- como obligación de todo proveedor de bienes y servicios, informar veraz y suficientemente al consumidor. De similar forma, en el artículo 5°, literal b) de la ley peruana se prescribe el derecho de todo consumidor a una información necesaria dada por el proveedor, y, en el artículo 15° se señala algo muy parecido al artículo de la ley mexicana cuando se dice que el proveedor está obligado a consignar en forma veraz, suficiente, apropiada, muy fácilmente accesible al consumidor o usuario, la información sobre los productos o servicios ofertados.

Además, relacionado con este derecho del consumidor, se señalan en la ley

mexicana, una serie de aspectos en cuanto a la publicidad. Así, en el mismo artículo citado, se establece que “se prohíbe, en consecuencia, la publicidad, las leyendas o indicaciones que induzcan a error sobre el origen, componentes, uso, características y propiedades de toda clase de productos o servicios”. El tratamiento de la publicidad es tal, dentro de esta ley, que se manifiesta que: “Los anunciantes podrán solicitar de la autoridad competente opinión o dictamen sobre la publicidad que pretendan realizar”.

Se establece además- en el artículo 8°- que la falta de veracidad en los informes o instrucciones a que se ha hecho referencia anteriormente, es causa de responsabilidad por los daños y perjuicios que ocasionen.

Asimismo, se indica – en el artículo 9°- que “la Dependencia competente en cada caso ordenará que se suspenda la publicidad que viole lo dispuesto en el artículo anterior(artículo 8°) y podrá exigir al anunciante que, a cargo del mismo, realice la publicidad correctiva en la forma en que aquella la estime suficiente, sin perjuicio de imponerle las sanciones en que hubiere incurrido”.

Entre una de las condiciones con las que debe contar la información proporcionada es que los datos presentados deben estar en idioma español, en términos comprensible y legibles(artículo 7) .

En cuanto a los productos peligrosos, se establece – en el artículo 13°- que el proveedor deberá incorporar en los mismos o en instructivo anexo, las advertencias e informes para que su empleo se realice con la mayor seguridad posible. También deberán proporcionar la misma información quienes presten servicios peligrosos. También esta obligación será exigible cuando la peligrosidad sea notoria, derive de la propia naturaleza del producto o servicio, o haya sido definida por autoridad competente. El incumplimiento de la obligación a que se refiere este artículo 13°, es causa de responsabilidad por los daños o perjuicios que se ocasionaren y sujeta al responsable a las sanciones correspondientes.

Por otra parte, en el artículo 15° y 16° se establecen una serie de observancias con respecto a las promociones y ofertas, distinguiéndose entre ambos términos, lo que en la ley peruana se ha efectuado sólo jurisprudencialmente. Así, en el artículo 15°, se señala que se entiende por promoción, el ofrecimiento al público de bienes o servicios, con el incentivo de proporcionar adicionalmente otro objeto o servicio de cualquier naturaleza. Mientras que, por oferta se entenderá al ofrecimiento al público de productos o servicios en iguales condiciones a las que prevalezcan en el mercado, a precios rebajados o inferiores a los de éste.

Distinguidos los términos promoción y oferta, se prescribe, en el artículo 16°, que se observan en cuanto a ambos las reglas siguientes:

1.En los anuncios respectivos, deberán indicarse las condiciones, el término de duración o el volumen de mercancías del ofrecimiento. Si no se fija el plazo ni volumen, se presume que son indefinidos hasta en tanto se haga conocimiento público la revocación, de modo adecuado y por los mismos medios de difusión.

2.Todo consumidor que reúna los requisitos respectivos tendrá derecho, durante el término o en tanto exista el volumen de mercancías del ofrecimiento, a la adquisición de

los productos o a la prestación del servicio objeto de la promoción u oferta.

La obligatoriedad de la promoción u oferta queda evidenciada en los artículos 18° y 19°. En el primero se señala que si el autor de la promoción u oferta no cumple su ofrecimiento, el consumidor podrá optar por el cumplimiento forzoso, por aceptar otro bien o servicio equivalente o por la rescisión del contrato y, en su caso, tendrá derecho al pago de daños y perjuicios, los cuales no serán inferiores a la diferencia económica entre el valor del bien o servicio objeto de la promoción u oferta y su precio corriente. Algo muy similar se establece en el artículo 20° de la ley peruana.

Y en el artículo 19° se establece que el proveedor está obligado a suministrar el bien o servicio en los términos de la publicidad realizada, en los que se señalen en el propio producto o de acuerdo con lo que haya estipulado con el consumidor. En el artículo 22° de la ley peruana se toma partido por igual solución legal.

c) Protección a los Intereses Económicos

Uno de los más elementales aspectos tomado en cuenta en tanto la protección de los intereses económicos del consumidor es el rechazo a las denominadas cláusulas de atadura. Así, en el artículo 14° se establece que “no podrá condicionarse la venta del producto o la prestación del servicio a la adquisición o contratación de otro”.

Un aspecto adicional más dentro de este apartado, es en relación a las garantías. Así, se establece en el artículo 11°, que los términos de las garantías serán claros y precisos. En todo caso deberán indicar su alcance, duración y condiciones, así como los establecimientos y la forma en que pueden hacerse efectivas. Cuando las garantías no cumplan los requisitos mencionados, podrá ordenarse su modificación o prohibirse su ofrecimiento.

Dentro de este acápite, es necesario hacer mención de la venta de productos con alguna deficiencia. Así, en el artículo 12° se señala que cuando se expendan al público productos con alguna deficiencia, usados o reconstruidos, deberán indicarse de manera precisa y ostensible tales circunstancias al consumidor y hacerse constar en los propios artículos, envolturas, notas de remisión o facturas correspondientes. Similar fórmula legal se utiliza en el artículo 19° de la ley peruana.

d) Crédito al Consumidor

Se prescribe – en el artículo 20- que “en toda operación en que se conceda crédito al consumidor, el proveedor está obligado a informar previamente a aquél sobre el precio de contado del bien o servicio de que se trate, el monto de los intereses y la tasa a que éstos se calculan, el total de los intereses a pagar, el monto y detalle de cualquier cargo si lo hubiere, el número de pagos a realizar, su periodicidad, la cantidad total a pagar por dicho bien o servicio y, el derecho que tiene a liquidar anticipadamente el crédito con la consiguiente reducción de los intereses”. Algo similar se establece en la ley de protección al consumidor peruana, a partir del artículo 24°.

Se establece, en lo que corresponde a las compraventas a plazo o de prestación de servicios con pago diferido – en el artículo 21- , que se calcularán los intereses sobre el precio de contado menos el enganche que se hubiera pagado. Con casi las mismas palabras(en la ley mexicana se utiliza la palabra “enganche” mientras que en la ley

peruana “cuota inicial”) se regula este aspecto en la ley peruana.

La intervención del Estado se muestra claramente, cuando se establece – en el artículo 22- que la Secretaría de Industria y Comercio estará autorizada para fijar las tasas máximas de interés y los cargos máximos adicionales que puedan hacerse al consumidor en relación a cualquier acto o contrato en que se le conceda crédito, tales como gastos de investigación, cobranza, quebrantos derivados de cuentas incobrables y de administración de créditos. Asimismo, se prescribe- en el artículo 23- que el interés moratorio no podrá exceder el fijado, y, de haberse omitido la fijación relativa, será del 25% de los intereses ordinarios estipulados. Se añade, en cuanto a este aspecto, que no podrá cobrarse intereses sobre intereses devengados y no pagados, ni capitalizar intereses. La intervención del Estado en cuanto a los intereses- si comparamos esta ley mexicana con lo acontecido en nuestro país- es impensable en un régimen económico como el existente en el Perú.

Se señala además que la contravención de lo dispuesto en cuanto a los intereses, se considera como usura o ventaja usuraria para todos los efectos legales a que haya lugar.

e) Contratos de(sic) Adhesión

Se dispone en el artículo 4° que para los efectos de la ley “se entiende por contratos de adhesión aquellos cuyas cláusulas hayan sido aprobadas por alguna autoridad o redactadas unilateralmente por el proveedor, sin que la contraparte para aceptarlo, pueda discutir su contenido”.

Y luego, en el artículo 62°, se señala como función de la Procuraduría Federal del Consumidor, el vigilar que los contratos de(sic) adhesión no contengan cláusulas que establezcan prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores o les impongan obligaciones inequitativas”.

f) Servicios

Se inicia en el artículo 39°, la regulación en lo que concierne a los servicios. Así se establece que “las personas dedicadas a la reparación de toda clase de productos, deberán emplear, en los servicios que presten, partes y refacciones nuevas y apropiadas para el producto de que se trate, salvo que el solicitante del servicio autorice expresamente que se utilicen otras”. Se añade a lo dicho, que “el empleo de partes y refacciones distintas de las mencionadas, además de ameritar la sanción correspondiente dará lugar a que se obligue a quien hizo la reparación, a substituir, sin cargo adicional, las partes y refacciones de que se trate...”. En la ley peruana, se regulan los anteriores aspectos muy similarmente, en los artículos 12° y 36°.

Otro aspecto a resaltar dentro de este acápite es lo señalado en el artículo 44°, cuando se dispone que: “Los proveedores de servicios que ofrezcan éstos al público en general, no podrán establecer preferencias o discriminación alguna respecto a los solicitantes del servicio, tales como selección de clientela, reserva al derecho de admisión y otras prácticas similares, salvo causas plenamente justificadas en cada caso que afecten la seguridad y tranquilidad del establecimiento, o que se funden en disposiciones expresas de otros ordenamientos”. En el caso de la ley peruana, se establece de manera genérica lo siguiente en el artículo 7- B: “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". Por tanto, en la ley peruana, se contempla de manera genérica lo tocante a la no discriminación, lo que en la ley mexicana se hace preferencialmente para la proveeduría de servicios.

También, dentro de este apartado, en el artículo 45°, se establece que "los proveedores tendrán obligación de expedir factura o comprobante de los trabajos efectuados, en los que deberán especificarse, las partes, refacciones y materiales empleados, el precio de ellos y de la mano de obra, así como la garantía que en su caso se haya otorgado. Dichas facturas y comprobantes deberán cumplir con las disposiciones fiscales aplicables". En el caso de la ley peruana, se prescribe – en el artículo 6°- que es obligación inexcusable e ineludible del proveedor de bienes y servicios, otorgar factura al consumidor en todas las transacciones que realice, es decir, es una obligación genérica de todo proveedor, y no sólo en caso de servicios, como en la ley mexicana.

g) Ventas a domicilio

En el artículo 46° – con el cual se inicia el Capítulo VI completamente asignado a tratar el tema en mención- se conceptúa a la venta a domicilio como "la que se propone a una persona en el lugar donde habita en forma permanente o transitoria; o en el de su trabajo".

Asimismo, se establece en el artículo 47°, que las ventas a domicilio deberán constar en un contrato escrito, en el cual se consigna entre otros aspectos, el nombre y dirección del proveedor y su empleado vendedor, en su caso; el registro federal de causantes del proveedor y su empleado vendedor, en su caso; el nombre y dirección del consumidor; la designación precisa de la naturaleza y características de los bienes o servicios contratados; las condiciones de ejecución del contrato; el precio y demás requisitos; la facultad de consumidor para revocar el consentimiento.

Precisamente, en cuanto a la posibilidad de la revocación del consentimiento del consumidor, se prescribe en el artículo 48° lo siguiente: "Tratándose de las ventas a domicilio, el contrato se perfeccionará a los cinco días hábiles contados a partir de su firma. Durante ese lapso el consumidor tiene la facultad de revocar su consentimiento sin responsabilidad alguna. La revocación deberá hacerse mediante aviso o bien entregando personalmente al agente en su caso, o bien remitido por correo certificado con acuse de recibo, o por otro medio fehaciente. La revocación hecha conforme a este artículo, deja sin efecto la operación".

Cabe agregar que este aspecto de venta a domicilio no es regulado expresamente en la ley peruana, salvo alguna referencia en cuanto a los métodos comerciales coercitivos, cuando en el artículo 13° literal b) se dice que "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".

h) Responsabilidad

Se establece en el artículo 30° que los pagos hechos en exceso del precio legalmente autorizado o, en su caso, del estipulado, son recuperables por el consumidor, y causarán el máximo de los intereses moratorios, prescribiendo la acción en un año.

En el artículo 31° se dispone que el consumidor puede optar por pedir la rescisión o la reducción del precio y, en cualquier caso, la indemnización por daños y perjuicios, cuando la cosa objeto del contrato tenga defectos y vicios ocultos que la hagan impropia para los usos que habitualmente se destine o que disminuyan de tal modo su calidad o la posibilidad de su uso, que de haberlos conocido el consumidor no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella.

Igualmente, en el artículo 32° se establecen diversos casos, en los que los consumidores tendrán derecho a la reposición del producto, a la bonificación o devolución de la cantidad pagada en exceso.

Asimismo, en el artículo 33° se dispone que los consumidores tendrán derecho, además de la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, a la reparación gratuita del bien, y cuando ello no sea posible, a su reposición; o de no ser posible la una ni la otra, a la devolución de la cantidad pagada, en casos como por ejemplo, cuando los productos sujetos a normas de calidad de cumplimiento obligatorio o que ostenten la contraseña oficial de conformidad con ella, no cumplen las especificaciones correspondientes.

i) Órgano de Aplicación, Procedimiento y Sanciones

Mediante esta ley se crean la Procuraduría Federal del Consumidor y el Instituto Nacional del Consumidor.

La Procuraduría, según el artículo 59°, tiene entre otras atribuciones, representar los intereses de la población consumidora ante toda clase de autoridades administrativas, mediante el ejercicio de las acciones, recursos, trámites o gestiones que procedan, encaminados a proteger el interés del consumidor; denunciar ante las autoridades competentes los casos de violación de precios, normas de calidad, peso, medida y otras características de los productos y servicios, que lleguen a su conocimiento; denunciar ante las autoridades competentes los casos en que se presuma la existencia de prácticas monopólicas o tendientes a la creación de monopolios; entre otras de amplio alcance.

Por su parte, el Instituto Nacional del Consumidor y, principalmente quien lo preside, es decir, la Secretaría de Industria y Comercio tiene una serie de funciones importantísimas en la economía del país, ya que- entre otros aspectos señalados en el artículo 6°- obligar, respecto de aquellos productos que estime pertinente, a que se indique verazmente en los mismos y en sus envolturas o en su publicidad, los materiales o componentes; asimismo, fijar las normas y procedimientos a que se someterán las garantías de los productos y servicios; fijar los precios de productos de consumo generalizado o de interés público, incluidos los de importación, así como las tarifas de los servicios que se ofrezcan al público de acuerdo, en uno y otro caso, con los reglamentos.

Por otro lado, las sanciones establecidas frente a las infracciones, son las de multa, clausura temporal, arresto administrativo, entre otras establecidas en el artículo 86° de la ley.

1.3. Examen de la Ley Federal de Protección al Consumidor de 1992

a) Concepto de Consumidor y Relación de Consumo

En la ley vigente mexicana se establece en el artículo 2° que se entiende como consumidor a “la persona fsica o moral que adquiere, realiza o disfruta como destinatario final bienes, productos o servicios. No es consumidor quien adquiera, almacene, utilice o consuma bienes o servicios con objeto de integrarlos en procesos de produccin, transformacin, comercializacin o prestacin de servicios a terceros....

Asimismo, señala que proveedor es “la persona física o moral que habitual o periódicamente ofrece, distribuye, vende, arrienda o concede el uso o disfrute de bienes, productos y servicios”.

De lo anterior podemos concluir que se varía la concepción que se tenía en la ley mexicana pasada sobre el consumidor, ya que no se habla de quien “contrata”, sino que se señala en la ley vigente, de la persona física o moral que “adquiere, realiza o disfruta como destinatario final bienes, productos o servicios”, lo que amplía el espectro de los sujetos a proteger. Este cambio, acerca la ley mexicana a lo que se ha dispuesto en la ley peruana.

Asimismo, en cuanto al proveedor se han variado los términos en su conceptuación pero manteniendo la posibilidad que pueda realizar las actividades que describe, de manera habitual- o profesional – o de manera periódica- no profesional- . En este punto, como también se expresó en relación a la ley mexicana anterior, no existe coincidencia con la ley peruana, ya que ésta última siempre exige habitualidad en la actividad del proveedor.

Otro de los aspectos importantes en la presente ley – señaladas en el artículo 5° - es lo referente a que quedan exceptuadas de sus disposiciones, los servicios que se presten en virtud de una relación o contrato de trabajo, los de las instituciones y organizaciones cuya supervisión o vigilancia esté a cargo de las comisiones nacionales Bancaria y de Valores, de Seguros y Fianzas o del Sistema de Ahorro para el Retiro; así como los servicios profesionales que no sean de carácter mercantil. Nótese, en primer lugar, que se mantiene – en relación con la anterior ley- lo correspondiente a que los servicios prestados en situación de dependencia quedan exceptuados de la aplicación de la ley vigente, así como otros que van a tener un control muy especial, como los indicados. La ley peruana coincide con la mexicana en excluir del ámbito de aplicación de la ley, a los servicios prestados bajo dependencia. Pero disiente de su similar mexicana, en cuanto a excluir de su aplicación a otras actividades, como la bancaria y de valores, entre otras, ya que la ley peruana si las incluye, como se puede apreciar en el artículo 3° literal d) . Asimismo, es necesario llamar la atención sobre que los servicios profesionales van a quedar exceptuados de la aplicación de la ley, sólo si no son de carácter mercantil, distingo que no se hacía en la norma anterior, como que tampoco se hace en la ley peruana, ya que para ésta última, todos los servicios profesionales son pasibles de aplicárseles la ley de protección al consumidor.

También es necesario resaltar lo dispuesto en el artículo 6°, en cuanto a que se señala que están obligados al cumplimiento de esta ley los proveedores y los consumidores. Las entidades de las administraciones públicas federal, estatal y municipal, están obligadas en cuanto tengan el carácter de proveedores o consumidores.

Cabe aclarar que esta ley también contempla su aplicación a los actos relacionados con inmuebles, señalando – en el artículo 73°- que sólo estarán sujetos a esta norma cuando los proveedores sean fraccionadores o constructores de viviendas destinadas a casa habitación para venta al público o cuando otorguen al consumidor el derecho de usar inmuebles mediante el sistema de tiempo compartido.

b) Derechos de los Consumidores

Se establece dentro del Captulo I, correspondiente a las Disposiciones Generales, en el artculo 1□, los principios bsicos de la relacin de consumo, que inspiran a la ley mexicana. As, se sealan:

I. La protección de la vida, salud y seguridad del consumidor contra los riesgos provocados por prácticas en el abastecimiento de productos y servicios considerados peligrosos o nocivos;

II. La educación y divulgación sobre el consumo adecuado de los productos y servicios, que garanticen la libertad para escoger y la equidad en las contrataciones;

III. La información adecuada y clara sobre los diferentes productos y servicios, con especificación correcta de cantidad, características, composición, calidad y precio, así como sobre los riesgos que representen;

IV. La efectiva prevención y reparación de daños patrimoniales y morales, individuales o colectivos;

V. El acceso a los órganos administrativos con vistas a la prevención de daños patrimoniales y morales, individuales o colectivos, garantizando la protección jurídica, administrativa y técnica a los consumidores;

VI. El otorgamiento de facilidades a los consumidores para la defensa de sus derechos; y

VII. La protección contra la publicidad engañosa y abusiva, métodos comerciales coercitivos y desleales, así como contra prácticas y cláusulas abusivas o impuestas en el abastecimiento de productos y servicios.

VIII. La efectiva protección al consumidor en las transacciones efectuadas a través del uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología y la adecuada utilización de los datos aportados.

Se hace la indicación que los derechos previstos en la ley no excluyen otros derivados de tratados o convenios internacionales de los que México sea signatario; de la legislación interna ordinaria; de reglamentos expedidos por las autoridades administrativas competentes; así como de los que deriven de los principios generales de derecho, la analogía, las costumbres y la equidad.

Como se notará, la declaración de principios hecha en esta ley, no hace otra cosa que inspirarse o – digamos- ser tributaria de las Directrices para la Protección del Consumidor, que aprobó mediante la Resolución 39/248 la Asamblea General de las Naciones Unidas, en sesión del 16 de abril de 1985. Asimismo, cabe señalar que con alguna variante, es similar a lo dispuesto en la ley peruana en el artículo 5°. Uno de los derechos o principios presentes en la declaración mexicana y no en la peruana, es el

referente a la educación de los consumidores. Asimismo, en la ley mexicana no existe un señalamiento a la defensa de los derechos del consumidor de manera colectiva autónoma por medio de sus asociaciones, lo que si es expresamente declarado como derecho principal en la ley peruana.

c) Derecho a la Informacin

Inicindose el Captulo III de la Ley, titulado De la informacin y publicidad se establece en el artculo 32 que la informacin o publicidad relativa a bienes o servicios que se difundan por cualquier medio o forma, debern ser veraces, comprobables y exentos de textos, dilogos, sonidos, imgenes y otras descripciones que induzcan o puedan inducir a error o confusin, por su inexactitud.

Asimismo, en el artículo 33° se dispone que en lo que respecta a productos importados, la información expresará su lugar de origen y, en su caso, los lugares donde puedan repararse, así como las instrucciones para su uso y las garantías correspondientes, en los términos señalados por esta ley.

La información deberá ser expresada - señala el artículo 34°- en idioma español y su precio en moneda nacional en términos comprensibles y legibles conforme al sistema general de unidades de medida, sin perjuicio de que, además, se expresen en otro idioma u otro sistema de medida. Lo anterior rige tanto para productos de manufactura nacional como de procedencia extranjera.

De particular importancia es lo señalado en el artículo 36°, en cuanto a que se sanciona a petición de parte interesada, en los términos dispuestos en la ley, a quien inserte algún aviso en la prensa o en cualquier otro medio masivo de difusión, dirigido nominativa e indubitablemente a uno o varios consumidores para hacer efectivo un cobro o el cumplimiento de un contrato.

Asimismo, se dispone en el artículo 37° que la falta de veracidad en los informes, instrucciones, datos y condiciones prometidas o sugeridas, además de las sanciones que se apliquen conforme a la ley, dará lugar al cumplimiento de lo ofrecido o, cuando esto no sea posible, a la reposición de los gastos necesarios que pruebe haber efectuado el adquirente y, en su caso, al pago de daños y perjuicios.

Además se establece que - según el artículo 38°- las leyendas que restrinjan o limiten el uso del bien o el servicio deberán hacerse patentes en forma clara, veraz y sin ambigüedades.

Si se tratara de productos con alguna deficiencia, usados o reconstruidos, deberá advertirse – de conformidad con el artículo 39°- de manera precisa y clara tales circunstancias al consumidor y hacerse constar en los propios bienes, envolturas, notas de remisión o facturas correspondientes.

Según el artículo 42°, el proveedor está obligado a entregar el bien o suministrar el servicio de acuerdo con los términos y condiciones ofrecidos o implícitos en la publicidad o información desplegados, salvo convenio en contrario o consentimiento escrito del consumidor.

De lo dicho hasta aquí, la ley mexicana vigente identifica información con publicidad, y desde esta identificación da una gran importancia a su trasmisión del proveedor al

consumidor, importancia que no se dio con la misma extensión con la ley derogada. No obstante, con lo anterior, no se llega, como en el sistema de protección nacional, a reconocer solamente que existe una asimetría informativa entre proveedor y consumidor, sino que- presumimos- su concepción sobre la relación antes mencionada es mucho más matizada. De allí - pensamos – el motivo por el cual se le asigna a la Procuraduría Federal del Consumidor – en el artículo 35- una serie de facultades. Por ejemplo:

1. Ordenar al proveedor que suspenda la publicidad que viole las disposiciones de esta ley;

2. Ordenar que se realice la publicidad correctiva en la forma en que se estime suficiente; y

3. Imponer las sanciones que correspondan, en términos de la ley.

Hay que señalar, complementariamente, que normalmente, el procurador lo que hace es denunciar ante las autoridades competentes o el Ministerio Público, las acciones o en su caso los delitos que vayan contra los consumidores. En estos casos asume facultades especiales.

Sin embargo, la ley mexicana vigente ha descartado la intervención acentuada del Estado, existente en la ley derogada.

Por otro lado, dentro del Capítulo IV titulado “De las Promociones y Ofertas”, en el artículo 46° se dispone que para los efectos de la ley, se consideran promociones las prácticas comerciales consistentes en el ofrecimiento al público de bienes o servicios:

I. Con el incentivo de proporcionar adicionalmente otro bien o servicio iguales o diversos, en forma gratuita, a precio reducido o a un solo precio;

II. Con un contenido adicional en la presentación usual de un producto, en forma gratuita o a precio reducido;

III. Con figuras o leyendas impresas en las tapas, etiquetas, o envases de los productos o incluidas dentro de aquellos, distintas a las que obligatoriamente deben usarse; y

IV. Bienes o servicios con el incentivo de participar en sorteos, concursos y otros eventos similares.

Distinguiéndose de la promoción, se señala que la oferta, barata, descuento, remate, o cualquier expresión similar- como indica este mismo artículo 46°- se entiende el ofrecimiento al público de productos o servicios de la misma calidad a precios rebajados o inferiores a los normales del establecimiento.

Seguidamente, se dispone en el artículo 47° que no se necesitará autorización para llevar a cabo promociones, excepto cuando así lo dispongan las normas oficiales mexicanas, en los casos en que se lesionen o se pueden lesionar los intereses de los consumidores. No podrán imponerse restricciones a la actividad comercial en adición a las señaladas en esta ley – añade el artículo mencionado- , ni favorecer específicamente las promociones u ofertas de proveedores determinados.

Asimismo, el artículo 48° precisa que en las promociones y ofertas se observarán las siguientes reglas:

"Programa Cybertesis PERÚ - Derechos son del Autor"

I. En los anuncios respectivos deberán indicarse las condiciones, así como el plazo de duración o el volumen de los bienes o servicios ofrecidos. Si no se fija plazo ni volumen, se presume que son indefinidos hasta que se haga del conocimiento público la revocación de la oferta, de modo suficiente y por los mismos medios de difusión; y

II. Todo consumidor que reúna los requisitos respectivos tendrá derecho a la adquisición, durante el plazo previamente determinado o en tanto exista disponibilidad, de los bienes o servicios de que se trate.

Finalmente, otro aspecto a resaltar es el tratado en el artículo 50° en el que se señala que si el autor de la promoción u oferta no cumple su ofrecimiento, el consumidor podrá optar por exigir el cumplimiento, aceptar otro bien o servicio equivalente o la rescisión del contrato y, en todo caso, tendrá derecho al pago de daños y perjuicios, los cuales no podrán ser inferiores a la diferencia económica entre el precio al que se ofrezca el bien o servicio objeto de la promoción u oferta y su precio normal.

d) Proteccin a los Intereses Econmicos

En el artculo 7º se establece que todo proveedor est obligado a respetar los precios, garantas, cantidades, medidas, intereses, cargos, trminos, plazos, fechas, modalidades, reservaciones y dems condiciones conforme a las cuales se hubiere ofrecido, obligado o convenido con el consumidor la entrega del bien o prestacin del servicio, y bajo ninguna circunstancia sern negados estos bienes o servicios a personas con discapacidad.

En el artículo 12° se dispone que sin perjuicio de lo dispuesto por la legislación fiscal, el proveedor, tiene obligación de entregar al consumidor factura, recibo o comprobante, en el que consten los datos específicos de la compraventa, servicio prestado u operación realizada.

Según el artículo 43°, salvo cuando medie mandato judicial o disposición jurídica que exija el cumplimiento de algún requisito, ni el proveedor ni sus dependientes podrán negar al consumidor la venta, adquisición, renta o suministro de bienes o servicios que se tengan en existencia. se prohíbe entonces la negativa injustificada.

De igual manera, se prohíbe las cláusulas o condiciones de atadura, al señalarse –en este mismo artículo 43° citado- que tampoco podrá condicionarse la venta, adquisición a la adquisición o renta de otro producto o prestación de un servicio. Se presume la existencia de productos o servicios cuando éstos se anuncien como disponibles.

Por otro lado, son reguladas en el Capítulo IX, las Garantías. Así, en el artículo 77°, se dispone que todo bien o servicio que se ofrezca con garantía deberá sujetarse a lo dispuesto por esta ley y a lo pactado entre proveedores y consumidor.

