

UNIVERSIDAD NACIONAL DE TRUJILLO
ESCUELA DE POSTGRADO
PROGRAMA DOCTORAL EN DERECHO Y CIENCIAS
POLÍTICAS



**“LA CONCILIACIÓN UTILIZADA POR LA COMISIÓN
DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR COMO MEDIO
ALTERNATIVO EFICAZ EN LA RESOLUCIÓN DE
CONTROVERSIAS ENTRE PROVEEDORES
Y CONSUMIDORES”**

TESIS PARA OPTAR EL GRADO DE:
DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIAS
POLÍTICAS

AUTOR : Ms. MARCO ALFONSO CELI ARÉVALO

ASESOR : Dr. HERMES RUBIÑOS YZAGUIRRE.

TRUJILLO - PERÚ
2010

No. de Registro: _____

JURADO EVALUADOR

Dr. TEÓDULO G. SANTOS CRUZ

PRESIDENTE

Dr. ROBERTO L. MARADIEGUE RÍOS

SECRETARIO

Dr. HERMES RUBIÑOS YZAGUIRRE

MIEMBRO

DATOS DEL DOCTORADO

NOMBRES Y APELLIDOS : MARCO ALFONSO CELI ARÈVALO

**GRADO ACADÉMICO : MAESTRO EN DERECHO CON MENCIÓN
EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**

TÍTULO PROFESIONAL : ABOGADO

**CENTRO LABORAL : UNIVERSIDAD NACIONAL DE TRUJILLO
DOCENTE ASOCIADO A T.C.- FACULTAD DE
DERECHO Y CC. PP.**

**e – mail : marco_cel@hotmail.com
mceliarevalo@gmail.com**

Dedico esta Tesis a mi querida y abnegada madre, **HILDA**, a mi querida hija **AKEMI** y a mi hermano **GUSTAVO**, por su aliento para seguir estudiando y capacitándonos.

Agradezco la pertinente asesoría y colaboración en mi Diseño de Tesis Doctoral, al distinguido maestro, Dr. Florencio Mixán Mass (Q.E.P.D. Y D.D.G.) y a mi Asesor de Tesis Doctoral, Dr. Hermes Rubiños Yzaguirre.

ÍNDICE

	Página
DATOS DEL DOCTORADO.....	II
DEDICATORIA	III
AGRADECIMIENTO.....	IV
ÍNDICE	V – IX
RESUMEN	X – XI
ABSTRACT	XII – XIII
1. Introducción	1- 4
1.1 Realidad Problemática	5-6
1.2 Planteamiento del problema.....	6-7
1.2.1 Enunciado del problema	7
1.3 Hipótesis	7
2. Marco teórico del consumidor	8
2.1 Introducción	8-10
2.2 Antecedentes	10-20
2.3 Evolución del Derecho del Consumidor	20-22
2.4 La actualidad del tema	22-24
2.5 La cuestión terminológica	24-27
2.6 Contenido del Derecho del Consumidor	27-30
2.7 Definición del Derecho del Consumidor	30-40
2.8 Definición de usuario.....	40-42
2.9 La autonomía del Derecho del Consumidor.....	42-45
3. Teoría de los intereses difusos	46
3.1 Introducción	46-49
3.2 Definiciones de intereses difusos e intereses colectivos.....	49-54

3.3 El interés y el derecho subjetivo	54-56
3.4 Clasificación de los intereses jurídicos: intereses tutelares	56-59
3.5 Los intereses legítimos	59-60
3.6 Naturaleza jurídica de los intereses difusos y clasificación.....	60-62
3.7 El interés de los consumidores como interés difuso	62-64
3.8 Características de los intereses difusos.....	64-70
3.9 Diferencias entre intereses difusos y colectivos.....	70-71
4. El consumidor y las instituciones públicas y privadas	72
4.1 El Ministerio Público y los consumidores	72
4.2 El Defensor del Pueblo y los consumidores.....	72
4.3 Las Asociaciones de Defensa de los consumidores	73
4.4 INDECOPI y los consumidores	73
4.5 El acceso de los consumidores a la justicia	73-75
5. Teoría del daño y los consumidores	76
5.1 Introducción	76-78
5.2 Definición de daño	78-80
5.3 El daño y la responsabilidad civil	80-83
5.4 Clasificación del daño	84-86
5.5 Daños causados por productos elaborados.....	86-92
5.6 La indemnización a los consumidores	92-94
6. La conciliación, medios alternativos de resolución de controversias y defensa del consumidor	95
6.1 Introducción	95-96
6.2 Antecedentes y evolución legislativa.....	96-111
6.3 Teoría del conflicto.....	111-129
6.4 Medios alternativos de resolución de controversias.....	129-187