Luego, en el artículo 78° se señala que la póliza de garantía deberá expedirse por el proveedor por escrito, de manera clara y precisa expresando, por lo menos, su alcance, duración, condiciones, mecanismos para hacerlas efectivas, domicilio para reclamaciones y establecimientos o talleres de servicio. La póliza debe ser entregada al consumidor al momento de recibir éste el bien o servicio de que se trate.

Asimismo, en el artículo 79° se dispone que las garantías ofrecidas no pueden ser inferiores a las que determinen las disposiciones aplicables ni prescribir condiciones o limitaciones que reduzcan los derechos que legalmente corresponden al consumidor. Se

añade en este artículo que el cumplimiento de las garantías es exigible, indistintamente, al productor y al importador del bien o servicio, así como al distribuidor, salvo en los casos en que alguno de ellos o algún tercero asuma por escrito la obligación. El cumplimiento de las garantías deberá realizarse en el domicilio en que haya sido adquirido o contratado el bien o servicio, o en el lugar o lugares que exprese la propia póliza. El proveedor deberá cubrir al consumidor los gastos razonablemente erogados para lograr el cumplimiento de la garantía en domicilio diverso al antes señalado.

También se manifiesta – en el artículo 80- que los productores deberán asegurar y responder del suministro oportuno de partes y refacciones, así como del servicio de reparación, durante el término de vigencia de la garantía y, posteriormente, durante el tiempo en que los productos sigan fabricándose, armándose o distribuyéndose. Mediante normas oficiales mexicanas la Secretaría podrá disponer que determinados productos deben ser respaldados con una garantía de mayor vigencia por lo que se refiere al suministro de partes y refacciones, tomando en cuenta la durabilidad del producto.

En el artículo 81 se indica que en caso de que el producto haya sido reparado o sometido a mantenimiento y el mismo presente deficiencias imputables al autor de la reparación o del mantenimiento dentro de los treinta días naturales posteriores a la entrega del producto al consumidor, éste tendrá derecho a que sea reparado o mantenido de nuevo sin costo alguno. Si el plazo de la garantía es superior a los treinta días naturales, se estará a dicho plazo.

Se establece también en el artículo 82° que el consumidor puede optar por pedir la rescisión o la reducción de precio, y en cualquier caso, la indemnización por daños y perjuicios, cuando la cosa u objeto del contrato tenga defectos o vicios ocultos que la hagan impropia para los usos a que habitualmente se destine o que disminuya su calidad o la posibilidad de su uso. Cuando el consumidor opte por la rescisión, el proveedor tiene la obligación de reintegrar el precio pagado.

Por otra parte, en el artículo 63° se dispone que los sistemas de comercialización consistentes en la integración de grupos de consumidores que aportan periódicamente sumas de dinero para ser administradas por un tercero, destinadas a la adquisición de determinados bienes y servicios, sólo podrán ponerse en práctica previa notificación a la Secretaría y se cumplan los requisitos que fije el reglamento.

e) Operaciones a Crdito

En el Captulo VII titulado "De las operaciones a crdito", en el artculo 66 se dispone que en toda operacin a crdito al consumidor, se deber:

I. Informar al consumidor previamente sobre el precio de contado del bien o servicio de que se trate, el monto y detalle de cualquier cargo si lo hubiera, el número de pagos a realizar, su periodicidad, el derecho que tiene a liquidar anticipadamente el crédito con la consiguiente reducción de intereses, en cuyo caso no se le podrán hacer más cargos que los de renegociación del crédito, si la hubiere. Los intereses, incluidos los moratorios, se calcularán conforme a una tasa de interés fija o variable;

II. En caso de existir descuentos, bonificaciones o cualquier otro motivo por el cual sean diferentes los pagos a crédito y de contado, dicha diferencia deberá señalarse al

consumidor. De utilizarse una tasa fija, también se informará al consumidor el monto de los intereses a pagar en cada período. De utilizarse una tasa variable, se informará al consumidor sobre la regla de ajuste de la tasa, la cual no podrá depender de decisiones unilaterales del proveedor sino de las variaciones que registre una tasa de interés representativa del costo del crédito al consumidor, la cual deberá ser fácilmente verificable por el consumidor;

III. Expresar el precio al público del bien o servicio el cual será independiente de los intereses y cargos correspondientes; y

IV. Respetarse el precio que se haya pactado originalmente en operaciones a plazo o con reserva de dominio, salvo lo dispuesto en otras leyes o convenio en contrario.

Entre los aspectos más importantes se encuentra lo regulado en el artículo 67°, por medio del cual se dispone que en los contratos de compraventa a plazo o prestación de servicios con pago diferido, se calcularán los intereses sobre el precio de contado menos el enganche que se hubiera pagado.

Asimismo, en el artículo 68° se dice que únicamente se podrán capitalizar intereses cuando exista acuerdo previo de las partes, en cuyo caso el proveedor deberá proporcionar al consumidor estado de cuenta mensual. Es improcedente el cobro que contravenga lo dispuesto en este Artículo. Seguidamente y con respecto también a los intereses- en el artículo 69°- se establece que los intereses se causarán exclusivamente sobre los saldos insolutos del crédito concedido y su pago no podrá ser exigido por adelantado, sino únicamente por períodos vencidos.

Finalmente, en el artículo 72° se prescribe que cualquier cargo que se prevea hacer por motivo de la expedición de un crédito al consumidor, deberá especificarse previamente a la firma del contrato o consumación de la venta, renta u operación correspondiente, desglosándose la diferencia y conservando el consumidor el derecho a realizar la operación de contado de no convenir a sus intereses los términos del crédito.

f) Contratos por Adhesin

El Captulo X de la Ley se dispone para la regulacin del aspecto en mencin. As, se prescribe en el artculo 85□, que se entiende por contrato de adhesin el documento elaborado unilateralmente por el proveedor, para establecer en formatos uniformes los trminos y condiciones aplicables a la adquisicin de un producto o la prestacin de un servicio, an cuando dicho documento no contenga todas las clusulas ordinarias de un contrato. Todo contrato de adhesin celebrado en territorio nacional, para su validez, deber estar escrito en idioma espaol y sus caracteres tendrn que ser legibles a simple vista.

Se establece un registro previo ante el Procurador, mediante normas oficiales, de los contratos de adhesión, cuando impliquen o puedan implicar prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores, obligaciones inequitativas o abusivas, o altas probabilidades de incumplimiento. Las normas podrán referirse a cualesquiera términos y condiciones, excepto precio.

Complementariamente a lo anterior, se dispone en el artículo 87, que en caso de que los contratos de adhesión requieran de registro previo ante la Procuraduría, ésta se limitará a verificar que los modelos se ajusten a lo que disponga la norma

correspondiente y a las disposiciones de esta ley, y emitirá su resolución dentro de los treinta días siguientes a la fecha de presentación de la solicitud de registro. Transcurrido dicho plazo sin haberse emitido la resolución correspondiente, los modelos se entenderán aprobados y será obligación de la Procuraduría registrarlos, quedando en su caso como prueba de inscripción la solicitud de registro. Para la modificación de las obligaciones o condiciones de los contratos que requieran de registro previo será indispensable solicitar la modificación del registro ante la Procuraduría, la cual se tramitará en los términos antes señalados.

Se establece en el artículo 90° que no serán válidas y se tendrán por no puestas las siguientes cláusulas de los contratos de adhesión ni se inscribirán en el registro cuando:

I. Permitan al proveedor modificar unilateralmente el contenido del contrato, o sustraerse unilateralmente de sus obligaciones;

II. Liberen al proveedor de su responsabilidad civil, excepto cuando el consumidor incumpla el contrato;

III. Trasladen al consumidor o a un tercero que no sea parte del contrato la responsabilidad civil del proveedor;

IV. Prevengan términos de prescripción inferiores a los legales;

V. Prescriban el cumplimiento de ciertas formalidades para la procedencia de las acciones que se promuevan contra el proveedor; y

VI. Obliguen al consumidor a renunciar a la protección de esta ley o lo sometan a la competencia de tribunales extranjeros.

g) Servicios

El Captulo VI de la ley es dedicada a regular los servicios. As, se establece en el artculo 57□, que en todo establecimiento de prestacin de servicios, deber exhibirse a la vista del pblico la tarifa de los principales servicios ofrecidos, con caracteres claramente legibles. Las tarifas de los dems, en todo caso, debern estar disponibles al pblico.

Entre otros aspectos importantes, se encuentra lo dispuesto en el artículo 58° en cuanto a la no discriminación entre los solicitantes de bienes y servicios. Así, se señala que los proveedores de bienes y servicios que ofrezcan éstos al público en general, no podrán establecer preferencias o discriminación alguna respecto a los solicitantes del servicio, tales como selección de clientela, reserva del derecho de admisión, exclusión a personas con discapacidad y otras prácticas similares, salvo por causas que afecten la seguridad o tranquilidad del establecimiento, de sus clientes o de las personas discapacitadas, o se funden en disposiciones expresas de otros ordenamientos legales.

Dichos proveedores – se agrega en el artículo citado - en ningún caso podrán aplicar o cobrar tarifas superiores a las autorizadas o registradas para la clientela en general, ni tampoco cuotas extraordinarias o compensatorias a las personas con discapacidad por sus implementos médicos, ortopédicos, tecnológicos, educativos o deportivos necesarios para su uso personal, incluyéndose el perro guía en el caso de invidentes.

Los proveedores están obligados – se señala finalmente en el artículo último citado- a dar las facilidades o contar con los dispositivos indispensables para que las personas

"Programa Cybertesis PERÚ - Derechos son del Autor"

con discapacidad puedan utilizar los bienes o servicios que ofrecen. Dichas facilidades y dispositivos no pueden ser inferiores a los que determinen las disposiciones legales o normas oficiales aplicables, ni tampoco podrá el proveedor establecer condiciones o limitaciones que reduzcan los derechos que legalmente correspondan al discapacitado como consumidor.

Las personas dedicadas a la reparación de toda clase de productos – aclara el artículo 60°- deberán emplear partes y refacciones nuevas y apropiadas para el producto de que se trate, salvo que el solicitante del servicio autorice expresamente que se utilicen otras. Cuando las refacciones o partes estén sujetas a normas de cumplimiento obligatorio, el uso de refacciones o partes que no cumplan con los requisitos da al consumidor el derecho a exigir los gastos necesarios que pruebe haber efectuado y, en su caso, al pago de daños y perjuicios.

Asimismo – de acuerdo al artículo 61° - , los prestadores de servicios de mantenimiento o reparación deberán indemnizar al consumidor si por deficiencia del servicio el bien se pierde o sufre tal deterioro que resulte total o parcialmente inapropiado para el uso a que esté destinado. El derecho a la indemnización no podrá ser suprimido o limitado por pacto entre las partes.

Novedoso resulta lo dispuesto para lo que denomina la ley “prestación de servicio de tiempo compartido. Así, en el artículo 64° se prescribe que dicha prestación, independientemente del nombre o de la forma que se dé al acto jurídico correspondiente, consiste en poner a disposición de una persona o grupo de personas, el uso, goce y demás derechos que se convengan sobre un bien o parte del mismo, en una unidad variable dentro de una clase determinada, por períodos previamente convenidos, mediante el pago de alguna cantidad, sin que, en el caso de inmuebles, se transmita el dominio de éstos. Se añade en el artículo 65 que la venta o la preventa de un servicio de tiempo compartido sólo podrá iniciarse previa notificación a la Secretaría y el contrato correspondiente especifique el nombre y domicilio del proveedor; lugar donde se prestará el servicio; determinación clara de los derechos de uso y goce de bienes que tendrán los compradores, incluyendo períodos de uso y goce; el costo de los gastos de mantenimiento para el primer año y la manera en que se determinarán los cambios en este costo en períodos subsecuentes; las opciones de intercambio con otros prestadores del servicio y si existen costos adicionales para realizar tales intercambios; y descripción de las fianzas y garantías que se otorgarán en favor del consumidor.

h) Ventas a domicilio

Segn el artculo 17 se establece que el consumidor podr exigir a proveedores especficos y a agencias de investigacin de crdito o de mercadotecnia, no ser molestado en su domicilio o lugar de trabajo para ofrecerle bienes o servicios, o para realizar dichas investigaciones, salvo autorizacin expresa del propio consumidor.

Asimismo, dentro del Capítulo V “De las ventas a domicilio, mediatas o indirectas”, en el artículo 51°, se dispone que por venta a domicilio, mediata o indirecta, se entiende la que se proponga o lleve a cabo fuera del local o establecimiento del proveedor, incluidos el arrendamiento de bienes muebles y la prestación de servicios. Lo dispuesto en este capítulo – precisa este artículo- no es aplicable a la compraventa de bienes perecederos

recibidos por el consumidor y pagados de contado.

De particular importancia se tiene lo dispuesto en el artículo 56° cuando se señala que el contrato se perfeccionará a los cinco días hábiles contados a partir de la entrega del bien o de la firma del contrato, lo último que suceda. Durante ese lapso, el consumidor tendrá la facultad de revocar su consentimiento sin responsabilidad alguna. La revocación deberá hacerse mediante aviso o mediante entrega del bien en forma personal, por correo registrado, o por otro medio fehaciente. La revocación hecha conforme a este Artículo deja sin efecto la operación. En este caso, los costos de flete y seguro correrán a cargo del consumidor. Tratándose de servicios, lo anterior no será aplicable si la fecha de prestación del servicio se encuentra a diez días hábiles o menos de la fecha de la orden de compra.

i) Comercio Electrnico

Algo que escapa a lo regulado normalmente en una ley de proteccin al consumidor, es el correspondiente tema del comercio electrnico. Todo el Captulo VIII Bis titulado "De los derechos de los consumidores en las transacciones efectuadas a travs del uso de medios electrnicos, pticos o de cualquier otra tecnologa", es dedicado al tema en mencin.

En el artículo 76° bis se determina el ámbito de aplicación del capítulo citado. Así, se establece que las disposiciones del Capítulo VIII Bis se aplican a las relaciones entre proveedores y consumidores en las transacciones efectuadas a través del uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología.

Se establece así que en la celebración de dichas transacciones se cumplirá con lo siguiente:

I. El proveedor utilizará la información proporcionada por el consumidor en forma confidencial, por lo que no podrá difundirla o transmitirla a otros proveedores ajenos a la transacción, salvo autorización expresa del propio consumidor o por requerimiento de autoridad competente;

II. El proveedor utilizará alguno de los elementos técnicos disponibles para brindar seguridad y confidencialidad a la información proporcionada por el consumidor e informará a éste, previamente a la celebración de la transacción, de las características generales de dichos elementos;

III. El proveedor deberá proporcionar al consumidor, antes de celebrar la transacción, su domicilio físico, números telefónicos y demás medios a los que pueda acudir el propio consumidor para presentarle sus reclamaciones o solicitarle aclaraciones;

IV. El proveedor evitará las prácticas comerciales engañosas respecto de las características de los productos, por lo que deberá cumplir con las disposiciones relativas a la información y publicidad de los bienes y servicios que ofrezca, señaladas en esta Ley y demás disposiciones que se deriven de ella;

V. El consumidor tendrá derecho a conocer toda la información sobre los términos, condiciones, costos, cargos adicionales, en su caso, formas de pago de los bienes y servicios ofrecidos por el proveedor;

VI. El proveedor respetará la decisión del consumidor en cuanto a la cantidad y

"Programa Cybertesis PERÚ - Derechos son del Autor"

calidad de los productos que desea recibir, así como la de no recibir avisos comerciales, y

VII. El proveedor deberá abstenerse de utilizar estrategias de venta o publicitarias que no proporcionen al consumidor información clara y suficiente sobre los servicios ofrecidos, y cuidará las prácticas de mercadotecnia dirigidas a población vulnerable, como niños, ancianos y enfermos, incorporando mecanismos que adviertan cuando la información no sea apta para esa población.

j) Asociaciones de Consumidores

No existe un tratamiento amplio sobre las Asociaciones de Consumidores y, por tanto, no se le reputa una funcin sustancial en la proteccin al consumidor. No obstante, en el artculo 24 VIII, se seala que la Procuradura tiene como funcin- entre otras- , promover y apoyar la constitucin de organizaciones de consumidores, proporcionndoles capacitacin y asesora.

k) Responsabilidad

Se dispone en el artculo 91, que los pagos hechos en exceso del precio mximo determinado o, en su caso, estipulado, son recuperables por el consumidor. Si el proveedor no devuelve la cantidad cobrada en exceso dentro del trmino de 5 das hbiles siguientes a la reclamacin adems de la sancin que corresponda, estar obligado a pagar el mximo de los intereses a que se refiere este artculo. La accin para solicitar esta devolucin prescribe en un ao a partir de la fecha en que tuvo lugar el pago. Los intereses se calcularn con base en el costo porcentual promedio de captacin que determine el Banco de Mxico, o cualquiera otra tasa que la sustituya oficialmente como indicador del costo de los recursos financieros.

Otro de los aspectos importantes es el prescrito en el artículo 92° cuando se manifiesta que los consumidores tendrán derecho a la reposición del producto, a la bonificación, compensación o devolución de la cantidad pagada, a su elección, en los siguientes casos:

I. Cuando el contenido neto de un producto o la cantidad entregada sea menor a la indicada en el envase o empaque, considerados los límites de tolerancia permitidos por la normatividad;

II. Si el bien no corresponde a la calidad, marca, o especificaciones y demás elementos sustanciales bajo los cuales se haya ofrecido; y

III. Si el bien reparado no queda en estado adecuado para su uso o destino, dentro del plazo de garantía.

En los casos de aparatos, unidades y bienes que por sus características ameriten conocimientos técnicos, se estará al juicio de peritos o a la verificación en laboratorios debidamente acreditados.

Complementariamente a lo anterior se establece en el artículo 93° que la reclamación a que se refiere el Artículo anterior podrá presentarse indistintamente al vendedor o al fabricante, a elección del consumidor, dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que se haya recibido el producto, siempre que no se hubiese alterado por culpa del consumidor. El proveedor deberá satisfacer la reclamación en un plazo que no

excederá de 15 días contados a partir de dicha reclamación. El vendedor o fabricante podrá negarse a satisfacer la reclamación si ésta es extemporánea, cuando el producto haya sido usado en condiciones distintas a las recomendadas o propias de su naturaleza o destino o si ha sufrido un deterioro esencial, irreparable y grave por causas imputables al consumidor.

l) □rgano de aplicacin, procedimiento y sanciones

El sistema de proteccin al consumidor establecido por la ley tiene como elementos fundamentales a la Secretara de Comercio y Fomento Industrial como a la Procuradura Federal del Consumidor, segn lo establecido en el artculo 3□. La Secretara est destinada para expedir las normas oficiales mexicanas que desarrollen los aspectos enunciados en la ley, es decir, las regulaciones sobre lo que deben cumplir los proveedores sobre informacin de los productos, por ejemplo. A su vez, la Procuradura vigila se cumpla con lo dispuesto en la propia ley y sanciona su incumplimiento.

La Procuraduría cumple entonces una función fundamental en la protección del consumidor. Según el artículo 20° la Procuraduría Federal del Consumidor es un organismo descentralizado de servicio social con personalidad jurídica y patrimonio propio. Tiene funciones de autoridad administrativa y está encargada de promover y proteger los derechos e intereses del consumidor y procurar la equidad y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores.

Entre sus atribuciones se señala en el artículo 24° XVII, el de denunciar ante el Ministerio Público los hechos que puedan ser constitutivos de delitos y que sean de su conocimiento y, ante las autoridades competentes, los actos que constituyan violaciones administrativas que afecten los intereses de los consumidores. Esto tiene que ser leído, con lo dispuesto en el artículo 97°, ya que en éste último se señala que cualquier persona tiene derecho a denunciar ante la Procuraduría las violaciones a las disposiciones de esta ley. La Procuraduría actuará de oficio o a petición de parte.

En lo referente al procedimiento, se establece en el artículo 123°, que para la imposición de las sanciones a que se refiere la ley, la Procuraduría notifica al presunto infractor de los hechos motivo del procedimiento y le otorga un término de diez días hábiles para que rinda pruebas y manifieste por escrito lo que a su derecho convenga. En caso de no rendirlas, la Procuraduría resolverá conforme a los elementos de convicción de que disponga.

La Procuraduría admitirá las pruebas que estime pertinentes y procederá a su desahogo. Asimismo podrá solicitar del presunto infractor o de terceros las demás pruebas que estime necesarias.

Concluido el desahogo de las pruebas, la Procuraduría notificará al presunto infractor para que presente sus alegatos dentro de los dos días hábiles siguientes. La Procuraduría resolverá dentro de los quince días siguientes.

En lo que respecta a las sanciones, son establecidas en el capítulo XIV y consisten en multas que varían de acuerdo a la infracción de que se trate. Cuando las infracciones son de gravedad, se puede sancionar con clausura del establecimiento por períodos distintos de acuerdo a la calidad de la infracción.

2. ARGENTINA

2.1. Introducción

La Ley 24.240 de Defensa del Consumidor, que fuera promulgada por Decreto 2089/93 del 15 de octubre de 1993, es la actualmente vigente en Argentina, aunque como se precisa en diversos textos doctrinarios, algunos de sus 66 artículos que comprende dicha ley, se encuentran vetados.

2.2.Examen de la Ley de Defensa del Consumidor

a) Concepto de Consumidor y Relación de Consumo

En el artículo 1° de esta ley, se establece que "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 persona indeterminada".

Con lo anterior se señala como consumidor a quien contrata, más allá de que sean destinatarios finales también los que no han contratado pero si han disfrutado de dicho bien. Lo que nos dice la ley es que serán titulares de la defensa establecida, aquellos que contraten y no cualquier destinatario final de productos o servicios. Lo anterior debe ser leído con lo establecido en el artículo 2° cuando se señala que "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", que no es otra cosa que ratificar a los consumidores como destinatarios finales.

Asimismo, en el artículo 2° se establece que se llama proveedores de cosas o servicios a todas las personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública o privada que, en forma profesional, aún ocasionalmente, produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores o usuarios. Se añade que quedan excluidos del ámbito de esta ley los contratos realizados entre consumidores cuyo objeto sean cosas usadas. A semejanza de la ley mexicana y a diferencia de la ley peruana, en este artículo 2° se establece que el proveedor no sólo puede ser el que habitualmente(la ley argentina llama profesionalmente) realicen actividades de proveeduría, sino que se hace la indicación que pueden hacerlo aún ocasionalmente.

Es importante también lo último preceptuado en el artículo 2° cuando se indica que "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". Al respecto, se puede concluir, que la ley argentina, en este artículo hace la distinción entre aquellos servicios de profesiones liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula en algún colegio profesional y los que no asumen tales requisitos. Los primeros no son comprendidos en la aplicación de la ley, mas sí los segundos. Asimismo, se establece que aún en cuanto a los primeros servicios nombrados, la publicidad que se haga de su ofrecimiento será pasible de aplicársele la ley de protección al consumidor.

b) Derecho a la Información

Dentro del Capítulo II de la ley argentina, se establece la declaración del derecho de información de los consumidores en el artículo 4°, en los términos siguientes: "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".

En lo que respecta a la obligatoriedad de la oferta en los términos que es expresada, se señala en el artículo 7° lo siguiente: "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, así como también sus modalidades, condiciones o limitaciones." Añade el citado artículo que "la revocación de la oferta hecha pública es eficaz una vez que haya sido difundida por medios similares a los empleados para hacerla conocer".

En relación con la oferta, se señala en el artículo 8° que "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". Se adiciona a lo dicho – según ley 24.787, el cual agregó este segundo párrafo al artículo 8° original- que en "en los casos en que las ofertas de bienes y servicios se realicen mediante el sistema de compras telefónicas, por catálogos o por correos, publicados por cualquier medio de comunicación, deberá figurar el nombre, domicilio y número de CUIT del oferente".

También se señala en el artículo 10° bis - artículo incorporado por la Ley 24.787 – que el incumplimiento de la oferta o del contrato por el proveedor, salvo caso fortuito o fuerza mayor, faculta al consumidor, a su libre elección a:

(a) exigir el cumplimiento forzado de la obligación, siempre que ello fuera posible;

(b) aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente;

(c) rescindir el contrato con derecho a la restitución de lo pagado, sin perjuicio de los efectos producidos, considerando la integridad del contrato.

Todo ello - precisa este artículo - sin perjuicio de las acciones de daños y perjuicios que correspondan.

c) Protección a la Salud y Seguridad

"Programa Cybertesis PERÚ - Derechos son del Autor"

En lo que respecta a la protección a la salud se establece dentro del Capítulo II, en el artículo 5° que “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”.

En relación a este punto en el artículo 6° también se prescribe que “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”. Se añade en este mismo artículo que “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 enunciados en el artículo 4º responsables del contenido de la traducción”.

d) Protección a los Intereses Económicos

Se indica en el artículo 10°, como contenido del documento de venta que, en dicho 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) [Inciso vetado por el Decreto 2089/93]

(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.

Se añade que 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 suscriptas por ambas partes. Además se indica que 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.

e) Crédito al Consumidor

El Capítulo VIII es dedicado a las operaciones de crédito. Así, en el artículo 36° se establece que 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. Añade este artículo que el 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.

f) Servicios

Dentro del Capítulo V, asignado a la prestación de servicios, se establece en el artículo 19° que quiénes 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.

Asimismo, en el artículo 20° se dispone que 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.

En el artículo 23° se señala que 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.

El Capítulo VI de la Ley, se encuentra dedicada a la situación de los usuarios de servicios públicos domiciliarios. Entre otros aspectos, en el artículo 25° se dispone que las empresas prestadoras de servicios públicos a domicilio deben entregar al usuario constancia escrita de las condiciones de la prestación de los derechos y obligaciones de ambas partes contratantes. Sin perjuicios de ello, deben mantener tal información a disposición de los usuarios en todas las oficinas de atención al público. Se añade que las empresas prestatarias de servicios públicos domiciliarios deberán colocar en toda facturación que se extienda al usuario y en las oficinas de atención al público carteles con la leyenda "Usted tiene derecho a reclamar una indemnización si le facturamos sumas o conceptos indebidos o reclamamos el pago de facturas ya abonadas. Ley 24.240"- según párrafo agregado por la ley 24.787- .

Se precisa seguidamente en el artículo citado que 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.

g) Ventas a Domicilio

En el Capítulo VII, denominado “De la venta domiciliaria, por correspondencia y otras”, se tratan ampliamente el tema en cuestión.

Así, en el artículo 32° se define la venta domiciliaria como 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 ciertas precisiones. Se precisa que lo dispuesto no es aplicable a la compraventa de bienes perecederos recibidos por el consumidor y abonados al contado.

Asimismo, en el artículo 33 se conceptúa la venta por correspondencia como aquella

venta por medio postal, telecomunicaciones, electrónico u otro similar.

En los tipos de ventas señaladas en los artículos 32° y 33°, al configurarse como sumamente especiales, se dispone- en el artículo 34°- una consideración especial de revocación de la aceptación. Así, se dice que 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 último que ocurra, sin responsabilidad alguna. Esa facultad no puede ser dispensada ni renunciada. Se añade que el vendedor debe informar por escrito al consumidor de esta facultad de revocación en todo documento que, con motivo de venta le sea presentado al consumidor. Tal información debe ser incluida en forma clara y notoria. El consumidor debe poner la cosa a disposición del vendedor y los gastos de devolución son por cuenta de este último.

Es importante también resaltar lo dispuesto en el artículo 35° en el que se establece que queda prohibida la realización de propuestas 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. Con casi igual redacción existe en la ley peruana este artículo 35° de la ley argentina.

h) Cláusulas generales de contratación

Se dedica el Capítulo IX titulado “De los términos abusivos y cláusulas ineficaces” a tratar el tema de las cláusulas generales de contratación.

Se establecen – en el artículo 37°- que se tendrán por no convenidas, sin perjuicio de la validez del contrato:

(a) las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños;

(b) las cláusulas que importen renuncia o restricción de 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.

Luego se señala- dentro del mismo artículo 37°- que 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.

Ahora bien, en lo que respecta al contrato de(sic) adhesión, se dispone que en el artículo 38°, que 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 tuviere posibilidades de discutir su contenido.

Asimismo se señala en el artículo 39° que cuando los contratos a los que se refiere el artículo 38° 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.

i) Derecho a la Educación en Materia de Consumo

Un aspecto sumamente importante y que no fue considerado en la ley peruana es el concerniente a la educación del consumidor. En la ley argentina se dedica el Capítulo XVI a este punto.

Así, en el artículo 60° se establece que 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.

En lo que se refiere a la formación del consumidor, en el artículo 61° se dispone que 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.

j) Asociaciones de Consumidores

Se da un trato preferente a las Asociaciones de Consumidores, dedicándoles el Capítulo XIV. Así, se establece en el artículo 55°, que 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°.

Se establece – en el artículo 56°- los fines que cumplen:

(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;

"Programa Cybertesis PERÚ - Derechos son del Autor"

(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.; [Última parte del inciso vetada por el Decreto 2089/93]

(h) promover la educación del consumidor;

(y) realizar cualquier otra actividad tendiente a la defensa o protección de los intereses del consumidor.

Se dispone – en el artículo 58°- que 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.

k) Responsabilidad

En relación a la responsabilidad por daños, aunque es uno vetado, se encuentra el artículo 40°. Este señala que 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. Añade este artículo que 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.

l) Órgano de Aplicación, Procedimiento y Sanciones

Se establece en el artículo 41°, que es la Secretaría de Industria y Comercio, la autoridad nacional encargada de la aplicación de la ley, siendo a su vez los gobiernos provinciales y la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, autoridad locales de aplicación.

La Secretaría de Industria y Comercio tiene entre otras facultades, la de participar en el dictado de la reglamentación de la ley; recibir y dar curso a las inquietudes y denuncias de los consumidores; disponer de oficio o a requerimiento de parte, la celebración de audiencias con la participación de denunciantes damnificados, presuntos infractores,

testigos y peritos.

El procedimiento se inicia – según el artículo 45°- ante la autoridad nacional de aplicación de la ley, quien emite finalmente resolución, que puede ser recurrida ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal o ante las Cámaras Federales de Apelaciones con asiento en las provincias.

Las sanciones - contempladas en el artículo 47°- son de apercibimiento; multa; decomiso de mercaderías; clausura de establecimiento o suspensión del servicio; suspensión como proveedor del Estado; pérdida de concesiones, privilegios, regímenes impositivos o crediticios especiales de que gozare.

3. CHILE

3.1. Introducción

En Chile, mediante Ley N° 19.496, establece una Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores.

3.2. Examen de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores

a) Concepto de Consumidor y Relación de Consumo

Dentro del Título I "Ámbito de aplicación y definiciones básicas", en el artículo 1° se define a los consumidores como "...las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieran, utilicen o disfruten, como destinatarios finales, bienes o servicios".

Entonces, consumidor en la ley chilena es todo destinatario final de bienes o servicios adquiridos mediante un acto jurídico oneroso, a diferencia de la ley peruana que sólo se requiere la calidad de destinatario final para asumir la categoría de consumidor.

Asimismo, como proveedores se establece que "... son las personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores, por las que se cobre precio o tarifa". En cuanto a los proveedores, si se utiliza el criterio de la habitualidad para significar a un proveedor, al igual como lo hace la ley peruana.

Lo anterior, debe ser interpretada en concordancia con lo establecido en el artículo 2°. En éste se establece que sólo quedan sujetos a las disposiciones de esta ley los actos jurídicos que, de conformidad a lo preceptuado en el Código de Comercio u otras disposiciones legales, tengan el carácter de mercantiles para el proveedor y civiles para el consumidor. Es decir, se descartan como actos sobre los cuales se aplique esta ley,

aquellos de carácter puramente mercantil, siendo sólo pasibles de aplicación los actos mixtos.

Más adelante, el mismo artículo 2° precisa que les serán aplicables las normas de la ley a los actos de comercialización de sepulcros o sepulturas y a aquellos en que el proveedor se obligue a suministrar al consumidor el uso o goce de un inmueble por períodos determinados, continuos o discontinuos, no superiores a tres meses siempre que lo sean amoblados y para fines de descanso o turismo. Finalmente, el numeral citado establece que las normas de la ley no serán aplicables a las actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución y comercialización de bienes o de prestación de servicios reguladas por leyes especiales, salvo en las materias que estas últimas no prevean.

La ley chilena a su vez, define una serie de términos indispensables para luego tratarlos en sus distintos apartados, siendo que en esta ley también se traten aspectos de publicidad, a diferencia de lo ocurrido en el Perú en donde existen leyes especiales para la protección al consumidor en sí, como con respecto a la publicidad.

Así, dentro del artículo 1º se presentan las siguientes definiciones además de las ya reseñadas:

Información básica comercial: los datos, instructivos, antecedentes o indicaciones que el proveedor debe suministrar obligatoriamente al público consumidor, en cumplimiento de una norma jurídica.

Publicidad: la comunicación que el proveedor dirige al público por cualquier medio idóneo al efecto, para informarlo y motivarlo a adquirir o contratar un bien o servicio.

Anunciante: el proveedor de bienes, prestador de servicios o entidad que, por medio de la publicidad, se propone ilustrar al público acerca de la naturaleza, características, propiedades o atributos de los bienes o servicios cuya producción, intermediación o prestación constituye el objeto de su actividad, o motivarlo a su adquisición.

Contrato de adhesión: aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido.

Promociones: las prácticas comerciales, cualquiera sea la forma que se utilice en su difusión, consistentes en el ofrecimiento al público en general de bienes y servicios en condiciones más favorables que las habituales, con excepción de aquellas que consistan en una simple rebaja de precio.

Oferta: práctica comercial consistente en el ofrecimiento al público de bienes o servicios a precios rebajados en forma transitoria, en relación con los habituales del respectivo establecimiento.

b) Derechos del Consumidor

Dentro del Título II “Disposiciones Generales” se regula en el Párrafo 1° los derechos y deberes del consumidor. Muy peculiar resulta que en una ley de protección al consumidor, se establezcan simultáneamente los derechos y los deberes del consumidor.

En esta ley chilena se especifica así y, en el artículo 3° se disponen como derechos y deberes básicos del consumidor los siguientes:

a) La libre elección del bien o servicio;

b) El derecho a una información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos, y el deber de informarse responsablemente de ellos;

c) El no ser discriminado arbitrariamente por parte de proveedores de bienes y servicios;

d) La seguridad en el consumo de bienes o servicios, la protección de la salud y el medio ambiente y el deber de evitar los riesgos que puedan afectarles;

e) La reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales en caso de incumplimiento a lo dispuesto en esta ley, y el deber de accionar de acuerdo a los medios que la ley le franquea, y

f) La educación para un consumo responsable, y el deber de celebrar operaciones de consumo con el comercio establecido.

Seguidamente, en el artículo 4° se señala que los derechos establecidos por la presente ley son irrenunciables anticipadamente por los consumidores.

c) Derecho a la Información

En el artículo 35º, se dispone que en toda promoción u oferta se deberá informar al consumidor sobre las bases de la misma y el tiempo o plazo de su duración. En caso de rehusarse el proveedor al cumplimiento de lo ofrecido en la promoción u oferta, el consumidor podrá requerir del juez competente que ordene su cumplimiento forzado, pudiendo éste disponer una prestación equivalente en caso de no ser posible el cumplimiento en especie de lo ofrecido.

Igualmente en el artículo 36º, se establece que cuando se trate de promociones en que el incentivo consista en la participación en concursos o sorteos, el anunciante deberá informar al público sobre el monto o número de premios de aquellos y el plazo en que se podrán reclamar. El anunciante estará obligado a difundir adecuadamente los resultados de los concursos o sorteos.

Es tratada ampliamente la publicidad en esta ley. Así, entre los aspectos más saltantes, en el artículo 28°, se establece como infracción quien el que, a sabiendas o debiendo saberlo y a través de cualquier tipo de mensaje publicitario induce a error o engaño respecto de:

a.los componentes del producto y el porcentaje en que concurren;

b.la idoneidad del bien o servicio para los fines que se pretende satisfacer y que haya sido atribuida en forma explícita por el anunciante;

c.las características relevantes del bien o servicio destacadas por el anunciante o que deban ser proporcionadas de acuerdo a las normas de información comercial;

d.el precio del bien o la tarifa del servicio, su forma de pago y el costo del crédito en su caso, en conformidad a la normas vigentes;

e.las condiciones en que opera la garantía, y

f.su condición de no producir daño al medio ambiente, a la calidad de vida y de ser

reciclable o reutilizable.

La obligación de informar al cliente por parte del proveedor se establece en diversas circunstancias. Así, en el artículo 29º, cuando se señala que el que estando obligado a rotular los bienes o servicios que produzca, expenda o preste, no lo hiciere, o faltare a la verdad en la rotulación, la ocultare o alterare, será sancionado con multa de cinco a cincuenta unidades tributarias mensuales.

La obligación también existe en cuanto a lo regulado en el artículo 30º. En este se establece que los proveedores deberán dar conocimiento al público de los precios de los bienes que expendan o de los servicios que ofrezcan, con excepción de los que por sus características deban regularse convencionalmente. El precio deberá indicarse de un modo claramente visible que permita al consumidor, de manera efectiva, el ejercicio de su derecho a elección, antes de formalizar o perfeccionar el acto de consumo. Igualmente se enunciarán las tarifas de los establecimientos de prestación de servicios. Cuando se exhiban los bienes en vitrinas, anaqueles o estanterías, se deberá indicar allí sus respectivos precios. El monto del precio deberá comprender el valor total del bien o servicio, incluidos los impuestos correspondientes. Cuando el consumidor no pueda conocer por sí mismo el precio de los productos que desea adquirir, los establecimientos comerciales deberán mantener una lista de sus precios a disposición del público, de manera permanente y visible.

La información básica comercial de los servicios y de los productos de fabricación nacional o de procedencia extranjera, así como su identificación, instructivos de uso y garantías, y la difusión que de ellos se haga – señala el artículo 32°- , deberán efectuarse en idioma castellano, en términos comprensibles y legibles, y conforme al sistema general de pesos y medidas aplicables en el país, sin perjuicio de que el proveedor o anunciante pueda incluir, adicionalmente, esos mismos datos en otro idioma, unidad monetaria o de medida.

d) Protección a la Salud y Seguridad

En el artículo 45° se dispone que tratándose de productos cuyo uso resulte potencialmente peligroso para la salud o integridad física de los consumidores o para la seguridad de sus bienes, el proveedor deberá incorporar en los mismos, o en instructivos anexos, las advertencias e indicaciones necesarias para que su empleo se efectúe con la mayor seguridad posible. En lo que se refiere a la prestación de servicios riesgosos, deberán adoptarse por el proveedor las medidas que resulten necesarias para que aquélla se realice en adecuadas condiciones de seguridad, informando al usuario y a quienes pudieren verse afectados por tales riesgos de las providencias preventivas que deban observarse. El incumplimiento de las obligaciones establecidas será sancionado con multa de hasta doscientas unidades tributarias mensuales.

Similar al artículo 10° de la ley peruana, se encuentra el numeral 46º de la ley chilena, el cual establece que todo fabricante, importador o distribuidor de bienes o prestador de servicios que, con posterioridad a la introducción de ellos en el mercado, se percate de la existencia de peligros o riesgos no previstos oportunamente, deberá ponerlos, sin demora, en conocimiento de la autoridad competente para que se adopten las medidas preventivas o correctivas que el caso amerite, sin perjuicio de cumplir con las

obligaciones de advertencia a los consumidores señaladas en el artículo precedente.

Frente a lo anterior se establece en el artículo 49º que el incumplimiento de las obligaciones contempladas, sujetará al responsable a las sanciones contravencionales correspondientes y lo obligará al pago de las indemnizaciones por los daños y perjuicios que se ocasionen, no obstante la pena aplicable en caso de que los hechos sean constitutivos de delito. El juez podrá, en todo caso, disponer el retiro del mercado de los bienes respectivos, siempre que conste en el proceso, por informes técnicos, que se trata de productos peligrosos para la salud o seguridad de las personas, u ordenar el decomiso de los mismos si sus características riesgosas o peligrosas no son subsanables.

e) Protección a los Intereses Económicos

Se establece en el artículo 13°, que los proveedores no podrán negar injustificadamente la venta de bienes o la prestación de servicios comprendidos en sus respectivos giros en las condiciones ofrecidas.

Otro aspecto a resalta es el regulado en el artículo 14º, en donde se dispone que cuando con conocimiento del proveedor se expendan productos con alguna deficiencia, usados o refaccionados o cuando se ofrezcan productos en cuya fabricación o elaboración se hayan utilizado partes o piezas usadas, se deberán informar de manera expresa las circunstancias antes mencionadas al consumidor. Será bastante constancia el usar en los propios artículos, en sus envoltorios o en las facturas, boletas o documentos respectivos las expresiones "segunda selección", "hecho con materiales usados" u otras equivalentes.

Asimismo se dispone en el artículo 18º, que constituye infracción a las normas de la presente ley el cobro de un precio superior al exhibido, informado o publicitado.

f) Crédito al Consumidor

En toda operación de consumo en que se conceda crédito directo al consumidor- se establece en el artículo 37°- , el proveedor deberá poner a disposición de éste la siguiente información: el precio al contado del bien o servicio de que se trate; la tasa de interés que se aplique sobre los saldos de precio correspondientes y la tasa de interés moratorio en caso de incumplimiento, la que deberá quedar señalada en forma explícita; El monto de cualquier pago adicional que fuere procedente cobrar; Las alternativas de monto y número de pagos a efectuar y su periodicidad; y el sistema de cálculo de los gastos que genere la cobranza extrajudicial de los créditos impagos, incluidos los honorarios que corresponda, y las modalidades y procedimientos de dicha cobranza.

En este mismo artículo citado, es importante lo establecido en cuanto a que las actuaciones de cobranza no podrán considerar el envío al consumidor de documentos que aparenten ser escritos judiciales; comunicaciones a terceros ajenos a la obligación en las que se dé cuenta de la morosidad; visitas o llamados telefónicos a la morada del deudor durante días y horas que no sean los que se declara hábiles, y, en general, conductas que afecten la privacidad del hogar, la convivencia normal de sus miembros ni la situación laboral del deudor.

En cuanto a los intereses, el artículo 38° señala que se aplicarán solamente sobre los saldos insolutos del crédito concedido y los pagos no podrán ser exigidos por adelantado,

salvo acuerdo en contrario. Igualmente se establece en el artículo 39 que es considerada infracción cuando se cobra intereses por sobre el máximo convencional

g) Contratos de(sic) Adhesión

En el artículo 16º, se establece que no producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que:

a.Otorguen a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato o de suspender unilateralmente su ejecución, salvo cuando ella se conceda al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio, por muestrario, usando medios audiovisuales, u otras análogas, y sin perjuicio de las excepciones que las leyes contemplen;

b.Establezcan incrementos de precio por servicios, accesorios, financiamiento o recargos, salvo que dichos incrementos correspondan a prestaciones adicionales que sean susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso y estén consignadas por separado en forma específica;

c.Pongan de cargo del consumidor los efectos de deficiencias, omisiones o errores administrativos, cuando ellos no le sean imputables;

d.Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;

e.Contengan limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor que puedan privar a éste de su derecho a resarcimiento frente a deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio, y

f.Incluyan espacios en blanco, que no hayan sido llenados o inutilizados antes de que se suscriba el contrato.

Asimismo, en el artículo 17º se dispone que los contratos de adhesión relativos a las actividades regidas por la ley deberán estar escritos de modo legible y en idioma castellano, salvo aquellas palabras de otro idioma que el uso haya incorporado al léxico. Las cláusulas que no cumplan con dichos requisitos no producirán efecto alguno respecto del consumidor. Sin perjuicio de lo dispuesto, en los contratos impresos en formularios prevalecerán las cláusulas que se agreguen por sobre las del formulario cuando sean incompatibles entre sí.

No obstante lo previsto, tendrán validez los contratos redactados en idioma distinto del castellano cuando el consumidor lo acepte expresamente, mediante su firma en un documento escrito en idioma castellano anexo al contrato, y quede en su poder un ejemplar del contrato en castellano, al que se estará, en caso de dudas, para todos los efectos legales.

Tan pronto el consumidor firme el contrato, el proveedor deberá entregarle un ejemplar íntegro suscrito por todas las partes. Si no fuese posible hacerlo en el acto por carecer de alguna firma, entregará de inmediato una copia al consumidor con la constancia de ser fiel al original suscrito por éste. La copia así entregada se tendrá por el texto fidedigno de lo pactado, para todos los efectos legales.

h) Servicios

En lo que respecta a servicios lo más importante se encuentra en el artículo 40°,

cuando se establece que en los contratos de prestación de servicios cuyo objeto sea la reparación de cualquier tipo de bienes, se entenderá implícita la obligación del prestador del servicio de emplear en tal reparación componentes o repuestos adecuados al bien de que se trate, ya sean nuevos o refaccionados, siempre que se informe al consumidor de esta última circunstancia. El incumplimiento de esta obligación dará lugar, además de las sanciones o indemnizaciones que procedan, a que se obligue al prestador del servicio a sustituir, sin cargo adicional alguno, los componentes o repuestos correspondientes al servicio contratado. En todo caso, cuando el consumidor lo solicite, el proveedor deberá especificar, en la correspondiente boleta o factura, los repuestos empleados, el precio de los mismos y el valor de la obra de mano.

Asimismo, en el artículo 41º, se dispone que el prestador de un servicio, incluido el servicio de reparación, estará obligado a señalar por escrito en la boleta, recibo u otro documento, el plazo por el cual se hace responsable del servicio o reparación. En todo caso, el consumidor podrá reclamar del desperfecto o daño ocasionado por el servicio defectuoso dentro del plazo de diez días hábiles, contado desde la fecha en que hubiere terminado la prestación del servicio o, en su caso, se hubiere entregado el bien reparado. Si el tribunal estimare procedente el reclamo, dispondrá se preste nuevamente el servicio sin costo para el consumidor o, en su defecto, la devolución de lo pagado por éste al proveedor. Sin perjuicio de lo anterior, quedará subsistente la acción del consumidor para obtener la reparación de los perjuicios sufridos. Para ejercer el derecho establecido en el inciso anterior, el consumidor deberá acreditar el acto o contrato con la documentación respectiva.

i) Asociaciones de Consumidores

El Título I, Párrafo 2° “De las organizaciones para la defensa de los derechos de los consumidores”, se encuentran reguladas ampliamente las Asociaciones de Consumidores.

Entre sus aspectos principales se encuentra lo señalado en el artículo 8º. En este se establece que las asociaciones de consumidores sólo podrán ejercer las siguientes funciones:

a.Difundir el conocimiento de las disposiciones de esta ley y sus regulaciones complementarias;

b.Informar, orientar y educar a los consumidores para el adecuado ejercicio de sus derechos y brindarles asesoría cuando la requieran;

c.Estudiar y proponer medidas encaminadas a la protección de los derechos de los consumidores y efectuar o apoyar investigaciones en el área del consumo, y

d.Representar a sus miembros y ejercer las acciones a que se refiere esta ley en defensa de aquellos consumidores que le otorguen el respectivo mandato.

Asimismo, en el artículo 9º se establece que dichas organizaciones en ningún caso podrán:

a.Desarrollar actividades lucrativas;

b.Incluir como asociados a personas jurídicas que se dediquen a actividades

empresariales;

c.Percibir ayudas o subvenciones de empresas o agrupaciones de empresas que suministren bienes o servicios a los consumidores;

d.Realizar publicidad o difundir comunicaciones no meramente informativas sobre bienes o servicios, ni

e.Dedicarse a actividades distintas de las señaladas en el artículo anterior.

j) Responsabilidad

Entre otros aspectos importantes se establece en el artículo 19°, que el consumidor tendrá derecho a la reposición del producto o, en su defecto, a optar por la bonificación de su valor en la compra de otro o por la devolución del precio que haya pagado en exceso, cuando la cantidad o el contenido neto de un producto sea inferior al indicado en el envase o empaque.

Asimismo en el artículo 20º se establece que en los casos que a continuación se señalan, sin perjuicio de la indemnización por los daños ocasionados, el consumidor podrá optar entre la reparación gratuita del bien o, previa restitución, su reposición o la devolución de la cantidad pagada:

a. Cuando los productos sujetos a normas de seguridad o calidad de cumplimiento obligatorio no cumplan las especificaciones correspondientes;

b. Cuando los materiales, partes, piezas, elementos, sustancias o ingredientes que constituyan o integren los productos no correspondan a las especificaciones que ostenten o a las menciones del rotulado;

c. Cuando cualquier producto, por deficiencias de fabricación, elaboración, materiales, partes, piezas, elementos, sustancias, ingredientes, estructura, calidad o condiciones sanitarias, en su caso, no sea enteramente apto para el uso o consumo al que está destinado o al que el proveedor hubiese señalado en su publicidad;

d. Cuando el proveedor y consumidor hubieren convenido que los productos objeto del contrato deban reunir determinadas especificaciones y esto no ocurra;

e. Cuando después de la primera vez de haberse hecho efectiva la garantía y prestado el servicio técnico correspondiente, subsistieren las deficiencias que hagan al bien inapto para el uso o consumo a que se refiere la letra c) . Este derecho subsistirá para el evento de presentarse una deficiencia distinta a la que fue objeto del servicio técnico, o volviere a presentarse la misma, dentro de los plazos a que se refiere el artículo siguiente;

f. Cuando la cosa objeto del contrato tenga defectos o vicios ocultos que imposibiliten el uso a que habitualmente se destine;

g.Cuando la ley de los metales en los artículos de orfebrería, joyería y otros sea inferior a la que en ellos se indique.

Para los efectos del artículo 20°, se considerará que es un solo bien aquel que se ha vendido como un todo, aunque esté conformado por distintas unidades, partes, piezas o módulos, no obstante que éstas puedan o no prestar una utilidad en forma independiente

unas de otras. Sin perjuicio de ello, tratándose de su reposición, ésta se podrá efectuar respecto de una unidad, parte, pieza o módulo, siempre que sea por otra igual a la que se restituye.

En el artículo 24º, se dispone que las infracciones a lo dispuesto en la ley chilena que estamos reseñando, serán sancionadas con multa de hasta 50 unidades tributarias mensuales, si no tuvieren señalada una sanción diferente.

La publicidad falsa difundida por medios masivos de comunicación, que incida en las cualidades de productos o servicios que afecten la salud o seguridad de la población o el medio ambiente, hará incurrir al anunciante infractor en una multa de hasta 200 unidades tributarias mensuales. El juez, en caso de reincidencia, podrá elevar las multas antes señaladas al doble. Se considerará reincidente al proveedor que sea sancionado por infracciones a esta ley dos veces o más dentro del mismo año calendario. Para la aplicación de las multas el Tribunal tendrá especialmente en cuenta la cuantía de lo disputado y las facultades económicas del infractor.

k) Órgano de Aplicación, Procedimiento y Sanciones

Se establece en la ley chilena, la creación del Servicio Nacional del Consumidor, el cual deberá velar- de acuerdo a lo señalado en el artículo 58°- por el cumplimiento de las disposiciones de la presente ley y demás normas que digan relación con el consumidor, difundir los derechos y deberes del consumidor y realizar acciones de información y educación del consumidor.

El Servicio Nacional del Consumidor – de acuerdo a lo establecido en el artículo 58°- tendrá las siguientes funciones:

a.Formular, realizar y fomentar programas de información y educación al consumidor;

b.Realizar, a través de laboratorios o entidades especializadas, de reconocida solvencia, análisis selectivos de los productos que se ofrezcan en el mercado en relación a su composición, contenido neto y otras características. Aquellos análisis que excedan en su costo de 250 unidades tributarias mensuales, deberán ser efectuados por laboratorios o entidades elegidas en licitación pública. En todo caso el Servicio deberá dar cuenta detallada y pública de los procedimientos y metodología utilizada para llevar a cabo las funciones contenidas en esta letra;

c.Recopilar, elaborar, procesar, divulgar y publicar información para facilitar al consumidor un mejor conocimiento de las características de la comercialización de los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado;

d.Realizar y promover investigaciones en el área del consumo, y

e.Velar por el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias relacionadas con la protección de los derechos de los consumidores.

4. ECUADOR

4.1. Introducción

Hay que señalar que en la Constitución de Ecuador se tienen diversos artículos que contemplan los derechos del consumidor en dicho país. Así, lo dispuesto por el numeral 7 del articulo 23 de la Constitución Política de la República de Ecuador, en donde se indica que es deber del Estado garantizar el derecho a disponer de bienes y servicios públicos y privados, de óptima calidad; a elegirlos con libertad, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características. Asimismo, en el articulo 92 se dispone que la ley establecerá los mecanismos de control de calidad, los procedimientos de defensa del consumidor, la reparación e indemnización por deficiencias, daños y mala calidad de bienes y servicios y por la interrupción de los servicios públicos no ocasionados por catástrofes, caso fortuito o fuerza mayor, y las sanciones por la violación de estos derechos. Y, finalmente en el artículo 244, numeral 8 se dispone que al Estado le corresponderá proteger los derechos de los consumidores, sancionar la información fraudulenta, la publicidad engañosa, la adulteración de los productos, la alteración de pesos y medidas, y el incumplimiento de las normas de calidad.

En Ecuador, se dictó una primera Ley de Defensa del Consumidor en 1990, pero por diversos motivos resultó inoperante. Es por ello, que con fecha 4 de julio del 2000, se puso en vigencia la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor

4.2. Examen de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor

a) Concepto de Consumidor y Relación de Consumo

Luego de hacerse en el artículo 1° de la Ley, la declaración a que esta se aplica a las relaciones entre consumidores y proveedores, en el artículo 2° se establecen una serie de definiciones, entre las que se encuentran el de consumidor y proveedor.

Así se dispone como consumidor a “toda persona natural o jurídica que como destinatario final, adquiera, utilice o disfrute bienes o servicios, o bien reciba oferta para ello” Añade que “cuando la presente Ley mencione al consumidor, dicha denominación incluirá al usuario”. La definición de consumidor, es una que comprende a los destinatarios finales, no sólo a los que contratan o adquieren, sino también a los que utilizan o disfrutan bienes o servicios, al igual que la ley peruana. Lo particular es el señalamiento en que dentro del término consumidor debe comprenderse al de usuario.

Igualmente se define al proveedor como “toda persona natural o jurídica de carácter público o privado que desarrolle actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución, alquiler o comercialización de bienes, así como prestación de servicios a consumidores, por lo que se cobre precio o tarifa. Esta definición incluye a quienes adquieran bienes o servicios para integrarlos a procesos de producción o transformación, así como a quienes presten servicios públicos por delegación o concesión”. La definición de proveedor, se efectúa de manera muy precisa, ya que se describe las actividades que realiza, así como se incluye a aquellas personas que son adquirientes pero no destinatarios finales.

Asimismo, se incluyen en el artículo 2° otras definiciones, como la de anunciante, contrato por adhesión, derecho de devolución, especulación, información básica comercial, oferta, publicidad, publicidad abusiva, publicidad engañosa, servicios públicos domiciliarios, distribuidores o comerciantes, productores o fabricantes, importadores y, finalmente, prestadores. Todas estas definiciones son fundamentales en la interpretación de esta ley ecuatoriana, y nos indican los temas que van a ser tratados en la misma, pues como se advertirá, en esta misma ley se trata por ejemplo el tema de la publicidad, a diferencia de nuestro sistema de protección al consumidor que reserva una ley para propiamente proteger al consumidor y otra para tratar el tema de la publicidad. Algo similar podemos manifestar en cuanto a los contratos por adhesión.

Se define como anunciante a 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.

Igualmente, como contrato por adhesión se indica que es aquel cuyas cláusulas han sido establecidas unilateralmente por el proveedor a través de contratos impresos o en formularios sin que el consumidor, para celebrarlo, haya discutido su contenido.

Como derecho de devolución, se tiene a la facultad del consumidor para devolver o cambiar un bien o servicio, en los plazos previstos en esta Ley, cuando no se encuentra satisfecho o no cumple sus expectativas, siempre que la venta del bien o servicio no haya sido hecha directamente, sino por correo, catálogo, teléfono, Internet, u otros medios similares.

Especulación, de similar manera es definida, como aquella práctica comercial ilícita que consiste en el aprovechamiento de una necesidad del mercado para elevar artificiosamente los precios, sea mediante el ocultamiento de bienes o servicios, o acuerdos de restricción de ventas entre proveedores, o la renuencia de los proveedores a atender los pedidos de los consumidores pese a haber existencias que permitan hacerlo, o la elevación de los precios de los productos por sobre los índices oficiales de inflación, de precios al productor o de precios al consumidor.