6.5 El consumidor ante el modelo peruano.....	187-199
7. Análisis del Derecho Positivo Nacional.....	200
7.1 La Constitución Política y los consumidores.....	200-201
7.2 D.S. N° 039-2000-ITINCI (11-12-2000) que aprueba el TUO Ley de Protección al Consumidor, Decreto Legislativo N° 716.....	201-203
7.3 Normas para la celebración y ejecución de Convenios de Cooperación con Asociaciones de Consumidores – Resolución N° 048 – 2001-INDECOPI/ DIR	204-205
7.4 Normas para la intervención de Asociaciones de Consumidores en Procedimientos Administrativos ante la Comisión de Protección al Consumidor- Resolución N° 049-2001-INDECOPI/ DIR	205-206
7.5 Jurisprudencia Administrativa. Resolución N° 085-96-TDC	206-209
7.6 Jurisprudencia Administrativa. Resolución N° 095-96-TDC	210-215
7.7 Jurisprudencia Administrativa. Resolución N° 101 – 96-TDC	215-220
7.8 Jurisprudencia Administrativa. Resolución N° 102-97-TDC	220-227
8. Contratación de consumo	228
8.1 Orígenes del contrato.....	228-239
8.2 Las cláusulas generales de contratación	239-242
8.3 Los principales derechos de los consumidores.....	242-249
8.4 El consumidor en Internet	250-251
8.5 La desjudicialización de los procesos de reclamación de los consumidores.....	251-253
9. Filosofía del derecho del consumidor.....	254
9.1 Antecedentes	254

9.2 Derechos del Consumidor.....	254-256
9.3 Análisis Filosófico al Derecho del Consumidor.	256-260
10. Los derechos del consumidor en la doctrina y el derecho	
positivo comparado.....	261
10.1 Los Derechos del Consumidor en Argentina.....	261-276
10.2 Los Derechos del Consumidor en Brasil	276-280
10.3 Los Derechos del consumidor en Colombia.....	280-284
10.4 Los derechos del consumidor en Cuba	284-290
10.5 Los derechos del consumidor en España	290-314
10.6 Los derechos del consumidor en Ecuador	314-322
10.7 Los Derecho del consumidor en Estados Unidos de América..	322-325
10.8 Los derechos del consumidor en Italia.....	325-339
10.9 Los derechos del consumidor en Inglaterra	339-341
10.10 Los derechos del consumidor en Paraguay	341
10.11 Los derechos del consumidor en Uruguay.....	341-342
11. Objetivos	342
11.1 Objetivo general	342
11.2 Objetivos específicos	342-343
12. Material y métodos.....	343
12.1 Material de estudio.....	343
12.2 Población y Muestra.....	343
12.2.1 Ámbito territorial.....	343
12.2.2 Delimitación cuantitativa de la muestra.....	343-346
12.3 Métodos y técnicas.....	346
12.3.1 Métodos generales de investigación	346-348
12.3.2 Técnicas.....	349

12.3.3 Ficha de Recopilación de datos de Expedientes del INDECOPI.....	349
I. RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN REALIZADA.....	350-357
II. DISCUSIÓN DE RESULTADOS	358-389
III. CONCLUSIONES	390-394
IV. RECOMENDACIONES	395
V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	396-406
ANEXOS	407
Ficha para la recopilación de datos de expedientes administrativos del INDECOPI	407

RESUMEN

La Conciliación como un medio alternativo de resolución de controversias, se constituye, hoy en día, en una alternativa viable, más aún si existe una Ley de Conciliación y su respectivo reglamento.

En este contexto y teniendo en cuenta las exigencias académicas del Doctorado en Derecho, presentamos, primero nuestro Proyecto de Tesis Doctoral titulado: “**LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR**”, el mismo que tuvo por objeto investigar, bajo la modalidad de investigación socio – jurídica, si la **CONCILIACIÓN** como medio alternativo de resolución de controversias, resarce los daños causados por los actos arbitrarios de los proveedores al consumidor, protegiendo sus derechos, dentro del marco de la teoría de los intereses difusos, de la teoría sobre los derechos del consumidor, de la teoría sobre los medios alternativos de resolución de controversias (especialmente la conciliación), así como desde el punto de vista de la legislación, que está aplicando la Comisión de Protección al Consumidor (Primera instancia administrativa) y el Tribunal de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (Segunda instancia administrativa) del INDECOPI (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual). Más adelante, conforme avanzamos en la investigación, modificamos el título original de la Tesis, que fue “LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR”, por el de: “**LA CONCILIACIÓN UTILIZADA POR LA COMISIÒN DE PROTECCIÒN AL CONSUMIDOR COMO MEDIO ALTERNATIVO EFICAZ EN LA RESOLUCIÒN DE CONTROVERSIAS ENTRE PROVEEDORES Y CONSUMIDORES**” porque consideramos que este título comprende mejor las variables del problema e hipótesis.