Información Básica Comercial es definida como los datos, instructivos, antecedentes, indicaciones o contraindicaciones que el proveedor debe suministrar obligatoriamente al consumidor, al momento de efectuar la oferta del bien o prestación del servicio.

De similar manera, es definida la oferta, como la práctica comercial consistente en el ofrecimiento de bienes o servicios que efectúa el proveedor al consumidor.

Publicidad, es según la definición establecida, la comunicación comercial o propaganda que el proveedor dirige al consumidor por cualquier medio idóneo, para informarlo y motivarlo a adquirir o contratar un bien o servicio. Para el efecto la información deberá respetar los valores de identidad nacional y los principios fundamentales sobre seguridad personal y colectiva.

Asimismo, publicidad abusiva es toda modalidad de información o comunicación comercial, capaz de incitar a la violencia, explotar el miedo, aprovechar la falta de madurez de los niños y adolescentes, alterar la paz y el orden público o inducir al consumidor a comportarse en forma perjudicial o peligrosa para la salud y seguridad

"Programa Cybertesis PERÚ - Derechos son del Autor"

personal y colectiva

Se considerará también publicidad abusiva- se añade- toda modalidad de información o comunicación comercial que incluya mensajes subliminales.

Igualmente, publicidad engañosa a toda modalidad de información o comunicación de carácter comercial, cuyo contenido sea total o parcialmente contrario a las condiciones reales o de adquisición de los bienes y servicios ofrecidos o que utilice textos, diálogos, sonidos, imágenes o descripciones que directa o indirectamente, e incluso por omisión de datos esenciales del producto, induzca a engaño, error o confusión al consumidor.

Se entiende por servicios públicos domiciliarios, a los prestados directamente en los domicilios de los consumidores, ya sea por proveedores públicos o privados tales como servicios de energía eléctrica, telefonía convencional, agua potable, u otros similares.

De otra parte, distribuidores o comerciantes, son Las personas naturales o jurídicas que de manera habitual venden o proveen al por mayor o al detal, bienes destinados finalmente a los consumidores, aun cuando ello no se desarrolle en establecimientos abiertos al público.

Como productores o fabricantes, se tiene Las personas naturales o jurídicas que extraen, industrializan o transforman bienes intermedios o finales para su provisión a los consumidores.

También como importadores, se tiene a las personas naturales o jurídicas quede manera habitual importan bienes para su venta o provisión en otra forma al interior del territorio nacional.

Finalmente, como prestadores se tiene a las personas naturales o jurídicas que en forma habitual prestan servicios a los consumidores.

b) Derechos de los Consumidores

En el Capítulo II de la ley ecuatoriana se establece algo muy peculiar, pues al lado de los derechos del consumidor se dispone también sus respectivas obligaciones de manera expresa, ya que indudablemente en otras leyes, si bien es cierto, también se declaran los derechos del consumidor, las obligaciones se mantienen de manera implícita o tácita. Cabe finalmente agregar que en esta parte la ley ecuatoriana se acerca a la ley chilena.

Así, en el artículo 4° se disponen como derechos fundamentales del consumidor "... a más de los establecidos en la Constitución Política de la República, tratados o convenios internacionales, legislación interna, principios generales del derecho y costumbre mercantil" los siguientes:

1.Derecho a la protección de la vida, salud y seguridad en el consumo de bienes y servicios, así como a la satisfacción de las necesidades fundamentales y el acceso a los servicios básicos;

2.Derecho a que proveedores públicos y privados oferten bienes y servicios competitivos, de óptima calidad, y a elegirlos con libertad;

3.Derecho a recibir servicios básicos de óptima calidad;

4.Derecho a la información adecuada, veraz, clara, oportuna y completa sobre los

bienes y servicios ofrecidos en el mercado, así como sus precios, características, calidad, condiciones de contratación y demás aspectos relevantes de los mismos, incluyendo los riesgos que pudieren prestar;

5.Derecho a un 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, cantidad, precio, peso y medida;

6.Derecho a la protección contra la publicidad engañosa o abusiva, los métodos comerciales coercitivos o desleales;

7.Derecho a la educación del consumidor, orientada al fomento del consumo responsable y a la difusión adecuada de sus derechos;

8.Derecho a la reparación e indemnización por daños y perjuicios, por deficiencias y mala calidad de bienes y servicios;

9.Derecho a recibir el auspicio del Estado para la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios, cuyo criterio será consultado al momento de elaborar o reformar una norma jurídica o disposición que afecte al consumidor;

10.Derecho a acceder a mecanismos efectivos para la tutela administrativa y judicial de sus derechos e intereses legítimos, que conduzcan a la adecuada prevención, sanción y oportuna reparación de los mismos;

11.Derecho a seguir las acciones administrativas y/o judiciales que correspondan; y,

12.Derecho a que en las empresas o establecimientos se mantenga un libro de reclamos que estará a disposición del consumidor, en el que se podrá anotar el reclamo correspondiente, lo cual será debidamente reglamentado". Como obligaciones del consumidor se establecen en el artículo 5°, las siguientes:

1. Propiciar y ejercer el consumo racional y responsable de bienes y servicios;

2 Preocuparse de no afectar el ambiente mediante el consumo de bienes o servicios que puedan resultar peligrosos en ese sentido;

3 Evitar cualquier riesgo que pueda afectar su salud y vida, así como la de los demás, por el consumo de bienes o servicios lícitos; y,

4. Informarse responsablemente de las condiciones de uso de los bienes y servicios a consumirse.

c) Derecho a la Información

En el Capítulo IV bajo el título de Información Básica Comercial se establecen toas aquellas situaciones en las que el proveedor estaría en la obligación de brindar la información necesaria y suficiente a los consumidores.

Así, entre los aspectos considerados, en el artículo 9° - iniciando este capítulo- se establece que todos los bienes a ser comercializados deberán exhibir sus respectivos precios, peso y medidas, de acuerdo a la naturaleza del producto.

Asimismo, se añade que toda información relacionada al valor de los bienes y servicios deberá incluir, además del precio total, los montos adicionales correspondientes a impuestos y otros recargos, de tal manera que el consumidor pueda conocer el valor

final. Además del precio total del bien, deberá incluirse en los casos en que la naturaleza del producto lo permita, el precio unitario expresado en medidas de peso y/o volumen.

En lo referente al idioma o moneda, en el artículo 10° se dispone que los datos y la información general expuesta en etiquetas, envases, empaques u otros recipientes de los bienes ofrecidos; así como la publicidad, información o anuncios relativos a la prestación de servicios, se expresarán en idioma castellano, en moneda de curso legal y en las unidades de medida de aplicación general en el país; sin perjuicio de que el proveedor pueda incluir, adicionalmente, esos mismos datos en otro idioma, unidad monetaria o de medida. Se concluye este artículo con la indicación que la información expuesta será susceptible de comprobación.

Cuando se oferten o expendan al consumidor productos con alguna deficiencia, usados o reconstruidos – se advierte en el artículo 12°- , tales circunstancias deberán indicarse de manera visible, clara y precisa, en los anuncios, facturas o comprobantes.

Muy de acuerdo al adelanto técnico actual, se establece que si los productos de consumo humano o pecuario a comercializarse han sido obtenidos o mejorados mediante transplante de genes o, en general, manipulación genética, se advertirá de tal hecho en la etiqueta del producto, en letras debidamente resaltadas.

Asimismo, cabe señalar finalmente que en los artículos 14° y 15° se establece un rotulado mínimo, tanto para alimentos como para medicamentos, respectivamente.

Asimismo, en el artículo 17°, se dispone que es obligación de todo proveedor, entregar al consumidor información veraz, suficiente, clara, completa y oportuna de los bienes o servicios ofrecidos, de tal modo que éste pueda realizar una elección adecuada y razonable.

Por otra parte, en el Capítulo III se trata el tema de la regulación de la publicidad y su contenido.

Se establece en el artículo 6° que quedanprohibidas todas las formas de publicidad engañosa o abusiva- conceptuadas en el artículo 2° de la ley- , o que induzcan a error en la elección del bien o servicio que puedan afectar los intereses y derechos del consumidor.

Se precisa como infracción publicitaria cuando el proveedor que a través de cualquier tipo de mensaje induce al error o engaño en especial cuando se refiere a:

1.País de origen, comercial o de otra índole del bien ofrecido o sobre el lugar de prestación del servicio pactado o la tecnología empleada;

2.Los beneficios y consecuencias del uso del bien o de la contratación del servicio, así como el precio, tarifa, forma de pago, financiamiento y costos del crédito;

3.Las características básicas del bien o servicio ofrecidos, tales como componentes, ingredientes, dimensión, cantidad, calidad, utilidad, durabilidad, garantías, contraindicaciones, eficiencia, idoneidad del bien o servicio para los fines que se pretende satisfacer y otras; y,

4.Los reconocimientos, aprobaciones o distinciones oficiales o privadas, nacionales o extranjeras, tales como medallas, premios, trofeos o diplomas.

Los proveedores – dispone el artículo 19°- deberán dar conocimiento al público de los valores finales de los bienes que expendan o de los servicios que ofrezcan, con excepción de los que por sus características deban regularse convencionalmente. Añade este artículo que el valor final deberá indicarse de un modo claramente visible que permita al consumidor, de manera efectiva, el ejercicio de su derecho a elección, antes de formalizar o perfeccionar el acto de consumo. El valor final se establecerá y su monto se difundirá en moneda de curso legal. Las farmacias- adiciona finalmente el artículo en mención- , boticas, droguerías y similares deberán exhibir de manera visible, además del valor final impreso en cada uno de los medicamentos o bienes de expendio, la lista de precios oficiales de los medicamentos básicos, aprobados por la autoridad competente.

d) Protección a la Salud y Seguridad

Se dispone en el artículo 57° que tratándose de productos cuyo uso resultare potencialmente peligroso para la salud o integridad física de los consumidores, para la seguridad de sus bienes o del ambiente, el proveedor deberá incorporar en los mismos, o en instructivos anexos, las advertencias o indicaciones necesarias para que su empleo se efectúe con la mayor seguridad posible.

En cuanto al expendio de bebidas alcohólicas, cigarrillos y otros derivados del tabaco y productos nocivos para la salud – señala el mismo artículo citado- , deberá expresarse clara, visible y notablemente la indicación de que su consumo es peligroso para la salud. Dicha advertencia deberá constar, además, en toda la publicidad del bien considerado como nocivo. En lo que se refiere a la presentación de servicios riesgosos, deberán adoptarse por el proveedor las medidas que resultaren necesarias para que aquella se realice en adecuadas condiciones de seguridad, informando al usuario y a quienes pudieren verse afectados por tales riesgos, de las medidas preventivas que deban usarse.

En caso de constatarse que un bien de consumo adolece de un defecto o constituye un peligro o riesgo de importancia para la integridad física, la seguridad de las personas o del medio ambiente, - señala el artículo 58°- aún cuando se utilice en forma adecuada, el proveedor del mismo deberá, sin perjuicio de las responsabilidades a las que hubiere lugar, informar de tal hecho a los consumidores del bien, retirarlo del mercado y, cuando sea procedente, sustituirlo o reemplazarlo a su costo.

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 del consumidor- señala el artículo 59- , la autoridad competente dispondrá el retiro inmediato de dicho bien o producto del mercado y la prohibición de circulación del mismo. Los daños y perjuicios producidos por la acción de dichos bienes o productos serán de cargo del proveedor, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar.

e) Protección a los Intereses Económicos

En cuanto a las garantías, en el artículo 11° se indica que los productos de naturaleza durable tales como vehículos, artefactos eléctricos, mecánicos, electrodomésticos y electrónicos, deberán ser obligatoriamente garantizados por el proveedor para cubrir deficiencias de la fabricación y de funcionamiento. Las leyendas

"Programa Cybertesis PERÚ - Derechos son del Autor"

"garantizado", "garantía' o cualquier otra equivalente, sólo podrán emplearse cuando indiquen claramente en que consiste tal garantía; así como las condiciones, forma, plazo y lugar en que el consumidor pueda hacerla efectiva.

Se añade que toda garantía deberá individualizar a la persona natural o jurídica que la otorga, así como los establecimientos y condiciones en que operará.

Asimismo, en el artículo 18° se señala que todo proveedor está en la obligación de entregar o prestar, oportuna y eficientemente el bien o servicio, de conformidad a las condiciones establecidas de mutuo acuerdo con el consumidor. Ninguna variación en cuanto a precio, tarifa, costo de reposición u otras ajenas a lo expresamente acordado entre las partes, será motivo de diferimiento.

Según el artículo 20°, el consumidor podrá optar por la rescisión del contrato, la reposición del bien o la reducción del precio, sin perjuicio de la indemnización por daños y perjuicios, cuando la cosa objeto del contrato tenga defectos o vicios ocultos que la hagan inadecuada o disminuyan de tal modo su calidad o la posibilidad del uso al que habitualmente se le destine, que, de haberlos conocido el consumidor, no la habría adquirido o hubiera dado un menor precio por ella.

Asimismo, el proveedor está obligado –según el artículo 21°- a entregar al consumidor, factura que documente el negocio realizado, de conformidad con las disposiciones que en esta materia establece el ordenamiento jurídico tributario. Añade este artículo, que en caso de que al momento de efectuarse la transacción, no se entregue el bien o se preste el servicio, deberá extenderse un comprobante adicional firmado por las partes, en el que constará el lugar y la fecha en la que se lo hará y las consecuencias del incumplimiento o retardo.

Finalmente se señala que en concordancia con lo previsto en los incisos anteriores, en el caso de prestación de servicios, el comprobante adicional deberá detallar además, los componentes y materiales que se empleen con motivo de la prestación del servicio, el precio por unidad de los mismos y de la mano de obra; así como los términos en que el proveedor se obliga, en los casos en que el uso práctico lo permita.

Se establece en el artículo 45 el denominado Derecho de Devolución. Así, el consumidor que adquiera bienes o servicios por teléfono, catálogo, televisión, Internet o a domicilio, gozará del derecho de devolución, el mismo que deberá ser ejercido dentro de los tres días posteriores a la recepción del bien o servicio, siempre y cuando lo permita su naturaleza y el estado del bien sea el mismo en el que lo recibió. En el caso de servicios, el derecho de devolución se ejercerá mediante la cesación inmediata del contrato de provisión del servicio.

En cuanto a las promociones y ofertas, según el artículo 46°, se establece que toda promoción u oferta especial deberá señalar, además del tiempo de duración de la misma, el precio anterior del bien o servicio y el nuevo precio o, en su defecto, el beneficio que obtendría el consumidor, en caso de aceptarla. Cuando se trate de promociones en que el incentivo consista en la participación en concursos o sorteos, el anunciante deberá informar al público sobre el monto o número de premios de aquellos, el plazo y el lugar donde se podrán reclamar. El anunciante estará obligado a difundir adecuadamente el resultado de los concursos o sorteos.

Se dedica el Capítulo VIII al control de la especulación. Así, en el articulo 51°, se establece que sin perjuicio de lo que al respecto establecen las normas penales, queda absolutamente prohibida la especulación Igualmente queda prohibida cualquier otra práctica desleal que tienda o sea causa del alza indiscriminada de precios de bienes y/o servicios. Así mismo, se adoptarán las medidas necesarias para evitar la fuga de alimentos fiera del territorio nacional, que pudieran provocar desabastecimiento de los mercados internos.

Otro aspecto a resaltar es lo regulado en el artículo 52°. Así, el INEC o el Organismo que haga sus veces elaborará mensualmente, en base de criterios netamente técnicos, el Indice Oficial de Inflación, el Indice de Precios al Productor y el Indice de Precios al Consumidor.

Complementariamente, en el artículo 53°, se señala que cuando se detecte indicios de procesos especulativos los intendentes de Policía, subintendentes de Policía, comisarios nacionales y demás autoridades competentes, a petición de cualquier interesado o aún de oficio podrán realizar los controles necesarios a fin de establecer la existencia de tales procesos especulativos.

Seguidamente, en el artículo 54° se dispone que en casos especiales de excepción, el Presidente de la República, fundamentando debidamente la medida, podrá regular temporalmente los precios de bienes y servicios. Dicha regulación la podrá ejercer el Presidente de la República cuando la situación económica del país haya causado una escalada injustificada de precios. Se ejecutará mediante Decreto Ejecutivo, en el que se debe establecer el vencimiento de la medida cuando hayan desaparecido las causas que motivaron la respectiva resolución. En todo caso, la regulación debe ser revisada dentro de períodos no superiores a los seis meses, o en cualquier momento a solicitud de los interesados. Para determinar los precios por regular, deben ponderarse los efectos que la medida pueda ocasionar en el abastecimiento. La regulación referida en los párrafos anteriores, podrá consistir en fijación temporal de precios, el establecimiento de márgenes de comercialización o cualquier otra forma de control.

f) Crédito al Consumidor

Se señala en el artículo 47° que cuando el consumidor adquiera determinados bienes o servicios mediante sistemas de crédito, el proveedor estará obligado a informarle en forma previa, clara y precisa:

1.El precio al contado del bien o servicio materia de la transacción,

2.El monto total correspondiente a intereses, la tasa a la que serán calculados; así como la tasa de interés moratoria y todos los demás recargos adicionales;

3.El número, monto y periodicidad de los pagos a efectuar y,

4.La suma total a pagar por el referido bien o servicio.

Añade el artículo 47° que se prohíbe el establecimiento y cobro de intereses sobre intereses. El cálculo de los intereses en las compras a crédito debe hacerse exclusivamente sobre el saldo de capital impago. Es decir, cada vez que se cancele una cuota, el interés debe ser recalculado para evitar que se cobre sobre el total del capital. Lo dispuesto en este articulo y en especial en este inciso, incluye a las instituciones del

Sistema Financiero. Señala además el artículo reseñado que el proveedor está en la obligación de conferir recibos por cada pago parcial. El pago de la cuota correspondiente a un periodo de tiempo determinado hace presumir el de los anteriores.

Asimismo, en el artículo 48° que en toda venta o prestación de servicios a crédito, el consumidor siempre tendrá derecho a pagar anticipadamente la totalidad de lo adeudado, o a realizar pre- pagos parciales en cantidades mayores a una cuota. En estos casos, los intereses se pagarán únicamente sobre el saldo pendiente. Lo prescrito en el presente citado- se adiciona- incluye al sistema financiero.

Asimismo en cuanto a la cobranza de créditos, se establece en el artículo 49°, que el consumidor no deberá ser expuesto al ridículo o a la difamación, ni a cualquier tipo de coacción ilícita ni amenaza de cualquier naturaleza,- dirigida a su persona, por el proveedor o quien actúe en su nombre.

La obligación impuesta al proveedor, será exigible, sin perjuicio de las acciones penales a las que hubiere lugar

También en cuanto al pago con tarjeta de crédito, se establece en el artículo 50°, que el precio a pagar, será el mismo precio que al contado.Toda oferto, promoción, rebaja o descuento exigible respecto a 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 su conocimiento oportuna y adecuadamente, en la publicidad o información respectiva y de manera expresa, lo contrario.

g) Contratos de(sic) Adhesión

En el Capítulo VII, bajo el título de Protección Contractual, se regula lo correspondiente a los contratos por adhesión. Así, en el artículo 41° se dispone que el contrato de adhesión deberá estar redactado con caracteres legibles, no menores a un tamaño de fuente de diez puntos, de acuerdo a las normas informáticas internacionales, en términos claros y comprensibles y no podrá contener remisiones a textos o documentos que, no siendo de conocimiento público, no se faciliten al consumidor previamente a la celebración del contrato.

Se añade a lo dicho que cuando en un contrato de adhesión escrito con determinado tamaño de caracteres existiese además, textos escritos con letras o números significativamente más pequeños, éstos se entenderán como no escritos. Las partes tienen derecho de que se les entregue copias debidamente suscritas y sumilladas de los contratos y todos sus anexos. Si no fuere posible hacerlo en el acto por carecer de alguna firma, el proveedor entregará de inmediato una copia con la constancia de ser fiel al original suscrito por éste; la copia así entregada se tendrá por el texto fidedigno de lo pactado para todos los efectos legales.

Asimismo, en el artículo 42° se establece que los contratos de adhesión relativos a las actividades regidas por esta Ley, deberán estar escritos en idioma castellano, salvo aquellas palabras de otro idioma que el uso haya incorporado al léxico. Las cláusulas que no cumplan con dichos requisitos, no producirán efecto alguno respecto del consumidor. Sin perjuicio de lo dispuesto, en los contratos impresos o formularios prevalecerán las cláusulas que se agreguen, por sobre las del formulario, siempre que el consumidor lo

apruebe por escrito. Las condiciones de la oferta se entienden siempre incorporadas al contrato.

Se habla también de cláusulas prohibidas. Así en el artículo 43° se dispone que son nulas de pleno derecho y no producirán efecto alguno las cláusulas o estipulaciones contractuales que:

1.Eximan, atenúen o limiten la responsabilidad de los proveedores por vicios de cualquier naturaleza de los bienes o servicios prestados;

2.Impliquen 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 de un arbitraje o mediación, salvo que el consumidor manifieste de manera expresa su consentimiento;

5.Permitan al proveedor la variación unilateral del precio o de cualquier condición del contrato;

6.Autoricen exclusivamente al proveedor a resolver unilateralmente el contrato, suspender su ejecución o revocar cualquier derecho del consumidor nacido del contrato, excepto cuando tal resolución o modificación este condicionada al incumplimiento imputable al consumidor

7.Incluyan espacios en blanco, que no hayan sido llenados o utilizados antes de que se suscriba el contrato, o sean ilegibles;

8.Impliquen renuncia por parte del consumidor, de los derechos procesales consagrados en esta Ley, sin perjuicio de los casos especiales previstos en el Código de Procedimiento Civil, Código de Comercio, Ley de Arbitraje y Mediación y demás leyes conexas; y,

9.Cualquier otra cláusula o estipulación que cause indefensión al consumidor o sean contrarias al orden público y a las buenas costumbres.

Lo determinado en este artículo- se hace la precisión al final- , incluye a los servicios que prestan las instituciones del Sistema Financiero.

Se establece además en el artículo 44° que en los contratos de adhesión referentes a la prestación de servicios, tales como telefonía celular, medicina prepagada, televisión satelital o por cable u otros similares, el consumidor podrá dar por terminado unilateralmente el contrato en cualquier tiempo, previa notificación por escrito con al menos quince días de anticipación a la finalización del período en curso. En estos casos, en el contrato de adhesión no se podrá incluir cláusulas ni disposición alguna que impongan al consumidor multas, sanciones o recargos de ninguna naturaleza, atribuida a la terminación anticipada de dicho contrato y de incluirlas no tendrá ningún efecto jurídico. Sin perjuicio de lo dispuesto en este articulo – se precisa- , el consumidor mantendrá la obligación de cancelar los saldos pendientes únicamente por servicios efectivamente prestados hasta la fecha de terminación unilateral del contrato, así como los valores adeudados por la adquisición de los bienes necesarios para la prestación del servicio, de ser el caso.

h) Servicios

Se regulan los servicios profesionales señalándose en el artículo 27 que es deber del proveedor de los mismos, atender a sus clientes con calidad y sometimiento estricto a la ética profesional, la ley de su profesión y otras conexas.

En lo relativo al cobro de honorarios, el proveedor deberá informar a su cliente, desde el inicio de su gestión, el monto o parámetros en los que se regirá para fijarlos dentro del marco legal vigente en la materia y guardando la equidad con el servicio prestado.

Señala el artículo 22° que 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 noventa días contados a partir de la recepción del bien, a que se le repare sin costo adicional o se reponga el bien en un plazo no superior a treinta días, sin perjuicio a la indemnización que corresponda. Asimismo, si se hubiere otorgado garantía por un plazo mayor, se estará a este último.

Por otra parte, en el artículo 23° se dispone que cuando el bien objeto del servicio de acondicionamiento, reparación, limpieza u otro similar sufriere tal menoscabo o deterioro que disminuya su valor o lo torne parcial o totalmente inapropiado para el uso normal al que está destinado, el prestador del servicio deberá restituir el valor del bien, declarado en la nota de ingreso, e indemnizar al consumidor por la pérdida ocasionada.

Además, en el artículo 24° se establece en relación con los repuestos, que en los contratos de prestación de servicios cuyo objeto sea la reparación de cualquier tipo de bien, 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, a excepción de que las partes convengan expresamente lo contrario. Se agrega en e4ste artículo que 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.

Por otra parte, en el Capítulo VI, se prescribe sobre los Servicios Públicos Domiciliarios. Así se establece en el artículo 32° que las empresas encargadas de la provisión de servicios públicos domiciliarios, sea directamente o en virtud de contratos de concesión, están obligadas a prestar servicios eficientes, de calidad, oportunos, continuos y permanentes a precios justos.

Siempre dentro del tratamiento de los servicios públicos domiciliarios, se establece en el artículo 33°, que las condiciones, obligaciones, modificaciones y derechos de las partes en la contratación del servicio público domiciliario, deberán ser cabalmente conocidas por ellas en virtud de la celebración de un instrumento escrito. Sin perjuicio de dicho instrumento, los proveedores de servicios públicos domiciliarios mantendrán dicha información a disposición permanente de los consumidores en las oficinas de atención al público. Se agrega que el consumidor tiene el derecho de ser oportuna y verazmente informado sobre la existencia o no de seguros accesorios al contrato de prestación del servicio, cobertura y demás condiciones. En caso de seguros de vida, su monto nunca podrá ser menor al establecido en el Código del Trabajo. Sin perjuicio de la cobertura que los seguros accesorios den para el caso de muerte o perjuicio a la salud del consumidor,

la empresa proveedora de servicios públicos domiciliarios, será directamente responsable de indemnizar por los daños causados a los consumidores por negligencia o mala calidad en la prestación de dichos servicios.

Un aspecto interesante dentro de este tema es en cuanto a la facturación de consumo excesivo. Se dispone que cuando el consumidor considere que existe facturación excesiva en la planilla de un período, podrá cancelar únicamente un valor equivalente al promedio del consumo mensual de los seis meses inmediatamente anteriores. Asimismo, se establece que para poder ejercer este derecho, el consumidor debe presentar hasta dentro de los diez días posteriores al vencimiento de la factura o planilla, las correspondientes al período de seis meses inmediatos anteriores a la objetada. De no contar con los documentos anotados, el consumidor podrá solicitar las respectivas copias a la empresa prestadora del servicio, en cuyo caso, el plazo anotado comenzará a correr desde la fecha en que se entreguen las copias. Además agrega el mismo artículo que la empresa proveedora del servicio dispondrá de un plazo de treinta 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 más los intereses legales correspondientes. Si el pago efectuado por el consumidor en ejercicio del derecho contemplado en el inciso primero del presente artículo excede del valor real de consumo, la empresa otorgará un crédito idéntico a dicho exceso a favor del consumidor, el mismo que deberá hacerse efectivo en la planilla inmediata posterior. Mientras se desarrolle el trámite previsto en los incisos precedentes, la empresa proveedora estará obligada a seguir prestando el servicio sin interrupción alguna.

i) Derecho a la Educación en Materia de Consumo

Se establece en el artículo 89°, que el Ministerio de Educación y Cultura incluirá en los planes de estudio, aquellos aspectos trascendentales para la toma de conciencia en relación con los derechos del consumidor, algo que resulta inexistente en la ley peruana.

j) Asociaciones de Consumidores

El Capítulo XI está dedicado a las Asociaciones de Consumidores. Así, en el artículo se establece que se entenderá por Asociación de Consumidores, toda organización constituida por personas naturales o jurídicas, independientes de todo interés económico, comercial, religioso o político, cuyo objeto sea garantizar y procurar la protección y la defensa de los derechos e intereses de los consumidores; así como, promover la información, educación, representación y el respeto de los mismos.

Los requisitos de estas asociaciones son establecidos en el artículo 62°. Para poder actuar válida y legítimamente en la promoción y defensa de los derechos que esta Ley consagra- señala el artículo mencionado- , las asociaciones de consumidores deberán cumplir, además de los requisitos exigidos por la legislación general, con los siguientes:

1.Obtener su personería jurídica en el Ministerio de Bienestar Social;

2.Conformarse con un número no menor a cincuenta miembros;

3.No incluir como asociados a personas jurídicas que se dediquen a actividades comerciales;

4.Mantenerse al margen de actividades comerciales, religiosas o políticas;

5.No perseguir fines de lucro;

6.No aceptar anuncios de carácter comercial en sus publicaciones; y,

7.No realizar una explotación comercial selectiva en la información y consejos que ofrezcan al consumidor

En cuanto a sus objetivos, en el artículo 63°, se indican como tales:

1.Difundir el conocimiento de las disposiciones de esta Ley y sus disposiciones conexas;

2.Promover y proteger los derechos de los consumidores;

3.Representar los intereses individuales o colectivos de los consumidores ante las autoridades judiciales o administrativas; así como, ante los proveedores, mediante el ejercicio de acciones, recursos, trámites o gestiones a que esta Ley se refiere, cuando esto sea solicitado expresamente por los consumidores;

4.Realizar programas de capacitación, orientación y educación del consumidor,

5.Promover la organización de los consumidores con sentido solidario para proteger sus derechos;

6.Promover el conocimiento sobre el precio, la cantidad, la calidad, peso, medida, rotulado e información de los bienes y servicios;

7.Denunciar la práctica o manejo que atente contra los derechos del consumidor consagrados en la presente Ley;

8.Desarrollar una conciencia ambiental, individual o de grupo sobre las consecuencias del consumo en el ambiente y la. necesidad de preservar los recursos naturales; y,

9.Prestar la debida colaboración a las autoridades que requieran de su contingente para la investigación de las infracciones establecidas en la presente Ley.

k) Responsabilidad

Se establece en el artículo 28° que serán solidariamente responsables por las indemnizaciones civiles derivadas de los daños ocasionados por vicio o defecto de los bienes o servicios prestados, los productores, fabricantes, importadores, distribuidores, comerciantes, quien haya puesto su marca en la cosa o servicio y, en general, todos aquellos cuya participación haya influido en dicho daño. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Tratándose de la devolución del valor pagado, la acción no podrá intentarse sino respecto del vendedor final.

Asimismo, en este artículo se dispone que el transportista solo responderá por los daños ocasionados al bien con motivo o en ocasión del servicio por él prestado.

De particular importancia resulta el artículo 29° en cuanto a la responsabilidad del estado por actos de un funcionario público. Así, cuando el Estado ecuatoriano sea condenado pago de cualquier suma de dinero por la violación o inobservancia de los derechos consagrados en la presente Ley por parte de un funcionario público, el Estado tendrá derecho de repetir contra dicho funcionario lo efectivamente pagado.

La mora en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del proveedor de bienes o servicios – se establece en artículo 30°- , permitirá al consumidor pedir la resolución del contrato, sin perjuicio de las indemnizaciones que pudieren corresponder.

l) Órgano de Aplicación, Procedimiento y Sanciones

La Defensoría del Pueblo está facultada para conocer y pronunciarse – según lo dispuesto en el artículo 81° - sobre los reclamos y las quejas que presente cualquier consumidor, nacional o extranjero. Igualmente- aclara el artículo en mención- el consumidor podrá acudir, en cualquier tiempo, a la instancia judicial o administrativa que corresponda.

Son competentes para conocer y resolver sobre las infracciones a las normas contenidas en la Ley- precisa el artículo 84- , en primera instancia, el Juez de Contravenciones de la respectiva jurisdicción, y, en caso de apelación, el Juez de lo Penal de la respectiva jurisdicción. El juzgamiento de las infracciones previstas en esta Ley se iniciará mediante denuncia, acusación particular o exitativa fiscal.

Se establece una sanción general, en el artículo 70°, además de aquellas sanciones específicas de acuerdo con cada infracción. Así, las infracciones a lo dispuesto en la Ley, siempre que no tengan una sanción específica, serán sancionadas con multa de cien a mil dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en moneda de curso legal, y si es del caso, el comiso de los bienes, o la suspensión del derecho a ejercer actividades en el campo de la prestación del servicio o publicidad, sin perjuicio de las demás sanciones a las que hubiere lugar. El pago de las sanciones pecuniarias no libera al proveedor de cumplir con las obligaciones que le impone la ley.

5. VENEZUELA

5.1.- Introducción

Con fecha de mayo de 1995 se pone en vigencia la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario.

5.2.- Análisis de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario en Venezuela

a) Concepto de Consumidor y Relación de Consumo

Dentro del Título correspondiente a Disposiciones Generales, en el artículo 2° se establece que “a los efectos de esta Ley, se consideran consumidores y usuarios a las personas naturales o jurídicas que, como destinatarios finales, adquieran, usen o disfruten, a título oneroso, bienes o servicios cualquiera sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los produzcan, expidan faciliten, suministren,

presten u ordenen". Se añade seguidamente, que "no tendrán el carácter de consumidores o usuarios quienes, sin ser destinatarios finales, adquieran, almacenen, usen o consuman bienes y servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación y comercialización".

La definición anterior de consumidor y usuario se diferencia de la encontrada en la ley peruana, al señalar que será un destinatario final que adquiera, use o disfrute a título oneroso, recortando evidentemente el espectro que si abarca la ley peruana.

De otra parte, se define a los proveedores en el artículo 3° como "las personas naturales o jurídicas de carácter público o privado que desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, distribución, comercialización de bienes, prestación de servicios a consumidores o usuarios por los que cobren precios o tarifas". Nótese que no se señala nada con respecto a la habitualidad, aunque si se resalta el aspecto oneroso.

b) Derechos de los Consumidores y Usuarios

El Capítulo II está destinado a establecer los derechos de los consumidores y usuarios. Así, en el artículo 6° se disponen como derechos:

1. La protección de su salud y su seguridad frente a los riesgos provocados por productos o servicios, que sean considerados nocivos o peligrosos por las autoridades competentes, o llegar a serlo por deterioro, desperfecto o negligencia del fabricante o de quien preste el servicio:

2. La información adecuada sobre los diferentes bienes y servicios, con especificaciones de cantidad, peso, características, composición, calidad y precios, que les. Permita elegir conforme a sus deseos y necesidades:

3. La promoción y protección de sus intereses económicos, en reconocimiento de su condición de débil jurídico en las transacciones del mercado.

4. La educación e instrucción sobre la adquisición y utilización de bienes y servicios;

5. La obtención de compensaciones efectivas o de la reparación de los danos y perjuicios;

6. La protección de los intereses colectivos o difusos, en los términos que establece esta Ley:

7. La protección contra la publicidad subliminal, engañosa o abusiva; los métodos comerciales coercitivos o desleales que distorsionen la libertad de elegir; y las practicas o cláusulas abusivas impuestas por proveedores de bienes y servicios; y,

8. La constitución de asociaciones, ligas, grupos, juntas u otras organizaciones de consumidores o usuarios para la representación y defensa de sus derechos e intereses

Se añade en el artículo 8° que los derechos de los consumidores y usuarios consagrados en esta Ley son irrenunciables. Se consideran nulas las estipulaciones que establezcan la renuncia a tales derechos o el compromiso de no ejercerlos en instancias administrativas o jurisdiccionales.

c) Derecho a la Información

Se entiende por publicidad- señala el artículo 47° - la difusión masiva o restringida de mensajes destinados a dar a conocer las características, ventajas, cualidades o beneficios de cualquier tipo de bienes o servicios, con el fin de estimular su compra, uso o consumo, bien sean éstos fabricados o prestados por personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras, de carácter público o privado.

Se establecen varias prohibiciones, de acuerdo al artículo 48°, como las siguientes:

1. Ofrecer bienes o servicios, atribuyéndoles características, cualidades, comprobaciones, resultados o certificaciones que no puedan ser verificados de manera objetiva;

2. Anunciar o vender como nuevos, bienes usados o reconstruidos;

3. Hacer declaraciones falsas concernientes a los precios de bienes o tarifas de servicios;

4. Promover bienes o servicios con base a declaraciones concernientes a desventajas o riesgos de cualquier otro bien o servicio de la competencia, a menos que disponga de elementos probatorios para fundamentar lo declarado;

5. Incumplir con las ofertas de regalos, premios, muestras u otras entregas gratuitas;

6. Citar certificaciones testimoniales o respaldos sin Identificar la fuente; y,

7. Atribuir a determinados bienes o servicios características medicinales o curativas, sin contar con el correspondiente apoyo científico otorgado por la autoridad sanitaria nacional correspondiente.

Un aspecto tradicional dentro de la legislación comparada sobre el consumidor es lo tratado en el artículo 50°, cuando se prescribe que la información comercial sobre los productos y servicios nacionales o importados, se expresará en castellano y su precio en moneda nacional, en términos comprensibles, claramente legibles y conforme al sistema métrico decimal, sin perjuicio de que adicionalmente puedan incluirse esos mismos datos en otros idiomas, unidades monetarias o medidas.

Importante resulta lo dispuesto en el artículo 53° cuando se señala que la publicidad hecha a bienes o servicios cuyo consumo o uso pueda resultar peligroso para la salud, la vida humana, animal o vegetal o dañar el medio ambiente deberá advertir, con carácter es claramente legibles, conforme a lo indicado por las autoridades competentes, el riesgo de usarlos, así como sus eventuales efectos negativos, y especificar las instrucciones pertinentes para que su empleo se realice con la mayor seguridad.

Igualmente, aclara el artículo 54°, que la venta y publicidad de cigarrillos y bebidas alcohólicas deben expresar, en carácter es claramente legibles, tanto en el propio envoltorio como en las publicidades, las leyendas que señalen las autoridades competentes sobre sus efectos nocivos para la salud. Cuando se vendan productos finales para cuya elaboración se precise de sucedáneos, deberá expresarse categóricamente el nombre de las materias primas utilizadas y su composición, además de un análisis físicoquímico de las mismas. La violación de estas normas generará responsabilidad, según los casos, entre las empresas industriales, comerciantes, agricultores o proveedores de los bienes y servicios antes señalados.

Para los efectos de esta Ley- señala el artículo 55°- , se consideran promociones, entre otras, las prácticas comerciales consistentes en el ofrecimiento al público de:

1. Bienes o servicios con el incentivo de proporcionar adicionalmente otro u otros bienes o servicios de cualquier naturaleza, en forma gratuita o a precio reducido;

2. Un contenido adicional en la presentación usual de determinado producto, en forma gratuita o a precio reducido;

3. Dos o más productos iguales o diversos por el precio de uno;

4. Bienes o servicios con el incentivo de participar en sorteos, concursos u otros eventos similares;

5. Figuras o leyendas impresas en las tapas, etiquetas o envases de los productos o incluidas dentro de aquellos, que sean distintas a las que obligatoriamente deban usarse o se tengan derecho a usar;

6. La entrega de cupones para ser canjeados por bienes o servicios; y,

7. La entrega gratuita de bienes o servicios a cambio de álbumes llenados con estampas de promoción.

Todo anuncio publicitario – de acuerdo al artículo 57°- relativo a promociones comerciales, deberá precisar la información necesaria para que los consumidores se enteren adecuadamente sobre los términos o condiciones de la promoción, así como la de forma de obtener su cumplimiento.

La intervención del Estado se muestra bastante fuerte y una muestra es lo establecido en el artículo 59°, en cuanto a que todas las promociones de bienes o servicios deberán ser informadas al Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU) , indicando los términos y condiciones de la promoción.

d) Protección a los Intereses Económicos

Bien claro señala el artículo 17°, cuando dice que los intereses económicos de los consumidores y usuarios deberán ser respetados en los términos establecidos en la Ley y estos tendrán derecho a ser indemnizados por los danos y perjuicios demostrados que el proveedor les ocasione.

El proveedor – según el artículo 12 - deberá entregar al consumidor factura, comprobante o recibo que acredite la operación realizada o, en su caso, presupuesto firmado por ambas partes del servicio solicitado, debidamente detallado. La factura, comprobante o recibo deberá cumplir con las exigencias tributarias procedentes. Los proveedores deberán expedir recibo de los bienes que vendan o del servicio que prestan y no podrán obligar al consumidor o al usuario a la firma de recibos, sin las especificaciones que correspondan.

Según el artículo 15° todo proveedor de bienes o servicios estará obligado a respetar los términos, plazos, fechas, condiciones, modalidades, garantías, reservas o circunstancias, ofrecidas o convenidas con el consumidor o el usuario para la entrega del bien o la prestación del servicio. Si el proveedor incumpliere con las obligaciones antes mencionadas, el consumidor o usuario tendrá el derecho de desistir de la compra o de la contratación del servicio, quedando el proveedor obligado a reembolsarle el pago

recibido.

Con excepción de aquellas ofertas, promocionales y otras modalidades, que resulten ventajosas al consumidor – se establece en el artículo 33°- , se prohíbe condicionar la venta de bienes declarados o no de primera necesidad, a la compra de otros bienes o a la prestación de servicios que el comprador no requiera o solicite. Se prohíbe condicionar la prestación de los servicios declarados o no de primera necesidad a la contratación de otros servicios o a la compra de bienes no inherentes o indispensables a la prestación del servicio requerido.

Según el artículo 34°, los proveedores no podrán establecer diferencia alguna entre bienes o servicios que 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 adquirientes de bienes o servicios, salvo que lo establezca la misma ley.

Existen varias disposiciones que al lado de cautelar los intereses económicos de los consumidores y usuarios, se nota la fuerte presencia de la intervención del Estado. Así, en el artículo 22° se establece que el Ejecutivo Nacional, a través de sus organismos competentes, tiene el deber de investigar la composición de los precios de los productos nacionales e importados y de los servicios. A estos efectos aquellos organismos formaran sus equipos de investigación, solo con funcionarios públicos, auxiliados, cuando fuere necesario, por personal especializado contratado.

De la misma manera, en el artículo 28° se señala que en los bienes declarados de primera necesidad, el marcaje del Precio Máximo de Venta al Público (P.M.V.P.) establecido por el Ejecutivo Nacional deberá hacerlo el productor, el fabricante o el importador. El precio de los servicios deberá ser anunciado mediante listas o carteles redactados en castellano y en carácter es fácilmente legibles y visibles, los cuales deberán ser colocados en el interior o la entrada del establecimiento donde se preste el servicio, según el caso, al alcance del público. Cuando se trate de servicios públicos de uso o consumo masivo, los precios deberán ser anunciados por lo menos en dos diarios de circulación nacional, dentro de los diez (10) días siguientes a su fijación por la autoridad competente.

Asimismo, en el artículo 29°, se prescribe que el Ejecutivo Nacional podrá establecer la obligación de los fabricantes o importadores, de imprimir, según el caso, el Precio de Venta de Fabrica (PDF) o el Precio de Venta del Importador (PDI) y la fecha de determinación de dichos precios, en aquellos bienes en los que considere conveniente hacerlo para la defensa del consumidor.

El Ministerio que tenga asignada la competencia en materia de precios y tarifas – señala el artículo 31°- podrá requerir de los productores, importadores, comercializadores o prestadores de servicio, cuando lo considere necesario, información exhaustiva de la estructura de costos; así como de las condiciones de venta de cualquier bien que produzcan, importen o comercialicen o de servicios que presten, sean o no de primera necesidad.

Y, finalmente en el artículo 32° se dispone que el Ejecutivo Nacional, por resolución conjunta y motivada de los Ministerios de Hacienda y de Fomento podrá

excepcionalmente circunscribir al Territorio Nacional, la comercialización de determinados bienes declarados de primera necesidad producidos en el país.

La intervención del Estado se hace más intensa cuando se hace referencia a los bienes y servicios de primera necesidad. Por ejemplo, entre otros aspectos, en el artículo 39° se dispone que el Ejecutivo Nacional a través de sus organismos, señalará que bienes y servicios serán considerados de primera necesidad. Igualmente, en el artículo 40° se establece que el Ministerio o los Ministerios, según el caso, que tengan asignada la competencia en materia de precios y tarifas podrá establecer mediante resolución, el precio máximo de venta o de prestación de servicios al público, en todo o parte del Territorio Nacional, para aquellos bienes y servicios que hayan sido declarados de primera necesidad.

Asimismo, se establecen una serie de garantías a favor de los consumidores y usuarios. Entre ellas, por ejemplo, en el artículo 60° se señala que los expendedores de bienes y servicios nacionales o extranjeros, deberán ofrecer al consumidor y al usuario, garantías suficientes contra los desperfectos y mal funcionamiento, vicios ocultos o cualquier otro riesgo de acuerdo a la naturaleza del bien o servicio.

Igualmente interesante resulta el artículo 68°, en cuanto que las personas naturales o jurídicas que se dediquen a la reparación de cualquier clase de bienes, deberán emplear en sus servicios piezas nuevas con su correspondiente garantía, salvo que el solicitante del servicio autorice expresamente por escrito la utilización de piezas usadas. Algo similar se puede encontrar en la ley peruana en el artículo 12°.

Asimismo, en el artículo 69°, se establece que quien descontinúe la venta de un bien o la prestación de un servicio, está obligado a garantizar el suministro de los repuestos, la prestación del servicio y hacer las reparaciones correspondientes, en el lapso que establezca el Reglamento de la ley. Algo similar se encuentra en el artículo 11° de la ley peruana.

e) Crédito al consumidor

Según el artículo 70°, en las operaciones de venta a crédito de bienes o servicios o de financiamiento para tales operaciones, no podrá obtenerse a título de intereses, comisiones o recargos, ninguna cantidad por encima de los máximos que sean fijados por el Ejecutivo Nacional, oída la opinión del Banco Central de Venezuela, en atención a las condiciones existentes en el mercado financiero nacional; los infractores de esta disposición incurrirán en delito de usura.

f) Contratos de(sic) Adhesión

Se define al contrato de(sic) adhesión en el artículo 18°. Así, se señala que es aquel cuyas cláusulas hayan sido aprobadas por la autoridad competente o establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios sin que el consumidor pudiera discutir o modificar su contenido. La inserción de otras cláusulas en el contrato no altera la naturaleza descrita de contrato de adhesión. Los contratos de adhesión – según el artículo 19°- serán redactados en términos claros e impresos en carácter es visibles y legibles que faciliten su comprensión por el consumidor.

No producirán efecto alguno – según el artículo 21°- las cláusulas o estipulaciones en

los contratos de adhesión que:

1. Otorguen a una de las partes la facultad de resolver a su solo arbitrio el contrato, salvo cuando ella se conceda al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio o por muestrario

2. Establezcan incrementos de precio por servicio, accesorios, aplazamientos, recargos o indemnizaciones, salvo que dichos incrementos correspondan a prestaciones adicionales que sean susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso y estén expresadas con la debida claridad y separación;

3. Hagan responsable al consumidor o al usuario por deficiencias, omisiones o errores del proveedor;

4. Priven al consumidor o al usuario de su derecho a resarcimiento frente a deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio; y.

5.Estén redactados en términos vagos o imprecisos; o no impresos en carácter es legibles, visibles y destacados que faciliten su comprensión.

g) Servicios

Cuando se trate de servicios medico asistenciales hospitalarios – señala el artículo 14°- , la factura respectiva deberá discriminar en forma precisa cada uno de los exámenes practicados a los usuarios y su costo, el valor de las cantidades de cada medicina consumida, costo de hospitalización, honorarios de cada profesional y demás servicios prestados al usuario. A tal efecto, en las clínicas y demás entes medico asistenciales deberá anunciarse, en forma destacada, el precio diario de las habitaciones, costo de cada tipo de examen y valor de los servicios.

En cuanto a los servicios públicos el artículo 16° establece que todo proveedor de los mismos deberá establecer un mecanismo eficiente de recepción, registro y acuse de recibo de las quejas y reclamos de los usuarios. Asimismo, establecerá y mantendrá un sistema de atención a los usuarios e informara al Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU) , semestralmente o a su requerimiento, sobre el número de las quejas y el resultado de las reclamaciones.

h) Asociaciones de Consumidores

En el Capítulo III se establece la regulación de las Asociaciones de Consumidores. Así, en el artículo 9° que las Asociaciones de Consumidores y Usuarios son agrupaciones comunitarias de carácter cívico, sin fines de lucro y con personalidad jurídica, constituidas conforme a las previsiones del Código Civil, por un numero no menor de cien (100) personas. Las asociaciones deberán inscribirse en el Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU) o en la institución que por delegación haga sus veces.

Entre sus objetivos- considerados en el artículo 10°- se encuentran:

1. Estimular la organización, educación y participación activa de la población en la defensa de sus intereses sociales y económicos:

2. Ejercer las acciones pertinentes, para la corrección o sanción de los hechos que puedan constituir violaciones a esta Ley y sus reglamentos; y,

3. Colaborar con el Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU) en los planes y programas para la protección y educación al consumidor.

i) Responsabilidad

Las sanciones son diversas y detalladas de acuerdo a cada infracción. Así, se contemplan, multas, publicidad correctiva, cancelación de la inscripción del proveedor en el registro

Para la imposición de las sanciones – según el artículo 104°- , se tomarán en cuenta los principios de equidad, proporcionalidad y racionalidad, apreciándose especialmente:

1. La gravedad de la infracción;

2. La dimensión del daño;

3. El carácter de primera necesidad del bien o servicio de que se trate;

4. El monto de la Patente de Industria y Comercio del ejercicio en curso; y,

5. La reincidencia.

En esta ley también se contemplan delitos como el de restrinjir la oferta, circulación, o distribución de bienes o servicios de primera necesidad o básicos, retenga dichos artículos o niegue la prestación de esos servicios, con o sin ocultamiento, para provocar escasez y aumento de los precios(artículo 106) ; enajenar bienes o prestar servicios declarados de primera necesidad, en forma directa o a través de Intermediarios, a precios superiores a los fijados por las autoridades competentes(artículo 107) entre otros.

j) Órgano de Aplicación, Procedimiento y Sanciones

Se crea el Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU) , distinto e independiente del Fisco Nacional – como establece el artículo 72 de la ley- . El Instituto – añade el artículo citado- será el organismo competente a través del cual se administrará la aplicación de la ley y su Reglamento, así como cualesquiera otras disposiciones que el Ejecutivo Nacional dictare en el ejercicio de las funciones que le estén atribuidas.

Se considera una Junta de Sustanciación conformada por el Síndico Procurador Municipal, quien la presidirá; el presidente de la junta Parroquial de la localidad donde se cometió la infracción, y el Presidente de la Asociación de Consumidores y Usuarios, elegido por las directivas de las asociaciones que funcionen en esa entidad. Esta Junta conocerá igualmente, de los procedimientos de conciliación y arbitraje solicitados por las partes afectadas en sus derechos, a fin de solucionar las controversias entre consumidores, usuarios y proveedores. La preside el alcalde.

Según el artículo 78°, contra las decisiones administrativas del Alcalde se podrá interponer el recurso de reconsideración por ante el mismo funcionario y el jerárquico por ante el órgano regional correspondiente del Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU) . Este último recurso agotará la vía administrativa.

Según el artículo 126°, el procedimiento se iniciará de oficio, bien sea por denuncia de la parte afectada en sus derechos o por iniciativa del propio Instituto para la Defensa y

Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU) , debiendo ordenar la Sala de Sustanciación la apertura del mismo. Igualmente, el Ministerio Público o las Asociaciones de Consumidores y Usuarios podrán denunciar dichas violaciones.

6. ESPAÑA

6.1. Introducción

El 19 de julio de 1984 se dispuso la Ley 26/1984, Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de España. Esta, con posterioridad, ha sufrido algunas modificaciones, por medio de la Ley 7/1998, Ley sobre Condiciones Generales de Contratación.

6.2. Análisis de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios

a) Concepto de Consumidor y Relación de Consumo

Dentro del Capítulo I “Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores”, en el artículo primero, punto 2 se establece que "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”. Y en el punto 3 se añade que “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”. Por tanto, la definición hecha del consumidor por la ley española coincide totalmente con la recogida en la ley peruana resaltando el hecho de que un consumidor o usuario siempre será un destinatario final de los bienes o servicios.

Asimismo, una manera bastante peculiar de establecer el otro lado de la relación de consumo- el proveedor- es el que es presentado en el punto 3 del artículo primero. Así, se presenta en forma de “negación”, es decir, negando quién no es consumidor, se llega a conocer quién es proveedor.

b) Derechos del Consumidor

En el artículo segundo, punto 1 se establecen como 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; en particular, frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos.

"Programa Cybertesis PERÚ - Derechos son del Autor"

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 presión jurídica, administrativa y técnica en las situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión.

Como se podrá apreciar, los derechos básicos reconocidos a los consumidores y usuarios, son los que con más o menos variantes se reconocen en la ley peruana en el artículo 5°.

Se agrega en el 2.2 que 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. Asimismo, en el 2.3 se establece que 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, lo que en definitiva nos lleva a la consideración de la irrenunciabilidad de los derechos del consumidor.

Muy importante resulta lo señalado en el Capítulo VII titulado “Situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión”, ya que más allá de establecer un contrapeso a la posible asimetría informativa entre consumidor y proveedor, en esta ley se plantea la existencia de ciertas situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión en que pudiera encontrarse el consumidor o usuario. Por ello, según el artículo vigésimo tercero **,** **l** os 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.

Igualmente, en el artículo vigésimo cuarto, se establece que 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.

c) Derecho a la Información

En el artículo octavo punto 1, se establece que 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. Existe una idéntica regulación en el artículo 20° de la ley peruana.

Se añade en el 8.2, que no obstante lo dispuesto anteriormente, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, éstas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad.

Finalmente en el 8.3, se establece que 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, estarán legitimadas para iniciar e intervenir en los procedimientos administrativos tendentes a hacerla cesar.

Asimismo, en el Capítulo IV titulado “Derecho de la Información”, se establece en el artículo decimotercero, que “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 por ejemplo: origen, naturaleza, composición y finalidad; aditivos autorizados que, en su caso, lleven incorporados; calidad, cantidad, categoría o denominación usual o comercial si la tienen; 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; entre otros.

Se añade en el artículo citado, que 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.

Los artículos decimocuarto, decimoquinto, decimosexto de la ley se destinan a regular a las oficinas y servicios de información al consumidor, en cuanto a las funciones que cumplen, sobre hasta qué datos pueden ser facilitados por estas oficinas y sobre su titularidad para publicar los resultados sobre los estudios y análisis de calidad hechos.

Asimismo, en el artículo decimoséptimo, se establece que los medios de comunicación social de titularidad pública dedicarán espacios y programas a la información y educación de los consumidores y usuarios.

d) Protección a la Salud y la Seguridad

El Capítulo II de la ley es dedicado a la protección de la salud y seguridad. En el artículo tercero, en el punto 1 se dispone que 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. Se añade en el punto 2. que 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. El equivalente de este numeral en la ley peruana es el artículo 9°.

"Programa Cybertesis PERÚ - Derechos son del Autor"

En el artículo cuarto, se contempla el posible contenido de los reglamentos reguladores de los productos o actividades. Igualmente dentro de este artículo se plantean los cuidados que hay deben tener los proveedores con productos como fertilizantes, plaguicidas y todos los artículos que en su composición lleven sustancias tóxicas, cáusticas, corrosivas o abrasivas.

Asimismo, en el artículo quinto se establece que deberá regularse en beneficio de la protección de la salud y seguridad de los consumidores y usuarios, 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.

e) Protección a los Intereses Económicos

En el artículo séptimo se señala que 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.

Asimismo, en el artículo undécimo se señala que 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.

En el mismo artículo citado se establece que 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.

Luego se dispone que 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.

Igualmente, 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.

Y, finalmente se establece que 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.

g) Cláusulas Generales de Contratación

Resulta de particular interés el tratamiento que se le brinda a las cláusulas generales de contratación. Como se ha expresado en la introducción, la Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de Contratación, modificó la Ley 26/1984, Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios española. Así, se introdujo una nueva redacción para el artículo décimo, se agregó el artículo décimo bis y, asimismo la Disposición Adicional Primera.

Así, en el artículo décimo se señala que las cláusulas, condiciones o estipulaciones que se apliquen a la oferta o promoción de productos o servicios, y las cláusulas no negociadas individualmente relativas a tales 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, deberán hacerse referencia expresa en el documento contractual.

b.Entrega, salvo renuncia expresa 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 entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

Se señala a su vez, que en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor.

Igualmente dentro del artículo décimo se dispone que si las cláusulas tienen el carácter de condiciones generales, conforme a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación serán también sometidas a las prescripciones de ésta.

Otro aspecto a resaltar es que las cláusulas, condiciones o estipulaciones que utilicen las empresas públicas o concesionarias de servicios públicos, estarán sometidas a la aprobación y control de las Administraciones públicas competentes, cuando así se disponga como requisito de validez.