Nunca pretendimos agotar el tema, sin embargo ha sido necesario comenzar con una introducción, toda vez que los derechos de los consumidores se ha convertido

en un tema de gran actualidad. El desarrollo económico, la apertura de los mercados, la globalización de la economía y la competencia han reforzado la posibilidad de que los consumidores puedan elegir y satisfacer sus necesidades. La tecnología trae mejores productos, la calidad se convierte en una consigna para toda empresa que se precie de ser competitiva y la mayor competencia nos trae mejores precios y oportunidades.

Estos fenómenos han beneficiado a los consumidores, pero también han planteado nuevos retos. Hoy las decisiones se toman con menor tiempo, con cantidades importantes de información que deben ser procesadas y asimiladas con una dinámica que era inimaginable hace unas décadas. Los consumidores se benefician de la leal y honesta competencia, pero también enfrentan nuevos riesgos y problemas que la sociedad civil tiene que resolver.

Continuando con la investigación, hemos analizado la Teoría de los Intereses Difusos, la Teoría del Consumidor, la teoría del daño y los consumidores y los medios alternativos de resolución de controversias

De igual modo, hemos efectuado el trabajo de campo, donde analizamos las variables, las muestras recogidas, los métodos empleados y sus respectivos cuadros estadísticos.

También hemos planteado nuestras conclusiones y recomendaciones, así como la bibliografía utilizada.

Palabras claves: conciliación, consumidores, controversias.

ABSTRACT

The Conciliation as an alternative means of controversies resolution, is today, a viable alternative, most yet that exists a Law of Conciliation and its respective regulation.

In this context and talking into account the academic requirements of the Doctorate in Law, we present this Doctoral thesis entitled: **“DEFENSE OF THE CONSUMER’S RIGHTS”**, the same that has as a goal to investigate, under the social juridical investigation modality, if the CONCILIATION as an alternative means of controversies resolution, indemnities the damages caused by the arbitrational acts of the suppliers to the consumer, protecting its rights, within the framework of the theory of the diffuse interests, of the theory on the rights of the consumer, of the theory on the alternative means of controversies resolution (specially the conciliation), as well as in terms of the legislations that it is applying the Protection Commission to the Consumer (First administrative instance) and the Court of the Competence and of the Intellectual Property (Second administrative instance), of the INDECOPI (National Defense Institute of the Competence and of the Protection of the Intellectual Property). Later on, as we advance in the investigation, we modify the original title of the Thesis that was: **“DEFENSE OF THE CONSUMER’S RIGHTS”**, for **"THE USED RECONCILIATION FOR THE COMISION OF PROTECCIÒN TO THE CONSUMER LIKE HALF ALTERNATIVE EFFECTIVE IN THE RESOLUTION OF CONTROVERSIES BETWEEN SUPPLIERS AND CONSUMERS"**, because we consider that this title comprises better the variables of the problem and the hypothesis.

We never we intended to cope the whole topic, however it has been necessary to begin with an introduction , due to the rights of the consumers has been converted into a topic of great present time.

The economic development, the opening of the markets, the globalization of the economy and the competence have reinforced the possibility of the fact that the consumers could choose and satisfy their needs. The technology brings better products, the quality is converted into a slogan for all company that is appraised to be competitive and the greater competence brings us better prices and opportunities.

These phenomena have benefited to the consumers, but they have also outlined new challenges. Today the decisions are taken in a smaller time, with important quantities of information that should be processed and assimilated with dynamics that was unimaginable some decades ago. The consumers are benefited of the legal and honest competence, but they also face new risks and problems that the civil society must solve.

Continuing with the investigation, we have analyzed the Theory of the Diffuse Interests, the Theory of the Consumer, the theory of the damage and the consumers, and the alternative means of controversies resolution.

Similarly, we have done the fieldwork, where we analyze the variables, the withdrawal samples, the personnel methods and its respective statistic tables.

We have also outlined our conclusions and recommendations, as well as the respective bibliography.

Key words: Conciliation, consumers, controversies.

1. INTRODUCCIÓN

El gobierno peruano, a partir de 1991 aprobó una serie de normas y creó una serie de instituciones dirigidas a colocar a nuestro país en la posibilidad de competir a nivel internacional no sólo con mejores empresas, sino con mejores consumidores. El resultado ha sido uno de los marcos legales más completos y novedosos de la región en los temas de derechos de los consumidores y defensa de la libre competencia.