Por otra parte en el artículo décimo bis se establece que se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En

"Programa Cybertesis PERÚ - Derechos son del Autor"

todo caso se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional primera de la ley de protección a los consumidores y usuarios en cuestión.[392] 92

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

Igualmente, en el artículo décimo bis, se señala que serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará. A estos efectos, el Juez que declara la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineficacia del contrato.

Lo hasta aquí reseñado, va a tener que ser comprendido con lo que constituye la Exposición de Motivos de la Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación.

Así, se hace la distinción- siguiendo dicha Exposición de Motivos – entre lo que es una cláusula abusiva de lo que es una condición general de la contratación. Se señala que: “Una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva. Cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares”.

Se establece una doble distinción. Por una parte, una condición puede tener el carácter de general o de particular. Y de otra, una condición abusiva puede recaer sobre una de carácter general o también sobre una de carácter particular. De allí que el legislador español señale que va a existir una diferencia entre una condición abusiva y una condición general. Una condición general no tiene por qué ser abusiva y, a su vez, una condición abusiva no tiene por qué ser necesariamente general.

Otra distinción mostrada es en la posibilidad de la existencia de contratos por adhesión particulares y contratos por adhesión en masa. En el primero, no existe negociación individual, ya que una de las partes prefigura el contrato y lo presenta a la otra para que se adhiera. En los contratos por adhesión colectivos, igualmente no existe negociación y una de las partes prefigura el contrato pero no sólo lo presenta a una sola parte, sino que dicho acto se repite.

Ahora bien, en lo que respecta a las condiciones generales de la contratación y su vinculación con la figura del consumidor tenemos: “Las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí, como de

estos con los consumidores. En uno y otro caso, se exige que las condiciones generales formen parte del contrato, sean conocidas o- en ciertos casos de contratación no escrita- exista posibilidad real de ser conocidas y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez. Pero, además se exige, cuando se contrata con un consumidor que no sean abusivas".

Por tanto, se distingue la existencia de condiciones generales de la contratación aplicadas a relaciones entre profesionales entre sí, como entre un profesional y un consumidor. Aplicadas a las relaciones entre un profesional y consumidor además de las exigencias como transparencia, claridad, concreción y sencillez, se requiere el no ser abusivas.

De allí que en la Exposición de Motivos reseñada se concluya:

"El concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores. Y puede darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predispuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. Es decir, siempre que no ha existido negociación individual.

"Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios. Pero habrá de tener en cuenta en cada caso las características específicas de la contratación entre empresas.

"En este sentido, sólo cuando exista un consumidor frente a un profesional es cuando operan plenamente la lista de cláusulas contractuales abusivas recogidas en la Ley, en concreto en la disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que ahora se introduce. De conformidad con la Directiva transpuesta, el consumidor protegido será no sólo el destinatario final de los bienes y servicios objeto del contrato, sino cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional".

g) Derecho a la Educación en materia de consumo

Existe el Capítulo V dedicado al derecho a la educación y formación en materia de consumo en la ley española.

Entre los aspectos más saltantes, se encuentran los objetivos que se persigue, consignados en el artículo decimoctavo, como promover la mayor libertad y racionalidad en el consumo de bienes y la utilización de servicios; facilitar la comprensión y utilización de la información; difundir el conocimiento de los derechos y deberes del consumidor o usuario y las formas más adecuadas para ejercerlos; fomentar la prevención de riesgos que puedan derivarse del consumo de productos o de la utilización de servicios; adecuar las pautas de consumo a una utilización racional de los recursos naturales e iniciar y potenciar la formación de los educadores en este campo.

Para conseguir los objetivos antes enunciados, se establece que el sistema

educativo incorporará los contenidos en materia de consumo adecuados a la formación de los alumnos.

En lo que respecta a la ley peruana, lo que corresponde a la educación de los consumidores como derecho y- particularmente- en lo que se refiere a la incorporación como contenido de aspectos sobre el consumo en el sistema educativo, no ha sido considerado, como si lo hace la ley española.

h) Asociaciones de Consumidores

En el Capítulo VI de la ley, titulado “Derecho de Representación, Consulta y Participación” se regulan aspectos concernientes a las Asociaciones de Consumidores.

Así, se establece en el artículo vigésimo, que 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 ciertos casos señalados en la ley.

Las Asociaciones de Consumidores para poder gozar de los beneficios establecidos en la ley en cuestión, están impedidas de por ejemplo incluir como asociados a personas jurídicas con ánimo de lucro; percibir ayudas o subvenciones de las empresas o agrupaciones de empresas que suministran bienes, productos o servicios a los consumidores o usuarios; entre otros aspectos contemplados en el artículo vigésimo primero.

Un aspecto importante es - como señala el artículo vigésimo segundo - 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.

En lo que respecta a la ley peruana, se ha dado un rol especial a las Asociaciones de Consumidores, aspecto que ha sido desarrollado por medio de leyes especiales modificatorias de la Ley de protección al consumidor.

i) Responsabilidades

Se establecen una serie de artículos que tienen que ver con las responsabilidades asumidas ante los consumidores y usuarios.

Así, en el artículo vigésimo quinto, se dispone que 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.

Otro artículo importante es el artículo vigésimo sexto. En él se dispone que 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. Como se puede apreciar, este artículo contempla quiénes pueden ser pasibles de asumir la responsabilidad ante los consumidores.

Se establecen además una serie de criterios en materia de responsabilidad, en el artículo vigésimo séptimo. Así:

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.

Se complementa lo anterior con el señalamiento que si a la producción de daños concurrieren varias personas, responderán solidariamente ante los perjudicados. El que pagare al perjudicado tendrá derecho a repetir de los otros responsables, según su participación en la causación de los daños.

Otro aspecto importante es el contemplado en el artículo vigésimo octavo. Se dispone que 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. Se precisa que 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.

Se habla asimismo - en el artículo trigésimo - , de la posibilidad del establecimiento de un seguro obligatorio de responsabilidad civil derivada de los daños causados por productos o servicios defectuosos y un fondo de garantía que cubra, total o parcialmente, los daños consistentes en muerte, intoxicación y lesiones personales.

j) Órgano de Aplicación, Procedimiento, Sanciones

Cabe comenzar este apartado haciendo una referencia a la función que tiene la Administración del Estado en la protección de los consumidores y usuario. Así en el artículo trigésimo noveno se señala que corresponde a la Administración del Estado promover y desarrollar la protección y defensa de los consumidores y usuarios, especialmente en los reglamentos sobre los diversos bienes o servicios, sobre todo

aquellos que tengan una peligrosidad inherente; también fomentan la participación de las asociaciones de consumidores; ejercer la potestad sancionadora con el alcance que se determine en sus normas reguladoras; entre otras funciones.

De similar forma - en el artículo cuadragésimo primero- , se dispone que 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 la información y educación a los consumidores estableciendo oficinas y servicios consecuentes; inspección de productos y servicios; 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; ejercer la potestad sancionadora; entre otras funciones.

Se podrá apreciar que en cuanto a la Administración del Estado se reservan funciones de regulación, participación de asociaciones, entre otras; mientras que en cuanto a las autoridades y corporaciones locales, sus funciones son más de control, inspección, sin dejar aquellas de promoción de las asociaciones de consumidores y de información, así como el de ejercer la potestad sancionadora.

Por otro lado en cuanto a las sanciones, el artículo trigésimo segundo señala que en tanto infracciones en materia de consumo, corresponde sanciones de carácter administrativo, previa instrucción del expediente, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que puedan concurrir. Agrega este artículo que 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.

En ningún caso se producirá una doble sanción – según el artículo trigésimo tercero- 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.

Es necesario señalar- de acuerdo a lo establecido en el artículo trigésimo cuarto- que 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 en la actividad, servicio o instalación de que se trate.

3.El incumplimiento o transgresión 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.La introducción de cláusulas abusivas en los contratos.

10.En general, el incumplimiento de los requisitos, obligaciones o prohibiciones establecidas en esta Ley y disposiciones que la desarrollen.

Las infracciones se calificarán – como se dispone en el artículo trigésimo quinto- 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.

Las infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios serán sancionadas con multas, cuya cuantía va de acuerdo a si se trata de una infracción leve, grave o muy grave, de acuerdo a lo prescrito en el artículo trigésimo sexto.

Se indican también sanciones accesorias como el decomiso de la mercancía adulterada, deteriorada, falsificada, fraudulenta, no identificada o que pudiera entrañar riesgo para el consumidor- según el artículo trigésimo octavo- .

7. CONCLUSIONES

a) La existencia de leyes de protección del consumidor y usuario en los países considerados, indica una preocupación progresiva y actual por la figura del consumidor en hispanoamérica. Así, de las legislaciones mencionadas se puede establecer un primer momento en la década del 70, para luego, sucesivamente generalizarse su necesidad, en

las décadas del 80 y 90. Es dable entonces remarcar que la defensa de los derechos del consumidor o usuario se ha tornado imprescindible en cualquier orden público económico.

b) Ahora bien, paralelamente a la asunción de una posición privilegiada de la defensa del consumidor, se ha efectuado un desplazamiento en lo que toca a la fundamentación de esa defensa y protección de los consumidores. De esta forma, se ha pasado de considerar al Estado como el principal instrumento para defender los derechos del consumidor, a entender que es el propio consumidor dentro de la lógica de mercado, el principal elemento de defensa y protección de sus propios derechos. Esta diferente fundamentación se puede ver reflejada en un solo país como México, en el que la Ley Federal de Protección del Consumidor de 1975 – con una intervención del Estado acentuada- guarda una propuesta diferente con su homóloga de 1992 – de corte mucho más liberal- . La diferente fundamentación, por tanto, ha conllevado una propuesta distinta con elementos distintos. Así, por sólo poner un ejemplo, se hace en la ley mexicana un espacio mayor de actuación a las asociaciones de consumidores y usuarios, aspecto que en la ley de 1975 no se contemplaba.

Si tuviéramos que sistematizar el panorama legislativo considerado, tendríamos que reparar en la existencia de una primera posición, la que se inspiran en un orden público económico liberal, una segunda – minoritaria- apegada a un orden público económico en donde la intervención del Estado es manifiesta, y, finalmente, una tercera en donde se presenta una solución ecléctica. En la primera se encuentran Perú, Argentina, Chile, Ecuador, España. En la segunda Venezuela solamente. Y, en la tercera posición se encuentra México.

En la primera posición, se le otorga una gran preponderancia a la existencia de una asimetría informativa y, por tanto, en la ley de protección al consumidor se regula como prioridad la transferencia obligatoria de información del proveedor al consumidor, a fin de que éste último elija libremente, sin tutelas de terceros como el Estado. Se parte de contrarrestar la asimetría informativa y con ello – según la óptica liberal- restablecer el equilibrio dentro del mercado entre proveedor y consumidor. Desde esta perspectiva, no hay espacio para la intervención controlista del Estado.

En la segunda posición – es el caso de Venezuela- el Estado mantiene una gran injerencia más allá de reconocer una asimetría informativa. Así la administración pública retiene su función de tutelar al consumidor en una serie de aspectos, como es el control de precios de los productos de primera necesidad, aspecto impensable en su ocurrencia en un orden público económico liberal, propio de otros países.

En la posición ecléctica- México por ejemplo- si bien se ha disminuido la intervención del Estado- sobre todo si comparamos lo que ocurría con su ley de 1975- se nota una desconfianza con la protección autónoma colectiva, es decir, las asociaciones de consumidores, aspecto que en un régimen económico liberal, por el contrario, se le promueve con mucho interés.

c) Las legislaciones de protección al consumidor vigentes, mantienen – más allá de su fundamentación- unos aspectos comunes y otros discrepantes, aunque cabe señalar que los aspectos coincidente son encontrados en mayor medida.

d) En lo que respecta a la conceptualización del consumidor y el establecimiento de la relación de consumo, unos países, como el Perú, toman en cuenta determinantemente la condición de destinatario final para ser consumidor o usuario, más allá que dicha condición haya sido consecuencia de un acto oneroso o un contrato. Es el caso de México, Ecuador y España

Por otra parte, existe la consideración de consumidor como destinatario final, pero asumida dicha condición mediante un contrato, acto oneroso o simplemente a título oneroso. Es el caso de Argentina que señala que será consumidor el destinatario final que contrata; Chile en donde se habla del que realiza un acto jurídico oneroso, no hablando precisamente de contrato; en Venezuela se habla de consumidores como destinatarios finales a título oneroso.

El otro polo de la relación de consumo- el proveedor- también es conceptuado en las distintas legislaciones, pero de manera discrepante. Así algunas lo conceptúan realzando que su labor la efectúan tanto habitual(a veces se utiliza la palabra profesionalmente) como periódicamente, de manera indistinta. Otras legislaciones, asumen que proveedor es quien realiza su labor sólo habitualmente, siendo excluyente dicho carácter del que actúa periódicamente. La ley peruana asume precisamente este último carácter.

e) Un aspecto recurrente en las leyes reseñadas es el tratamiento de los derechos de los consumidores y usuario. Así, se reconoce ciertos derechos, tomando como modelo o patrón, la Carta de Protección al Consumidor del Consejo de Europa, así como lo dispuesto en las Directivas de Protección al Consumidor por parte de la Organización de Naciones Unidas. Se establece así declarativamente, una serie de derechos que –con mayor o menor diferencia- van a ser asumidos por las legislaciones consideradas.

Por ejemplo, en casi todas ellas se declara como un derecho del consumidor, el derecho a la educación en materia de consumo, es decir, no es sólo considerar a la información que deben brindar los proveedores como parte de la formación del individuo, sino que dicha formación debe ser integral, y esto implica que los planes educativos de los diversos países asuman la tarea de incluir aspectos del consumo y los derechos que como consumidores tenemos. Ahora bien, algunos de los países no sólo se conforman con declararlo como derecho, sino que también lo desarrollan en un apartado especial. Es el caso de Argentina, Ecuador y España. Es una de las carencias más notables en la legislación peruana, que no sólo no declara el derecho a la educación en materia de consumo, sino obviamente no desarrolla nada al respecto.

f) Por otro lado, una preocupación que se puede encontrar en ciertos países, es en cuento a las cláusulas generales de contratación y los contratos por adhesión en relación a la problemática del consumidor, de allí que dichos aspectos sean regulados dentro de la misma ley muchas veces y no en una ley especial. Así, en leyes como la de México, Argentina, Chile, Ecuador, Venezuela.

España tiene un tratamiento especial, en lo que respecta a este tema. Así, mediante la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación de 1998, posterior a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, modificaría a ésta última, con lo cual se tiene el establecimiento de la distinción entre cláusulas abusivas y cláusulas generales, resultando que no siempre una cláusula general tiene que ser abusiva- según

la Exposición de Motivos de la ley dada en segundo lugar- ni la cláusula abusiva tiene que ser necesariamente una cláusula general de contratación.

Es bueno traer a colación que en el caso del Perú, tanto los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación, son tratados en el Código Civil de 1984.

g) Otro de los temas tratados en algunas legislaciones es referente a las ventas a domicilio. Es el caso de México y Argentina, en donde en sus respectivas leyes, se le asigna una parte importante a regular el tema en cuestión. Nos parece de particular interés y de mucha pertinencia el regular dicho aspecto con mucho mayor énfasis en la ley peruana, debido a que dicha circunstancia refleja un desarrollo del marketing imposible de ocultar y de consecuencias para la vida económica diaria y su afectación consecuente en los consumidores. El marketing tiene como principio actualmente, el acercar la oferta a la demanda llevando los productos al propio domicilio del potencial consumidor. Esto nos basta para pensar en posibles situaciones conflictivas que no sólo pueden afectar los intereses económicos de los consumidores sino aspectos estrictamente no económicos como su privacidad o intimidad, por sólo poner un ejemplo.

h) Algunas legislaciones acostumbran a tratar dentro de la ley de protección al consumidor aspectos que tienen que ver con la publicidad comercial. Es el caso de Chile y Ecuador, países cuyas legislaciones incluyen al lado del derecho a la información, aspectos concernientes a la publicidad. Cabe señalar que no es el caso del Perú, ya que aquí existe una ley de protección al consumidor y una ley de publicidad comercial, cada una con un espacio de aplicación autónomo pero con una evidente relación entre ellas.

"Programa Cybertesis PERÚ - Derechos son del Autor"

CAPÍTULO VII: INFORMACIÓN ESTADÍSTICA SOBRE LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

1. INTRODUCCION

Como se ha visto en capítulos anteriores, existe una protección directa e indirecta del consumidor. Dentro de la protección directa, no sólo existe el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual(INDECOPI) como organismo encargado de la aplicación del Decreto Legislativo N° 716 Ley de Protección al Consumidor, sino además hay que tomar en cuenta a los llamados Organismos Reguladores, como OSIPTEL, OSINERG, SUNASS y OSITRAN, que también cumplen, dentro de los sectores en los cuales tienen competencia, con resolver en última instancia los reclamos de los consumidores.

De esto último deriva nuestro interés por conocer las estadísticas emanadas de uno y otro ámbito, a fin de darnos una idea completa de cómo funciona la protección al consumidor en nuestro país.

2. CIFRAS DE LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN INDECOPI

La información estadística de la protección al consumidor en INDECOPI es muy variada. Así, como se podrá apreciar en el Gráfico N° 1, entre 1993 y junio del 2002, los procedimientos iniciados ascienden en el acumulado a un total de 6,047. No existe una tendencia uniforme ascendente en los procedimientos por años, más bien existe altos y bajos en las cifras mostradas. Por ejemplo, en el año 1993, se iniciaron 287 procedimientos, repuntando dicha cifra al año siguiente a 1086 procedimientos, cifra que no ha sido superada desde esa fecha. Pero, sólo hasta junio del 2002, la cifra ascendía a 560 procedimientos.

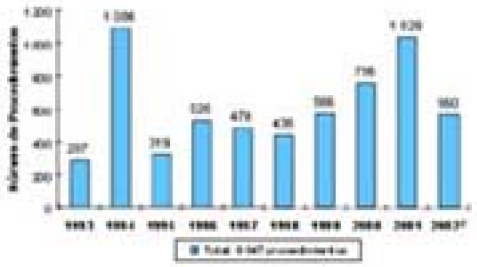


GRÁFICO Nº1.Procedimientos iniciados (1993- junio 2002)

1/A junio del 2002

Fuente: Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi.

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi.

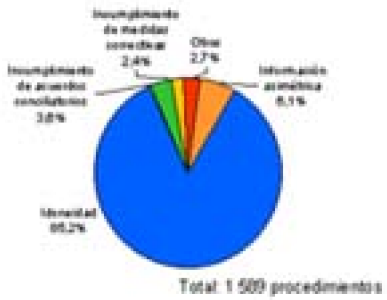


GRÁFICO Nº2. Procedimiento por tipo de denuncia. (Enero 2001- junio2002)

Fuente: Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi.

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi.

Complementariamente a lo anterior, se encuentra la información mostrada en el Gráfico N° 2. En este se detalla los procedimientos por tipo de denuncia, dentro del período que va de enero del 2001 a junio del 2002. El tipo de denuncia más frecuente es la idoneidad con el 85.2%- lo que resulta 1,354 procedimientos- , seguido de la

información asimétrica con 6.1%- lo que a su vez representa a 97 procedimientos- . Hay que recordar, al respecto, que los problemas de idoneidad se producen cuando se da la falta de coincidencia entre lo que el consumidor espera y lo que realmente recibe, precisando que lo que el consumidor espera depende de lo que haya recibido como información. En el caso de la información asimétrica, es aquella situación en la que el consumidor a pesar que sabe qué es lo que le interesa, no tiene a su disposición la información que le permita tomar decisiones más convenientes.

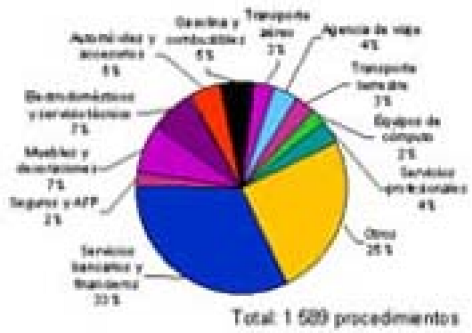


GRAFICO N° 3.Sectores más denunciados. (Enero 2001- junio2002)

Fuente: Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi.

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi

Del Gráfico N° 3, es necesario resaltar el sector más denunciado, entre enero del 2001 a junio del 2002, siendo éste sector, el que corresponde a los servicios bancarios y financieros(33%) seguido muy lejos por el de muebles y decoraciones así como el rubro de electrodoméstico(ambos con 9%) .

También es importante señalar que de los procedimientos concluidos en forma de resolución entre enero del 2001 y junio del 2002, según información contenida en el Gráfico N°4, el 41% resultó fundada la denuncia.

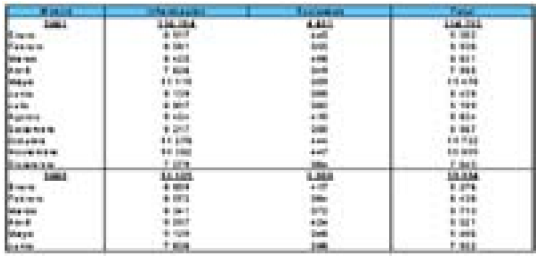


GRAFICO N° 4.Procedimientos concluidos por forma de resolución. (Enero 2001- junio2002)

Fuente: Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi.

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi

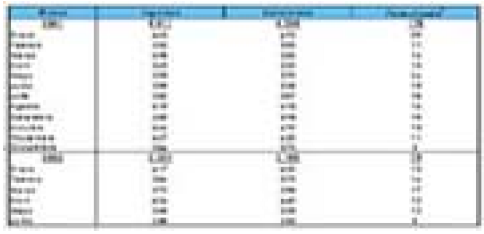
Asimismo, en lo que corresponde al Servicio de Apoyo al Consumidor, el Cuadro N° 1 muestra que en el año 2001, entre la solicitación de información y presentación de reclamos sumaron 114,795, mientras que sólo para enero- junio del 2002, se sumó entre los rubros mencionados 53,334.



CUADRO N° 1.Tipo de servicio solicitado. (Enero 2001- junio2002)

Fuente: Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi.

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi



CUADRO N° 2.Reclamos presentados. (Enero 2001- junio2002)

1/Reclamo convertido en denuncia ante la Comisión de Protección al Consumidor.

Fuente: Sistema de Apoyo al Consumidor y Gerencia de Desarrollo Institucional del Indecopi

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi

1/Incluye información del SAC de la Sede Central y de las Oficinas Descentralizadas de Arequipa, Cajamarca,Cuzco, Junín, La Libertad, Lambayeque, Loreto, Piura, Tacna, Tarapoto, Callao, Módulo COFIDE y de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Ahora bien, en cuanto a los reclamos presentados para el año 2001 – según el Cuadro N° 2- , son 4,411, de los cuales – y esto, a nuestro parecer es muy importante resaltarlo- , sólo 174 han sido formalizados, es decir, los reclamos se han convertido en denuncia. Como se podrá apreciar, sólo un 4% aproximadamente, se formaliza. En el caso del período enero- junio del 2002 se presenta similar circunstancia.

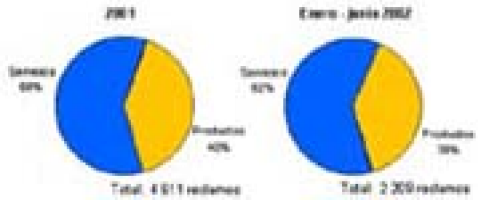


GRÁFICO Nº5.Clasificación de reclamos por rubros.(2001/Enero- junio 2002)

Fuente: Sistema de Apoyo al Consumidor y Gerencia de Desarrollo Institucional del Indecopi.

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi

El Gráfico N° 5, presenta que los reclamos mayoritariamente provienen del rubro servicios(60%) para el año 2001, tendencia muestra va en aumento para el período enero- junio del 2002(62%) .

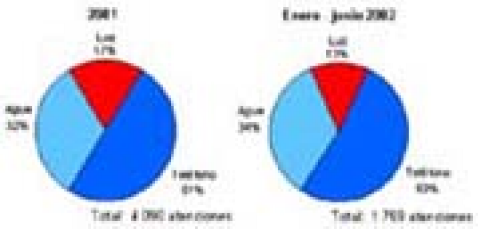


GRÁFICO Nº6.Atención por tipo de Servicio Público1/.(2001/Enero- junio 2002)

1/Derivadas a los organismos regulares.

Fuente: Sistema de Apoyo al Consumidor y Gerencia de Desarrollo Institucional del Indecopi.

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi

En lo que respecta a las denuncias por tipo de servicio público registradas en INDECOPI y consignadas en el Gráfico N° 6, se tiene que el servicio con más incidencia es el de teléfono con 51% para el año 2001 y de 53% para el período de enero- junio del 2002. Este rubro es seguido por agua y luz.

Como se ha señalado anteriormente, son los servicios los que concitan mayores reclamos. En el Gráfico N° 7, se establece que el rubro con mayores reclamos es el concerniente a los servicios bancarios y financieros, bastante alejado del segundo.

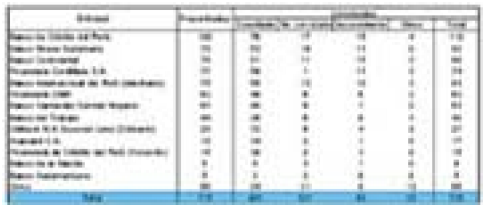
La anterior información es ampliada en cuanto a qué banco o financiera es la que conlleva la mayoría de reclamos en el Cuadro N° 3. Así, el Banco de Crédito del Perú es sobre el cual existen más reclamos, bastante lejos de lo correspondiente a Banco Wiese Sudameris, que es el segundo en la lista.



GRÁFICO Nº7. Rubros más reclamos(Ene- dic2001/Eme- jun2002)

Fuente: Sistema de Apoyo al Consumidor y Gerencia de Desarrollo Institucional del Indecopi.

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi



CUADRO Nº3. Reclamos recibidos sobre Servicios Bancarios y Financieros.(Enero 2001/ - junio 2002)

1/Incluye reclamos presentados antes de enero del 2002

Inconsistente: Reclamos injustificados

Otros: Incluye casos derivados y en abandono.

Fuente: Sistema de Apoyo al Consumidor y Gerencia de Desarrollo Institucional del Indecopi.

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi

Queremos también resaltar que en lo que atañe a los servicios al turista, se han registrado como reclamos en varios rubros, entre otros, transporte terrestre, transporte aéreo, agencias de viaje, consignados en el Gráfico N° 8, entre los que sobresale nítidamente el “transporte aéreo”, con porcentajes altísimos entre todos los servicios al turista. Así, en el año 2001 concita el 55 % de los reclamos y, en el período de enero-junio del 2002, el 57 % de los mismo, que como se verá indica una tendencia al aumento en las cifras.

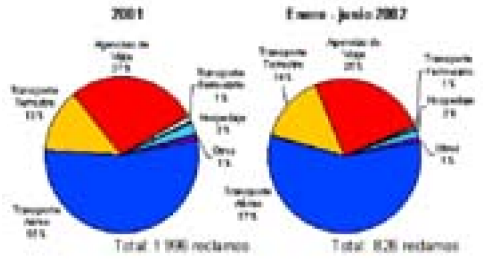


GRAFICO N° 8: reclamos por tipo de servicio (2001/ Enero- junio 2002)

Fuente: iperú, información y asistencia al turista –Convenio Promperú e indecopi.

Elaboración: Gerencia de estudios Económicos del indecopi.

Lo anterior es complementado con el Cuadro N° 4, en donde se detalla qué empresa aerocomercial es sobre la que recaen los mayores reclamos. Así, sobre Aerocontinente S.A. se han presentado 542 reclamos de un total de 1,559 para todas las empresas, es decir, aproximadamente 30%.

Como una apreciación global de lo que hemos venido revisando, se puede decir en primer lugar, que los reclamos no siempre se formalizan, es decir, se convierten en denuncias dando lugar por tanto a procedimientos. De allí la razón en que en INDECOPI, a nuestro parecer, no se verifica la tramitación de la mayoría de las controversias entre proveedores y consumidores, si lo comparamos con lo que vamos a ver en el acápite siguiente.



CUADRO N° 4: Reclamos recibidos sobre transporte Aéreo- (Enero 2001- junio 2002)

1/ Incluye reclamos prestados antes de enero del 2002

Inconsistente: reclamos injustificados

Otros: Incluye casos derivados y en abandono

Fuente: iperú, información y asistencia al turista – Convenio Promperú e indecopi.

Elaboración: Gerencia de estudios Económicos del indecopi.

Asimismo, en segundo lugar, se podrá advertir que el rubro servicios es el que verifica mayores reclamos, y que dentro de éste son los servicios bancarios y financieros los que concitan mayores reclamos. Esto es bastante significativo si tenemos en cuenta que en lo que respecta a bancos y financieras, estamos frente a un rubro bastante concentrado, es decir, con pocas empresas en el ramo.

Lo anteriormente dicho, puede ser apreciado en lo que respecta a los servicios al turista, en cuanto a que la empresa Aerocontinente- y esto no es una novedad y puede fácilmente comprobarse- mantiene una posición de dominio en el mercado aerocomercial, ya que en muchas rutas es la única en operar. Lo que arrojan las cifras es que Aerocontinente S.A. es la empresa con mayores reclamos.

3. CIFRAS DE LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN LOS ORGANISMOS REGULADORES

En el caso de los Organismos Reguladores, existen también datos valiosos sobre los

reclamos de los consumidores.

Así, en lo que corresponde a OSIPTEL, en el sector telecomunicaciones, en el total acumulado en los meses de enero, febrero y marzo del año 2002 se tienen 2,322 apelaciones- representando el 73.53% del total- , mientras que las quejas llegan en el mismo período a 836 –representando el 26.47%- . Lo anterior apreciado en el Cuadro N° 5, es graficado luego(Gráfica N°9) , observándose un descenso sostenido en el caso de las apelaciones, así como en las quejas.



CUADRO N° 5: Recursos Resueltos. (Enero – Marzo 2002)

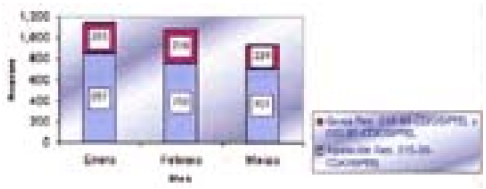


GRÁFICO N° 9: Recursos Resueltos por el Tribunal de OSIPTEL (Enero – Marzo 2002)

Fuente: Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos TRASU.

Sin embargo, más allá de algunas apreciaciones sobre la tendencia en lo que se refiere a apelaciones y quejas, lo cierto es que si comparamos las apelaciones y quejas que en total suman 3,158 en sólo tres meses, con los 6,047 procedimientos en INDECOPI, seguidos entre enero de 1993 y junio del 2002, vemos que la mayoría es abrumadora en las controversias entre consumidores y prestadores del servicio público de telecomunicaciones.

Por otro lado, en lo que corresponde a la SUNASS, dentro del sector de los servicios de agua potable, en el Gráfico N° 10, sólo centrándonos en lo que corresponde a apelaciones, se tiene como presentadas entre los años 1996 al 2001 un acumulado de 7,519. Aquí también la comparación con lo que sucede en INDECOPI, desfavorece a ésta última institución.

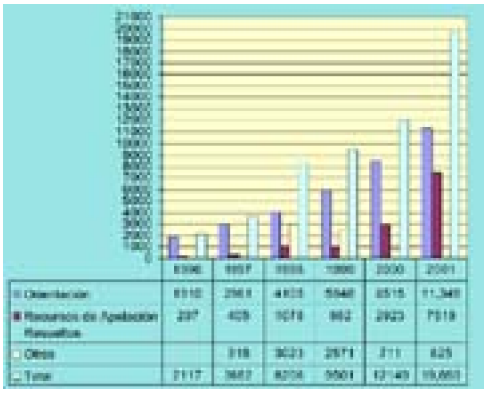
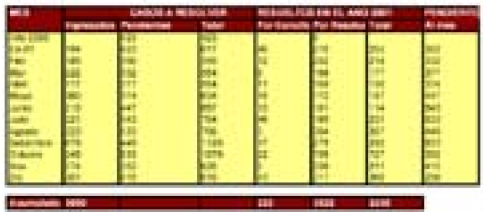


GRAFICO N° 10: Estadística de tensión al usuario

Finalmente, en lo que respecta a OSINERG, en el sector energético, teniendo en

cuenta a apelaciones y quejas, en conjunto ingresados en el año 2001 – según se puede apreciar en el Cuadro N° 6 – suman 3,090. Sólo en los diez primeros días del mes de enero del 2002 se han presentado 70 ingresos como se podrá apreciar en el Cuadro N° 7.

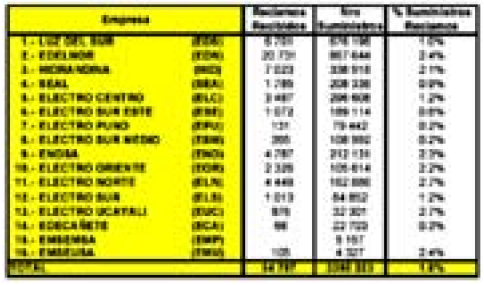


CUADRO N° 6: DETALLE ACUMULADO DEL ESTADO DE APELACIONES Y QUEJAS AL 31 DE DICIEMBRE 2002



CUADRO N° 7: DETALLE ACUMULADO DEL ESTADO DE APELACIONES Y QUEJAS AL 10 DE ENERO 2002

Existe asimismo, información sobre los reclamos presentados a las empresas de energía eléctrica. Así, en el Cuadro N° 8 y en el Gráfico N°11, se puede observar que sólo para la empresa EDELNOR, en el primer semestre del 2001, los reclamos recibidos son en total 20,731, seguida de HIDRANDINA con 7,023. Sumados todos los reclamos presentados a las empresas, da como resultado 54,797 reclamos presentados – hay que remarcarlo- sólo en el primer semestre en el año 2001. Asimismo, en el Cuadro N° 9 y en el Gráfico N°12, se detalla la resolución de reclamos en primera instancia.



CUADRO N° 8: RECLAMOS PRESENTADOS A LAS EMPRESAS – 1er SEMESTRE 2001

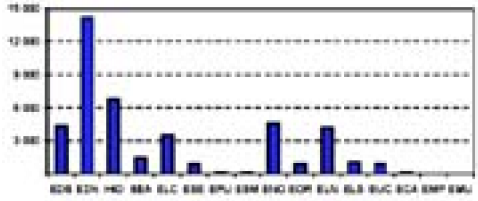
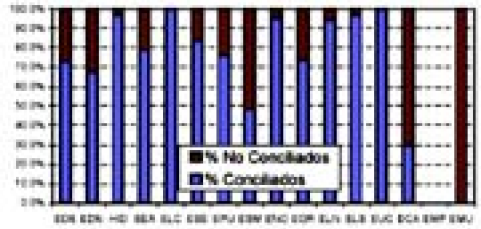
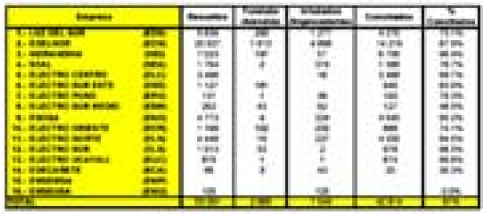


GRAFICO N° 11: RECLAMOS PRESENTADOS A LAS EMPRESAS – 1er SEMESTRE 2001





CUADRO N° 9: RESOLUCIÓN DE RECLAMOS EN PRIMERA INSTANCIA

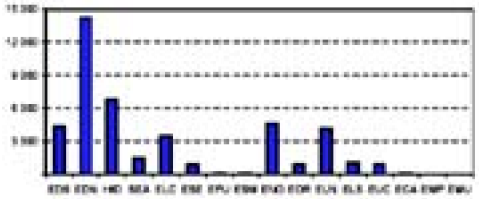
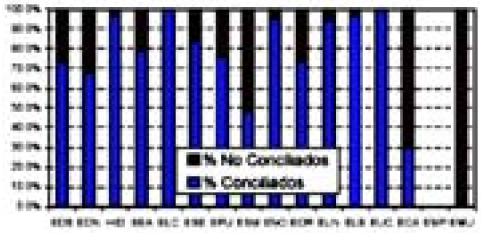


GRAFICO N° 12: RESOLUCIÓN DE RECLAMOS EN PRIMERA INSTANCIA



Lo que puede extraerse como gran conclusión de lo anteriormente revisado, es que existe una gran cantidad de reclamos en lo que se refiere a los servicios públicos, como en lo que respecta a telecomunicaciones, servicios de saneamiento y energía eléctrica. La gran incidencia en cuanto a los reclamos y controversias generadas, dan la impresión de que aquí también la concentración de poder económico, o si se quiere la posición dominante o monopólica de las empresas en cuestión trae como consecuencia el gran número de reclamos habidos.

4.- CONCLUSIONES

Dos apreciaciones finales tenemos como resultado de la revisión de las cifras anteriores. La primera es referente al papel de INDECOPI en lo que respecta a la protección del consumidor. Se ha visto claramente que muchos de los reclamos ante INDECOPI sólo se quedan en tales, sin pasar a formalizarse, es decir, convertirse en denuncias. Esto nos

lleva a que exista un número de procedimientos mucho menor que el que se presenta en los Organismos Reguladores. Hay entonces un ambiente mayor de controversia entre consumidor- proveedor(prestador de servicios) en lo que respecta a los servicios públicos que en lo actuado ante INDECOPI. La pregunta siguiente sería si ésta última institución mencionada sólo tiene un margen muy reducido de lo que corresponde a la protección al consumidor, si comparamos sus cifras en cuanto a reclamos y procedimientos con las verificadas en los organismos reguladores. Esto definitivamente abre una gran discusión sobre la vigencia de INDECOPI.

La segunda apreciación es en lo concerniente a que tanto en los reclamos ante INDECOPI como en lo que acaece ante los Organismos Reguladores, los rubros más reclamados tienen relación con una situación de posición de dominio en el mercado o situación de concentración de mercado. Así, en el caso del servicio de transporte aerocomercial, Aerocontinente S.A. tiene una indudable posición de dominio en dicho mercado. De la misma manera en el caso del Banco de Crédito del Perú en lo que corresponde a los servicios bancarios y financieros. Y, claro está dicha situación se repite en el caso de los servicios públicos. Ahora bien, el hecho no es sólo que los reclamos sean mayoritario en relación a dichas empresas, sino que alcanzan niveles que se mantienen altos, no existiendo propósito de rectificación en muchos casos.

Hay entonces una indudable ligazón entre la posición de dominio en el mercado y la violentación de los derechos del consumidor. Entonces, lo anterior probaría de alguna forma que en la problemática de protección al consumidor no existe sólo una asimetría informativa, sino que también habría que contemplar principalmente la asimetría en el poder económico entre dichos sujetos o polos. La ley de protección al consumidor peruana, de manera increíble, no contemplaría esta última asimetría nombrada, produciéndose como consecuencia una asimetría en el derecho también.

"Programa Cybertesis PERÚ - Derechos son del Autor"

CONCLUSIONES

1. Es necesario primero esclarecer, cómo se presenta la relación entre economía y derecho, teniendo presente que la protección al consumidor tiene dichas coordenadas como básicas.

Así, se puede indicar que es innegable la relación directa entre economía y derecho, pero lo importante será establecer en qué términos opera esta relación. En este sentido, el derecho estará - de primera intención - subordinado a la dinámica económica, limitando los márgenes de su actuar. Pero, no por ello se debe caer en un reduccionismo mecánico, pues si bien es cierto, lo dicho es válido generalmente, también lo es que el derecho no se encuentra como un objeto totalmente subordinado. Existe un margen en su actuación, que permite considerarlo con una incidencia limitada, vale decir, una reactuación sobre el fenómeno económico, en determinadas circunstancias.

Lo anterior es fundamental para observar la problemática de la protección al consumidor. Existe la tesis liberal sobre protección al consumidor que reconoce sólo la existencia del problema de la asimetría informativa entre la empresa y consumidor. Si bien es cierto esta asimetría existe, sólo es parte del problema. Habrá que tener en cuenta la ventaja estratégica que mantiene la empresa, exacerbada no pocas veces, por la posición dominante en el mercado que ostenta. Esta apreciación se hace doblemente cierta en países como el Perú, en donde no existe una sociedad civil desarrollada. Por ello, el Estado no debe renunciar a cumplir una función protectora del consumidor, desde una visión integral de la economía.

Por ello, muy distante del pensamiento liberal, el cual señala que la libertad sólo es

posible en una economía de mercado y, los derechos fundamentales que conocemos son producto de ella, se plantea que la protección del consumidor- como eje del derecho del consumidor- , es instrumento importante para que el ser humano alcance un completo reconocimiento como persona. De allí que se pueda concluir que es la afirmación de los derechos fundamentales y, entre ellos el derecho que todo consumidor tiene como un aspecto importante, lo que en definitiva debe ser el eje central del derecho y no solo su aspecto económico.

2. En cuanto a tener un concepto de Derecho al Consumidor, se puede señalar que es un derecho autónomo, con caracteres propios como la previsión y la integración, así como el de buscar esencialmente la reparación del daño causado al consumidor. Sin embargo, lo que particulariza a este derecho será ese distinto modo de observar las situaciones conflictivas y de la aplicación de la normatividad vigente. Si el derecho decimonónico mantenía como criterio prevaleciente uno individualista y muy pocas veces solidario, el derecho del consumidor marca ya la consolidación de un criterio colectivo y solidario. La persona no es sólo individualidad sino también socialidad, aspectos no contrapuestos, sino complementarios. Ahora bien, el asignar autonomía a este derecho no nos debe llevar a pensar en un derecho estatutario, es decir, un derecho especial y distinto en términos absolutos. El derecho al consumidor tiene sentido en la medida que es tomado como parte en la construcción de la ciudadanía, en la medida que se tiene en cuenta la protección de la persona como una totalidad.

Por otro lado, no existe una sola forma de asumir la protección de los consumidores. Así, en primer lugar, se admitirá una protección en base a la intervención del Estado, circunscrita a la corrección de las fallas del mercado, como en el caso de nuestro país, que como fundamento del Decreto Legislativo N° 716 se expresa que tiende a combatir la asimetría informativa, y, una vez corregida ésta, será el mecanismo de mercado el que logre la satisfacción de la expectativa del consumidor.

En segundo lugar, existe una forma también basada en la intervención del Estado, pero de manera más acentuada, con el objetivo de proteger al consumidor, representada por medidas de política económica, como el control de precios o los precios regulados o administrados, como se ensayó en nuestro país en la década de los 70. Aquí el mecanismo de mercado queda subordinado a los dictados de la política económica.

3. Con la Constitución de 1993, se logra consagrar constitucionalmente, de manera explícita, lo que en leyes especiales ya se había preceptuado sobre Protección al Consumidor y el Derecho de la Competencia.

Así, refrenda lo que venimos diciendo, lo señalado en los arts. 61° y 65°. El primero de los nombrados preceptúa que el Estado facilita y vigila la libre competencia y, combate toda práctica que la limite, así como el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación podrá autorizar o establecer monopolios. Se reitera entonces lo establecido en la legislación antimonopólica (D. Leg. 701) y el acceso a los mercados(D. Leg. 757) .

El art. 65° señala que el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios, garantizando el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Además el Estado velará por la salud y la seguridad de la

población. Con esta norma se recoge lo ya establecido en cuanto a protección al consumidor (D. Leg 716) , publicidad(D.Leg. 691) , competencia desleal(D.L. 26122) , normadas con anterioridad a la Carta vigente.

Lo importante será remarcar que se opta por una protección al consumidor de carácter liberal, al recaer todo el problema en la existencia de una asimetría informativa en la relación entre la empresa y el consumidor. Por tanto, una vez subsanada esta asimetría, será el mercado quien logre satisfacer las expectativas del consumidor. Esto va en relación con la función que se le asigna al Estado. Este no puede intervenir en la economía, a diferencia de lo que se señalaba en la Constitución de 1979, consecuencia de adoptarse una orientación liberal rígida.

4. Existe en nuestro país, una protección al consumidor a la que se puede denominar indirecta y otra directa. En la protección indirecta, se encuentra el Derecho de la Competencia - Derecho de la Libre Competencia y Derecho contra la Competencia Desleal - , el que si bien es cierto su principal centro de interés es la existencia de la competencia y que ésta se efectúe lealmente, también es verdad que como interesado directo de que funcione bien la economía de mercado es el consumidor. De allí pues que se establezca que esta normatividad también proteja al consumidor aunque de manera indirecta.

En lo que respecta a la protección directa, principalmente se encuentra el Decreto Legislativo N° 716 Ley de Protección al Consumidor, así como el Decreto Legislativo N° 691 Ley sobre Publicidad Comercial. Ambas normas son complementadas por lo regulado en el Código Civil en lo que respecta a la contratación en masa; lo dispuesto en el Código Penal en lo que respecta a los delitos contra el consumidor; y, finalmente, en lo que compete a la normatividad sobre los Organismos Reguladores de los servicios públicos.

5.- En lo que respecta a la protección al consumidor en el derecho comparado, se puede decir que la existencia de leyes de protección del consumidor y usuario en los países considerados, indica una preocupación progresiva y actual por la figura del consumidor en Hispanoamérica. Así, de las legislaciones mencionadas se puede establecer un primer momento en la década del 70, para luego, sucesivamente generalizarse su necesidad, en las décadas del 80 y 90. Es dable entonces remarcar que la defensa de los derechos del consumidor o usuario se ha tornado imprescindible en cualquier orden público económico.

Ahora bien, paralelamente a la asunción de una posición privilegiada de la defensa del consumidor, se ha efectuado un desplazamiento en lo que toca a la fundamentación de esa defensa y protección de los consumidores. De esta forma, se ha pasado de considerar al Estado como el principal instrumento para defender los derechos del consumidor, a entender que es el propio consumidor dentro de la lógica de mercado, el principal elemento de defensa y protección de sus propios derechos. Esta diferente fundamentación se puede ver reflejada en un solo país como México, en el que la Ley Federal de Protección del Consumidor de 1975 – con una intervención del Estado acentuada- guarda una propuesta diferente con su homóloga de 1992 – de corte mucho más liberal- . La diferente fundamentación, por tanto, ha conllevado una propuesta

distinta con elementos distintos. Así, por sólo poner un ejemplo, se hace en la ley mexicana un espacio mayor de actuación a las asociaciones de consumidores y usuarios, aspecto que en la ley de 1975 no se contemplaba.

Si tuviéramos que sistematizar el panorama legislativo considerado, tendríamos que reparar en la existencia de una primera posición, la que se inspiran en un orden público económico liberal, una segunda – minoritaria- apegada a un orden público económico en donde la intervención del Estado es manifiesta, y, finalmente, una tercera en donde se presenta una solución ecléctica. En la primera se encuentran Perú, Argentina, Chile, Ecuador, España. En la segunda Venezuela solamente. Y, en la tercera posición se encuentra México.

En la primera posición, se le otorga una gran preponderancia a la existencia de una asimetría informativa y, por tanto, en la ley de protección al consumidor se regula como prioridad la transferencia obligatoria de información del proveedor al consumidor, a fin de que éste último elija libremente, sin tutelas de terceros como el Estado. Se parte de contrarrestar la asimetría informativa y con ello – según la óptica liberal- restablecer el equilibrio dentro del mercado entre proveedor y consumidor. Desde esta perspectiva, no hay espacio para la intervención controlista del Estado.

En la segunda posición – es el caso de Venezuela- el Estado mantiene una gran injerencia más allá de reconocer una asimetría informativa. Así la administración pública retiene su función de tutelar al consumidor en una serie de aspectos, como es el control de precios de los productos de primera necesidad, aspecto impensable en su ocurrencia en un orden público económico liberal, propio de otros países.

En la posición ecléctica- México por ejemplo- si bien se ha disminuido la intervención del Estado- sobre todo si comparamos lo que ocurría con su ley de 1975- se nota una desconfianza con la protección autónoma colectiva, es decir, las asociaciones de consumidores, aspecto que en un régimen económico liberal, por el contrario, se le promueve con mucho interés.

6. Dos apreciaciones tenemos como resultado de la revisión de las cifras respectivas. La primera es referente al papel de INDECOPI en lo que respecta a la protección del consumidor. Se ha visto claramente que muchos de los reclamos ante INDECOPI sólo se quedan en tales, sin pasar a formalizarse, es decir, convertirse en denuncias. Esto nos lleva a que exista un número de procedimientos mucho menor que el que se presenta en los Organismos Reguladores. Hay entonces un ambiente mayor de controversia entre consumidor- proveedor(prestador de servicios) en lo que respecta a los servicios públicos que en lo actuado ante INDECOPI. La pregunta siguiente sería si ésta última institución mencionada sólo tiene un margen muy reducido de lo que corresponde a la protección al consumidor, si comparamos sus cifras en cuanto a reclamos y procedimientos con las verificadas en los organismos reguladores. Esto definitivamente abre una gran discusión sobre la vigencia de INDECOPI.

La segunda apreciación, es en lo concerniente a que tanto en los reclamos ante INDECOPI como en lo que acaece ante los Organismos Reguladores, los rubros más reclamados tienen relación con una situación de posición de dominio en el mercado o situación de concentración de mercado. Así, en el caso del servicio de transporte

"Programa Cybertesis PERÚ - Derechos son del Autor"

aerocomercial, Aerocontinente S.A. tiene una indudable posición de dominio en dicho mercado. De la misma manera en el caso del Banco de Crédito del Perú en lo que corresponde a los servicios bancarios y financieros. Y, claro está dicha situación se repite en el caso de los servicios públicos. Ahora bien, el hecho no es sólo que los reclamos sean mayoritarios, en relación a dichas empresas, sino que alcanzan niveles que se mantienen altos, no existiendo propósito de rectificación en muchos casos.

Hay entonces, una indudable ligazón entre la posición de dominio en el mercado y la violentación de los derechos del consumidor. Entonces, lo anterior probaría de alguna forma que en la problemática de protección al consumidor no existe sólo una asimetría informativa, sino que también habría que contemplar principalmente la asimetría en el poder económico entre dichos sujetos o polos. La ley de protección al consumidor peruana, de manera increíble, no contemplaría esta última asimetría nombrada, produciéndose como consecuencia una asimetría en el derecho también.

7. Ahora bien, en lo que atañe a la pregunta principal de la tesis, en cuanto a que si existe un solo sistema de protección al consumidor en el Perú - entendido éste como un conjunto normativo con una sola orientación - , se planteó como hipótesis central que en nuestro país existe efectivamente un solo sistema de protección al consumidor, siendo el Decreto Legislativo N° 716 y otras partes del ordenamiento jurídico nacional, complementarios.

Podemos manifestar ahora, luego de la revisión hecha, que parte del ordenamiento jurídico nacional constituye un sistema de protección al consumidor, aunque sus partes integrantes respondan a diversas fundamentación, debido a que surgieron en distintos momentos históricos. Pero, el hecho de existir ciertas coordenadas macroeconómicas, que en conjunto pueden denominarse orden público económico liberal, hace que las normas con contenido económico del orden jurídico nacional adopten un solo sentido.

De manera que ratificamos que existe un solo sistema de protección al consumidor, siendo sus pilares principales, la Constitución, el Decreto Legislativo N° 716, el Decreto Legislativo N° 691 y otra de carácter complementario.

Ahora bien, el hecho que la fundamentación de la protección al consumidor sea el sólo reconocer una asimetría informativa entre empresa y consumidor, pensando que será el mercado - una vez subsanada dicha asimetría – el encargado de por sí mismo proteger al consumidor, nos hace pensar que es sólo una ilusión. Esta perspectiva se afirma en un país como el Perú en donde se presentan mercados monopólicos u oligopólicos, en los cuales pensar en el mercado como un natural protector al consumidor, es un imposible.

Es así, que se puede establecer de que el propio mercado, aún enfrentando la asimetría informativa entre empresa - consumidor, no es lo adecuado en la protección del consumidor, debido precisamente a la existencia de las asimetrías adicionales a la informativa, como la asimetría en el poder económico y en el derecho, que hace inviable el modelo de autotutela que subyace en la ley de protección al consumidor peruana.

"Programa Cybertesis PERÚ - Derechos son del Autor"

RECOMENDACIONES

1. El derecho del consumidor como cualquier derecho debe de tener su inclusión en los planes educativos del país, para así formar ciudadanos que tengan dentro de su aprendizaje la entronización de los derechos fundamentales como el derecho del consumidor. Este debe ser afrontado no sólo como un derecho económico, sino como uno que sobrepasa tal carácter y es parte de una formación integral del ciudadano.

2. Reforzar la intervención del Estado en lo que respecta a la protección al consumidor y, principalmente, en cuanto a la función que cumplen los Organismos Reguladores, que es donde con mayor incidencia se presentan los reclamos de los consumidores frente a las empresas prestadoras de los servicios públicos.

3. En lo que respecta a INDECOPI, esta institución debe descentralizar más su atención al consumidor, ya que existen zonas del país en donde su presencia no existe.

4. Asimismo, se debe promover desde el Estado la creación de las Asociaciones de Consumidores y la difusión de las ya existentes, a fin de que las personas puedan canalizar sus reclamos de manera organizada.

5. En lo que respecta al Derecho de la Competencia, específicamente el Derecho de la Libre Competencia, es necesario derogar el artículo 19° del Decreto Legislativo N° 701, para con ello sea la justicia penal, la que autónomamente también trate las prácticas que atenten contra la libre competencia, quedando en manos de jueces y fiscales el iniciar el proceso correspondiente en aplicación del artículo 232° del Código Penal.

Asimismo, dentro del mismo Derecho de la Libre Competencia, se debe regular el

control de las fusiones como forma de concentración de poder económico en el mercado, a fin de complementar lo dispuesto hasta hoy en relación a la preservación de la libre competencia.

6. Por otra parte, en cuanto a la normatividad que en el Código Civil tiene relación con la protección al consumidor, se debe reformular en varios aspectos.

Así, en lo que respecta al artículo 1393° atinente a las cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa, se debe señalar cuál es el órgano administrativo para otorgar dicha aprobación, lo que no ocurre con claridad en nuestro país. Si bien es cierto, para algunos dicho órgano administrativo debe ser INDECOPI, a nuestro entender la aprobación debe ser otorgada por una comisión presidida por INDECOPI, pero conformada por representantes de las asociaciones de consumidores, ministerios, federaciones empresariales, entre otros. Entonces proponemos como texto del artículo 1393°, lo siguiente:

"Artículo 1393°. Las cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa se incorporan automáticamente a todas las ofertas que se formulen para contratar con arreglo a ellas.

Existirá una Comisión para otorgar la aprobación correspondiente, que será presidida por el Instituto Nacional de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual(INDECOPI) ".

Asimismo, el artículo 1394° quedará con la siguiente redacción:

"Artículo 1394°. La Comisión mencionada en el artículo anterior, tendrá la función de señalar la provisión de bienes y servicios que deben ser contratados con arreglo a cláusulas generales de contratación aprobadas por ella."

Por otra parte en lo concerniente a lo señalado en el artículo 1395° vigente, es claro que la redacción actual es sumamente inconveniente, debido a que no se puede dejar a las partes la posibilidad de cambio de las cláusulas generales de contratación, cuando es precisamente su inmutabilidad, lo que las caracteriza. Entonces, la redacción que se propone coincide con lo ya propuesto por la Comisión Reformadora, quedando el texto del artículo de la manera siguiente:

"Artículo 1395°. Si las partes convinieren que determinadas cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa no se incorporen a la oferta en el contrato particular que ellas celebren, tal contrato será considerado paritario y no estará sujeto a las cláusulas generales de contratación".

Asimismo, se plantea la modificación del artículo 1398°, teniendo en cuenta el carácter limitativo y taxativo de las cláusulas vejatorias que contiene dicho artículo, siendo lo adecuado que se establezcan dichas cláusulas vejatorias con un carácter meramente enunciativo o ejemplificativo. De allí que se proponga la redacción siguiente del artículo 1398° siguiendo en esto también a la Comisión Reformadora:

"Artículo 1398°. En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no son válidas las estipulaciones que establezcan a favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad, facultades de suspender la ejecución del contrato, de resolver injustificadamente los efectos del

"Programa Cybertesis PERÚ - Derechos son del Autor"

contrato; de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o a prorrogar o renovar tácitamente el contrato y, en general, todas aquellas estipulaciones que a juicio del juez sean vejatorias".

Por otro lado, el artículo 1400° vigente, plantea la posibilidad de que puedan agregarse al formulario del contrato, estipulaciones incompatibles con lo prerredactado, prevaleciendo dichas estipulaciones, en relación a las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente. Lo dicho resulta insostenible con lo que significan las cláusulas generales de contratación, las que no son susceptibles de figurar en un formulario – como aclara Manuel de la Puente y Lavalle- , lo que si ocurre con el contrato por adhesión. Asimismo, si se admite tal posibilidad de incluir nuevas estipulaciones, ya no estaremos frente a un contrato por adhesión sino frente a uno de carácter paritario. Por ello se propone – siguiendo en esto a la Comisión Reformadora- el siguiente texto para el artículo 1400°:

"Artículo 1400°. Las estipulaciones agregadas al formulario del contrato concertado por adhesión prevalecen sobre las de éste cuando sean incompatibles, aunque las últimas no hubiesen sido dejadas sin efecto, teniendo el contrato el carácter de paritario".

Y, finalmente, en cuanto al artículo 1401° se plantea una nueva redacción, considerando que al mencionarse en el texto vigente que la interpretación de las cláusulas generales de contratación dudosas se hace a favor de la otra parte, teniendo en cuenta que ello no puede ser posible, ya que la interpretación es buscar el recto sentido de lo que se interpreta, por lo que resulta desnaturalizar dicha palabra. Así, se plantea el siguiente texto:

"Artículo 1401°. Si las cláusulas generales de contratación o las estipulaciones de las ofertas de los contratos por adhesión fueran oscuras o ambiguas, deben entenderse que favorecen a la contraparte del predisponente".

"Programa Cybertesis PERÚ - Derechos son del Autor"

BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VASQUEZ, Manuel: “Introducción al Derecho penal de la competencia. Análisis histórico y comparativo del decreto legislativo 701” en: Derecho N° 49. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima Diciembre 1994, pp.253 y ss

- - - - - - - - - - - - - - - - - Derecho Penal Económico. Consideraciones Jurídicas y Económicas. Idemsa. Lima 1997.

- - - - - - - - - - - - - - - - - : El Derecho de la Libre Competencia. Editorial San Marcos. Lima 1997.

- - - - - - - - - - - - - - - - - Derecho Penal Económico. Parte Especial. Idemsa. Lima 2000.

ABOGADOS: “La Ley Sherman y Bill Gates”. Año III, N°5.

ALEMANN, Roberto: Sistemas económicos. Ediciones Arayu. Buenos Aires 1953.

ALTERINI, Aníbal Atilio: “Los contratos de consumo” en: Revista de Derecho y Ciencias Políticas. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Vol. 50. Lima 1993, p.21 y ss

ALTERINI, Atilio Aníbal y LÓPEZ CABANA, Roberto: Temas de Responsabilidad Civil. Coedición: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Buenos Aires y Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires 1995.

ANAYA, Eduardo: Los grupos de poder económico. Editorial horizonte. Abril 1990

ARIAS SCHREIBER PEZET: Exposición de Motivos y Comentarios. Contratos en

general. En: Código Civil. Tomo VI. Exposición de Motivos y Comentarios. Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil. Compiladora: Delia Revoredo de Debakey. Tercera edición. Lima 1988.

BACIGALUPO, Enrique: Curso de Derecho Penal Económico. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid 1998.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: Manual de Derecho Penal, Parte especial. Delitos Patrimoniales y Económicos. Madrid 1987.

BAMBACH SALVATORE, Victoria: "Las Cláusulas Abusivas" en: Contratos. Coordinación: Enrique Barrios Bourie. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile 1991,

BARCELLONA, Pietro: La formación del jurista. Editorial Civitas Madrid 1983.

BARRE, Raymond: Economía Política. Tomo 1. Editorial Ariel. Octava edición. Barcelona 1975.

BAYLOS, Hermenegildo. Tratado de Derecho Industrial. Editorial Civitas S.A. Madrid 1978.

BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo: "Derecho del Consumidor y Restructuración Empresarial" en: Ponencias al I Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Instituto Peruano de Derecho Civil y Comercial, Lima 1994.

BENAVIDES TORRES, Eduardo: "La oferta y la defensa del consumidor" en: Ius et Veritas. Revista editada por estudiantes de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Año IV N° 6.

BERCOVITZ, Alberto: "La competencia desleal" en: Derecho de los Negocios. Año 3, N° 20. Madrid 1992.

- - - - - - - - - - - - - - - - - - "La formación del derecho de la competencia" en: Actas de Derecho Industrial. Tomo II

BERNALES, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis Comparado. Ediciones Constitución y Sociedad Tercera edición. Lima Noviembre 1997.

BLUME FORTINI, Ernesto: "La Constitución Económica Peruana y el Derecho de la Competencia" en: Themis N° 36. Segunda Época. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontifica Universidad Católica del Perú. Lima 1997, pp.29 y ss.

BORDA, Alejandro: "Contratación en masa(una actualización a la luz de la Ley de Defensa del Consumidor argentina) " en: Contratación Privada. Jurista Editores. Lima 2002

BRAMONT ARIAS, Luis: "Delitos contra la economía" en: Revista de Derecho y Ciencias Políticas. N° 1, 2, 3. Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima 1952, pp.235 y ss.

- - - - - - - - - - - - - - - - - - - Temas de Derecho Penal. Lima 1990

.- - - - - - - - - - - - - - - - - - "Delitos económicos y bien jurídico" en: Ius et Veritas. Año III, N°5, Lima 1992.

BRAMONT- ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCIA CANTIZANO, María del Carmen:

Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Editorial San Marcos. Tercera edición. Lima 1997.

BULLARD GONZALEZ, Alfredo: "¡Firme primero, lea después! La contratación masiva y la defensa del consumidor" en: El Derecho Civil Peruano. Perspectivas y Problemas Actuales. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 1993, pp.15 y ss.

- - - - - - - - - - - - - - - - - - : "Contratación en masa. ¿Contratación?". Estudios de Análisis Económico del Derecho. ARA editores, Lima 1996.

- - - - - - - - - - - - - - - - - - : "¡Lo que no mata engorda! Los "productos basura" y los prejuicios de la protección al consumidor en un país pobre" en: Ius et Veritas. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año VII N° 12, Lima 1996, pp.103 y ss.

- - - - - - - - - - - - - - - - - - : "Me quiere, no me quiere. Deshojando "margaritas ideológicas" en torno a la protección al consumidor" en: Ius et Veritas. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año VIII N° 14, Lima 1997, pp.109 y ss.

BULLARD GONZALEZ, Alfredo y PATRON SALINAS, Carlos: "El otro poder electoral: apuntes sobre la experiencia peruana en materia de protección contra la competencia desleal" en: Themis N° 39. Segunda Época. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontifica Universidad Católica del Perú. Lima 1999, pp.433.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan: Manual de Derecho Penal. Parte especial. Editorial Ariel. Segunda edición. Barcelona 1991.

CAIRO ROLDÁN, Omar: "El constitucionalismo económico y social: trayectoria y actualidad", en: Enlace. Revista de Sociología Jurídica N° 3, Lima, 1998.

CALLE CASUSOL, Jean Paul: Responsabilidad civil por publicidad falsa o engañosa. ARA Editores. Lima 2002.

CANALES MAYORGA, Claudia y RIVERA SERRANO, Alfonso: "Cuál es la más cómoda?. Comentarios acerca de los criterios adoptados por el INDECOPI en materia de publicidad comparativa" en: Ius et Veritas. Año IX N° 16. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.

CARDENAS QUIROS,, Carlos: "Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas" en: Ius et Veritas. Año VII N°13. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 1996, p.21.

CARNELUTTI, Francesco: Cómo nace el Derecho. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Colección Monografías Jurídicas N° 57. Editorial Temis S.A. Bogotá 1998.

CASTILLO, Luciano: Economía Moderna. Ediciones CIP. Segunda edición. Lima 1975.

CASTILLO DÁVILA, Melquíades: Derecho monetario y bancario. Editorial Fecat. Segunda edición. Lima 1995.

CORREA REYES, Sergio: "Derecho Agrario" publicado en: Revista de Derecho

Económico. Año VI N° 23- 24. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago de Chile. Abril- Octubre 1968.

COSSÍO DÍAZ, José Ramón: Derecho y análisis económico. Fondo de Cultura Económica. México 1997.

COOTER, Robert y ULEN, Thomas: Derecho y economía. Fondo de Cultura Económica. México 1998.

DAMMERT, Manuel: La Izquierda en el Parlamento. Lima 1985

DELGADO ZEGARRA, Jaime y CÁCERES VALLE, Crisólogo: Publicidad. Régimen jurídico y práctica comercial. Instituto de Derecho del Consumidor. Lima 1993.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel: "Las cláusulas generales de contratación y la protección al consumidor" en: Themis N° 31. Segunda Época. Revista editada por estudiante de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 1995, pp. 15 y ss.

- : "Nuevas tendencias en la contratación moderna" en: Revista Peruana de Derecho de la Empresa. Contratos y Empresa. N° 30. Lima 1988, pp.7 y ss.

- "Las cláusulas generales de contratación y la protección al consumidor" en: Contratación Privada. Jurista Editores. Lima 2002.

DELMAR, José A.: "De la Publicidad y otros demonios" en: Themis N° 36. Segunda Época. Revista editada por estudiante de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 1997.

DE SOTO, Hernando: El Otro Sendero. Instituto Libertad y Democracia. Octava edición. Lima 1989.

- El misterio del capital. Por qué el capitalismo triunfa en occidente y fracasa en el resto del mundo. Empresa Editora El Comercio S.A. Lima 2000.

DIEZ CANSECO, Luis: "Función regulatoria, promoción de la competencia y legislación antimonopólica" en: Themis N° 36. Segunda Época. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 1997.

DIEZ- PICAZO: Luis: Experiencias jurídicas y teoría del derecho. Editorial Ariel. Madrid 1973.

- - - - - - - - - - - - - - - - - - - : Derecho y masificación social. Tecnología y derecho privado(Dos esbozos) . Editorial Civitas S.A. Segunda edición. Madrid 1987.

- : Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Editorial Tecnos. Volumen Primero. Segunda reimpresión de la segunda edición. Madrid 1988.

DIEZ- PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio: Sistema de Derecho Civil. Volumen II. Editorial Tecnos. Séptima edición. Madrid 1995.

DIEZ- PICAZO y PONCE DE LEON, Luis: Derecho de Daños. Civitas Ediciones. Madrid 1999.

DOMÍNGUEZ GARCIA, Manuel: "Control de las concentraciones de empresas en el Derecho Antitrust norteamericano. Líneas evolutivas" en: Actas de Derecho Industrial

11. Madrid 1985- 1986, p.161 y ss

DROR, Yehezkel: “Derecho y cambio social” en: Zolezzi Ibarcena, Lorenzo: Introducción a la Sociología del Derecho. Materiales de Enseñanza. Pontificia Universidad Católica del Perú. Programa Académico de Derecho. Lima 1970.

DRUCKER, Peter: La sociedad postcapitalista. Grupo Editorial Norma. Bogotá 1994.

DURAND CARRION, Julio: Tutela Jurídica del Consumidor y de la Competencia. Editorial San Marcos. Lima 1995.

DURAND RIVACOBA, Ramón:: “Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas” en: Contratación contemporánea. Teoría general y principios. Instituciones de Derecho Privado. Directores: Atilio Anibal Alterini; José Luis de los Mozos; Carlos Alberto Soto. Palestra – Editorial Temis. Santa Fé de Bogotá 2000.

ELIAS LAROZA, Enrique: “Lo barato sale caro: mata y no engorda. La inacción de INDECOPI ante los productos basura, los cañazos y los yonques” en: Ius et Veritas. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año VII N° 13, Lima 1996, pp.55 y ss.

ESPINOZA, Juan: “Las cláusulas vejatorias en los contratos estipulados unilateralmente” en: Revista de Derecho y Ciencia Política Vol.56(N °1 – N °2) Año 1999. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Facultad de Derecho y Ciencia Política. Lima 1999, pp.127.

EUCKEN, Walter: Cuestiones fundamentales de la economía política. Editorial Revista de Occidente. Madrid 1947.

FARINA, Juan: Defensa del Consumidor y del Usuario. Editorial Astrea. Buenos Aires 1995.

FERGUSON, J.M.: Historia de la economía. Fondo de Cultura Económica. Novena reimpresión. México 1982.

FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín: Estudios sobre criminalidad económica. Bosch, Casa Editorial S.A. Barcelona.

FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos: “La publicidad comparativa” en: Estudios de Derecho de la Publicidad. Homenaje a Carlos Fernández Novoa. Santiago de la Compostela 1969.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: El régimen socio- económico y hacendístico en el ordenamiento constitucional español. Ediciones Jurídicas. Lima 1995.

- - - - - - - - - - - - - - - - - - - “El nuevo ordenamiento constitucional del Perú. Aproximación a la Constitución de 1993” en: Lecturas sobre Temas Constitucionales Nº 10 Comisión Andina de Juristas. Lima 1994.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: Derecho de las Personas. Librería Studium S,A, Lima 1986.

- - - - - - - - - - - - - - - - - - .El Derecho como Libertad. Librería Studium. Lima 1987.

- - - - - - - - - - - - - - - - - - Abuso del Derecho. Editorial Grijley. Segunda edición. Lima 1999

FLINT, Pinkas: Tratado de Defensa de la Libre Competencia. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Lima 2002.

FORNO, Hugo: “Protección al Consumidor” en: Guía Legal de Negocios. Invirtiendo en el Perú. Editora: Beatriz Boza. PromPerú. Primera reimpresión de la segunda edición. Lima 1998, pp. 445 y ss.

FORRESTER, Viviane: El horror económico. Fondo de Cultura Económica. Primera edición – octava reimpresión Buenos Aires 1997.

FRIEDMANN, W.: El derecho en una sociedad en transformación. Fondo de Cultura Económica. México 1966.

FUKUYAMA, Francis: El fin de la historia y el último hombre. Editorial Planeta. Barcelona 1992.

- - - - - - - - - - - - - - - - - - .Confianza(Trust) . La situación del hombre en el fin de la historia, Editorial Atlántida. Buenos Aires 1995.

- - - - - - - - - - - - - - - - - - : La gran ruptura. La naturaleza humana y la reconstrucción del orden social. Editorial Atlántida. Buenos Aires 1999.

GARCIA BELAUNDE, Domingo: Conocimiento y Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 1982.

- - - - - - - - - - - - - - - - - - “La Constitución Económica Peruana” en: Revista de Derecho de la Empresa Nº 5, Constitución, Economía, Empresa. Lima 1986.

- - - - - - - - - - - - - - - - - - Teoría y Práctica de la Constitución Peruana Tomo 2. Ediciones Justo Valenzuela. Lima 1993.

- - - - - - - - - - - - - - - - - - “La Constitución Económica Peruana” en: Material de Maestría en Derecho Empresarial. Derecho Constitucional Económico. Tomo III. Universidad de Lima. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

GARCIA PELAYO, Manuel: Las transformaciones del estado contemporáneo. Alianza Editorial. Madrid 1977.

GARRIGUES, Joaquín. La Defensa de la Competencia Mercantil. Sociedad de Estudios y Publicaciones. Madrid 1961.

- - - - - - - - - - - - - - - - - - .Curso de Derecho Mercantil. Tomo I. Imprenta Aguirre Madrid 1976

GATES, Bill: Camino al futuro. Editorial Mc Graw Hill. Segunda edición. Bogotá 1997.

GHERSI, Carlos A.: “Contratos de adhesión en los proyectos de reforma de Códigos Civil y Comercial y la Ley del Consumidor” en: Revista Jurídica del Perú Año XLV N°1, Enero- Marzo 1995, pp.101 y ss.

GHIDINI, Gustavo: “La competencia desleal. Desde las corporaciones al corporativismo” en: Revista de Derecho Mercantil N° 135- 136. Madrid 1975.

GUTIERREZ CAMACHO, Walter: “Economía de Mercado y Contratación” en: Contrato & Mercado. Gaceta Jurídica. Lima enero 2000.

HAUG, Wolfgang Fritz: Publicidad y consumo. Crítica de la estética de mercancías. Fondo de Cultura Económica. México 1989.

HERRERA DE MIÑON, Miguel: “La Constitución Económica” en: Material de Maestría en Derecho Empresarial. Derecho Constitucional Económico Tomo II. Universidad de Lima. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

INDECOPI: Jurisprudencia. Precedentes de observancia obligatoria. Editorial Normas

Legales. Trujillo 2000.

INSTITUTO LIBERTAD Y DEMOCRACIA: La Ley Antimonopolio. Cuaderno de Trabajo 3. Lima 1989.

INSTITUTO APOYO: Economía para todos. Editorial Bruño. Lima 1997.

JIMÉNEZ VARGAS- MACHUCA, Roxana: "La oferta al público en el Código Civil y en la Ley de Protección al Consumidor" en: Contratación contemporánea. Teoría general y principios. Instituciones de Derecho Privado. Directores: Atilio Anibal Alterini; José Luis de los Mozos; Carlos Alberto Soto. Palestra – Editorial Temis. Santa Fé de Bogotá 2000.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: "La publicidad y los consumidores en el fin de siglo" en: Gaceta Jurídica. Tomo 59, Octubre 1998, p. 69- A y ss.

- - - - - - - - - - - - - - - - - - - . "La publicidad y los consumidores en el fin de siglo" (Segunda Parte) en: Gaceta Jurídica. Tomo 60, Noviembre 1998, p. 33- B y ss.

KENNEDY, Duncan: "El papel del derecho privado en una economía de mercado" en: Trazegnies, Fernando de: Introducción a la Filosofía del Derecho y a la Teoría General del Derecho. Materiales de Enseñanza. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 1987, pp. 38 y ss.

KRESALJA, Baldo: "Comentarios al decreto ley 26122 sobre represión de la competencia desleal" en: Derecho N° 47. Facultad de Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Diciembre de 1993, pp. 13 y ss.

- - - - - - - - - - - - - - - - - - - . "Represión de la competencia desleal" en: Guía legal de negocios. Invirtiendo en el Perú. Editora: Beatriz Boza. PromPerú. Tercera edición. Lima 1998, pp. 421 y ss.

LAMAS PUCCIO, Luis: Derecho Penal Económico. Segunda edición. Librería y Ediciones Jurídicas. Lima 1996.

LAPLAZA, Francisco: "Concentración del poder económico y Derecho Penal" en: Revista del Foro. Colegio de Abogados de Lima.. Lima 1969- 1970- II, p.38 y ss.

LOJENDIO, Ignacio de María: "Derecho Constitucional Económico" en: Material de Maestría en Derecho Empresarial. Derecho Constitucional Económico Tomo III. Universidad de Lima. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

LÓPEZ CABANA, Roberto Manuel: "La reparación de daños en la Ley Argentina 24.40 de Defensa del Consumidor" en: Revista Jurídica del Perú. Año XLV N°2 Abril- Junio 1995, pp. 75 y ss.

LOPEZ SANTA MARÍA, Jorge: "Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas" en: Contratación Privada. Jurista Editores. Lima 2002.

LOVATON AVELLANEDA, Rolando J.: El Derecho del Consumidor Peruano. Instituto de Derecho y Defensa del Consumidor y del usuario – IDDECU. Lima 1996.

LYOTARD, Jean Francoise: La condición postmoderna. Informe sobre el saber. México D.F., REI México 1993.

MARX, Carlos: Contribución a la crítica de la economía política en: Obras Fundamentales de Marx y Engels. Tomo 11. Fondo de Cultura Económica. México 1985.

MAZUELOS COELLO, Julio: Derecho Penal Económico y de la Empresa. Editorial San Marcos. Lima 1996.

MENENDES, Aurelio: La Competencia Desleal. Editorial Civitas. Madrid 1988

MINISTERIO DE JUSTICIA: Libre Competencia. Legislación y Jurisprudencia. Trujillo 1996

MOLINA, Concepción: Protección jurídica de la lealtad en la competencia. Editorial Montecorvo. Madrid 1993.

MONTOYA ALBERTI, Ulises: El Derecho Económico. Facultad de Derecho de la Universidad nacional Mayor de San Marcos. Lima 1966.

MOORE MERINO, Daniel: Derecho Económico. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile 1962.

MOROTE NUÑEZ, Hugo: "La protección al consumidor en el Código Civil" en: El Derecho Civil Peruano. Perspectivas y Problemas Actuales. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 1993, pp.163 y ss.

NÚÑEZ SAENZ, Ismael: "Pobreza, consumo y defensa del consumidor" en: Derecho N° 51. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Diciembre 1997, pp. 583 y ss

OCHOA CARDICH, César: "Economía y Constitución" en: La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación. Cultural Cuzco Editores. Lima 1987.

- . "Bases fundamentales de la constitución económica de 1993" en: Lecturas sobre Temas Constitucionales Nº 11. Comisión Andina de Juristas. Lima 1995.

OCHOA CARDICH, César: "Límites de la potestad sancionadora del INDECOPI y las garantías del administrado en los procedimientos administrativos del Derecho de la Competencia" en:: Ius et Veritas. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año VII N° 13, Lima 1996, pp.185 y ss.

PACON, Ana María: "Marcas notorias, marcas renombradas, marcas de alta reputación" en: Derecho N° 47. Facultad de Derecho / Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima Diciembre 1993, pp.303 y ss

PAREJA PAZ- SOLDAN, José: "La nueva realidad constitucional del Perú en: Acción para el Desarrollo. Año III Nº 13 1980.

PASARA, Luis: Reforma agraria: derecho o conflicto. Instituto de Estudios Peruanos. Lima 1978.

PASARA, Luis: Derecho y Sociedad en el Perú. Ediciones El Virrey. Lima 1988.

PATRON SALINAS, Carlos A: "El principio de veracidad y la "substanciación" previa en materia publicitaria", en: Themis. Revista de Derecho. Publicación editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda Epoca/1995/N°32, pp.239.

PAYET, José Antonio: La responsabilidad por productos defectuosos. Biblioteca Para Leer el Código Civil. Volumen VIII. Tomo II. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Lima 1997.

PEJOVICH, Svetozar: Fundamentos de economía. Un enfoque basado en los derechos de la propiedad. Fondo de Cultura Económica. México 1985.

POLO, Antonio: “El nuevo derecho de la economía” en: Revista de Derecho Mercantil. Vol. I, Madrid 1946.

POLO, Eduardo: Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos. Editorial Civitas S.A. Primera edición. Madrid 1990.

PORTINARI, Paolo:: “La regulación de la publicidad comercial en Italia” en: Revista Estudios Privados. Editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad san Martín de Porres. Año I, N°1, Diciembre 1996, p.23 y ss.

POSNER, Richard: El análisis económico del derecho. Fondo de Cultura Económica. México 1998.

PREBISCH, Raúl: Capitalismo periférico. Crisis y transformación. Fondo de Cultura económica. Segunda reimpresión de la primera edición. México 1987.

PRIEST, George: “Educando al mercado(Entrevista) ” en: Ius et Veritas Año VIII N° 15, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.

QUIROGA GLAVE, María de Rosario y RODRIGUEZ ZEVALLOS, Miguel A.. La concentración de empresas y la libre competencia. Cultural Cuzco S.A. Lima 1997.

QUISPE CORREA, Alfredo: La Constitución Económica. Editorial Gráfica Horizonte. Lima 2002.

REALE, Miguel: Introducción al Derecho. Editorial Pirámide. Madrid 1984.

REBAZA TORRES, Alberto. “El régimen económico en una Constitución: ¿Solución o fuente de conflictos?. En: Ius et Veritas Nº 7. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- - - - - - - - - - - - - - - - - - - . “¡No me defiendas compadre!. Los efectos económicos de la intervención del Estado en materia de publicidad y de protección al consumidor” en: Themis Revista de Derecho editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda Época / 1995 / N° 32, pp.23 y ss.

RODRÍGUEZ LARRAIN, Alejandro Alfageme: “El desafío de la libre competencia” en: “El Peruano” del 17/05/1994, p.. B- 11.

ROEL, Virgilio: Historia social y económica del mundo moderno. Editorial “El Alba”. Lima 1985.

RUBIO, Marcial y BERNALES, Enrique: Constitución y Sociedad Política. Mesa Redonda Editores. Segunda Edición. Lima 1983.

SCHMITT, Carl: La defensa de la constitución. Editorial Tecnos S.A. Madrid 1983.

SIERRALTA RIOS, Aníbal: Introducción a la Juseconomía. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 1988.

SMITH, Adam: Riqueza de las naciones. Tomo II. Ediciones Orbis S.A..Barcelona 1983.

SOTO, Hernando de: El Otro Sendero. Instituto Libertad y Democracia. Octava edición. Lima 1989.

- - - - - - - - - - - - - - - - - .El misterio del capital. Por qué el capitalismo triunfa en occidente y fracasa en el resto del mundo. Empresa Editora El Comercio S.A. Lima 2000.

SOTO, Carlos Alberto: “La transformación del contrato: del contrato negociado al contrato predispuesto” en: Contratación contemporánea. Teoría general y principios. Instituciones de Derecho Privado. Directores: Atilio Anibal Alterini; José Luis de los Mozos; Carlos Alberto Soto. Palestra – Editorial Temis. Santa Fé de Bogotá 2000.

- - - - - - - - - - - - - - “Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos” en: Contratación Privada. Jurista Editores. Lima 2002

STEIN, Ekkhart: “La Constitución Económica” en: Material de Maestría en Derecho Empresarial. Derecho Constitucional Económico. Tomo III. Universidad de Lima. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

STIGLITZ, Gabriel: Protección Jurídica del Consumidor. Ediciones Depalma. Segunda edición actualizada. Buenos Aires 1990.

TIEDEMANN, Klaus: Lecciones de Derecho Penal Económico. PPU. Barcelona 1993.

- - - - - - - - - - - - - - : Temas de Derecho Penal Económico y Ambiental. Idemsa. Lima 1999.

TOFFLER, Alvin: El “Shock” del Futuro. Plaza & Janés.

- - - - - - - - - - - - - - La Tercera Ola. Plaza & Janés 1993.

TORRES LOPEZ, Juan: Análisis Económico del Derecho. Editorial Tecnos. Madrid 1987.

TORRES Y TORRES LARA, Carlos: La Constitución Económica en el Perú. Desarrollo y Paz Editores Lima Noviembre 1994.

TRAZEGNIES, Fernando de: “El Derecho Civil ante la post- modernidad” en: Derecho N° 45. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Diciembre 1998.

- - - - - - - - - - - - - - - - - - .La idea del derecho en el Perú Republicano del siglo XIX. Pontificia Universidad católica del Perú. Lima 1980.

VALLESPINOS, Carlos Gustavo: El contrato por adhesión a condiciones generales. Editorial Universidad. Buenos Aires 1984.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: Sociedad de masas y derecho. Taurus Ediciones S.A. Madrid 1969.

VEGA MERE, Yuri: Consumidor, Contrato y Sociedad Postindustrial. Universidad de Lima. Fondo de Desarrollo Editorial. Lima 1998.

- - - - - - - - - - - - - - - - “Oferta, información y consumidor(Oferta al público y oferta a los consumidores) ” en: Derecho, Economía y Empresa. Compiladores: Víctor Malpartida Castillo y José Palma Navea. Taller de Derecho de la Empresa de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Editorial San Marcos. Lima 1999.

- - - - - - - - - - - - - - - - Yuri: “Ulteriores y breves consideraciones sobre los contratos concluidos con arreglo a ofertas dirigidas a los consumidores” en: Ius et Veritas Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año IX N° 19, pp.76 y ss.

- - - - - - - - - - - - - - - - : Contratos de Consumo. Editorial Grijley. Lima 2001.

VIZCARRA ALARCÓN, Maite: ““La ley del deseo”: Reflexiones en torno a la publicidad

y el consumo" en: Themis N° 39. Segunda Época. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontifica Universidad Católica del Perú. Lima 1999, pp.293 y ss.

WAYAR, Ernesto: "Defensa del Consumidor" en: Themis Revista de Derecho editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda Epoca /1995 / N° 32, pp.165 y ss.

WEBER, Max: Economía y Sociedad. Fondo de Cultura Económica. Octava reimpresión. México 1987.

WILLIAMSON, Oliver: Las instituciones económicas del capitalismo. Fondo de Cultura Económica. México 1989

WITKER, Jorge: Derecho económico. Harla. México 1985.