Dentro de este contexto, se creó INDECOPI (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual), como una institución técnica y autónoma a la que se encargó velar, junto con el resto de la sociedad civil, porque la leal y honesta competencia genere bienestar para todos. Y ello porque el INDECOPI entiende que el fin último de la competencia es el bienestar del consumidor.

En este contexto es que decidimos efectuar esta investigación sobre: **“LA CONCILIACIÓN UTILIZADA POR LA COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR COMO MEDIO ALTERNATIVO EFICAZ EN LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE PROVEEDORES Y CONSUMIDORES”** primero, por interesarnos el tema y segundo, por ser una exigencia académica que debemos cumplir con el Doctorado en Derecho de la Universidad Nacional de Trujillo.

Nuestro quehacer diario en la docencia universitaria y también nuestras experiencias como consumidor, nos ha llevado a escoger el tema, el mismo que es novedoso.

El problema del trabajo de investigación, es ¿ en qué medida la Conciliación utilizada por la Comisión de Protección al Consumidor y el Tribunal de la

Competencia del INDECOPI, es un medio alternativo eficaz en la Resolución de Controversias entre los proveedores y consumidores?

Luego, planteamos como hipótesis que, la Conciliación utilizada por la Comisión de Protección del Consumidor resulta ser más eficaz que el empleado por el Tribunal de la Competencia del INDECOPI, en la resolución de controversias entre los proveedores y consumidores.

El material utilizado, han sido, para el trabajo de campo, 338 expedientes tramitados por la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI de la Oficina de Lima, durante el año 1998, en especial, las resoluciones de primera y segunda instancia administrativa. Para el marco teórico, hemos utilizado las fuentes bibliográficas, principalmente libros, revistas y artículos, principalmente extranjeros y el Internet. De igual modo, hemos recurrido a la legislación sobre el tema y concordante con el mismo.

En lo que respecta a la metodología, hemos utilizado los métodos inductivo, deductivo, analítico, estadístico y hermenéutico.

Las técnicas a las que hemos recurrido, son: la documental o bibliográfica, técnica del fichaje y de la estadística.

El trabajo de investigación, lo hemos dividido en nueve (9) capítulos.

En primer lugar, hemos planteado la introducción donde hacemos un resumen del contenido de la tesis.

El primer capítulo, sobre aspectos metodológicos, abordamos la realidad problemática con sus antecedentes y justificación, luego enunciamos el problema y luego formulamos los objetivos, mas adelante la hipótesis; posteriormente, identificamos y clasificamos las variables; luego analizamos el ámbito de la investigación (delimitación del problema), seguidamente, analizamos los métodos y

técnicas empleados, el procesamiento de la muestra acumulada, la interpretación de la información procesada y redacción.

De igual modo, hemos expuesto los resultados de la investigación realizada y la discusión de estos resultados.

El segundo capítulo, trata sobre el marco teórico, antecedentes, definición de consumidor, definición de usuario, clasificación del consumidor y factores que determinaron el nacimiento del Derecho del Consumidor.

El tercer capítulo, trata sobre la teoría de los intereses difusos, es decir, la introducción, el interés y el derecho subjetivo, la clasificación de los intereses jurídicos, intereses tutelares, los intereses legítimos, concepto de intereses difusos e intereses colectivos, naturaleza jurídica de los intereses difusos y clasificación, el interés de los consumidores como interés difuso y la tutela procesal de los intereses difusos en el ordenamiento peruano.

El cuarto capítulo, titulado “El Consumidor y las instituciones públicas y privadas”, trata sobre el Ministerio Público y los consumidores, el Defensor del Pueblo y los consumidores, las Asociaciones de Defensa de los consumidores, el INDECOPI y los consumidores y el acceso de los consumidores a la justicia.

El quinto capítulo, aborda la teoría del daño y los consumidores, dando un concepto de daño, su clasificación y la indemnización a los consumidores.

El sexto capítulo, comprende los medios alternativos de resolución de controversias y defensa del consumidor, en especial el tema de la presente investigación, como es la conciliación utilizada por la comisión de protección al consumidor como medio alternativo eficaz en la resolución de controversias entre proveedores y consumidores.

El séptimo capítulo, aborda el análisis del derecho positivo nacional, con muchas leyes sobre el tema, especialmente la Ley de Protección al Consumidor y el análisis

y comentario de muchas resoluciones de la Comisión de Protección al consumidor y el Tribunal de la Competencia y Propiedad Intelectual.

El octavo capítulo, trata sobre la contratación de consumo, como los orígenes del contrato, las cláusulas generales de contratación, los principales derechos de los consumidores, el consumidor en Internet y la desjudicialización de los procesos de reclamación de los consumidores.

El noveno capítulo trata sobre la Filosofía del derecho del consumidor, antecedentes, derechos del consumidor y análisis filosófico al derecho del consumidor.

El décimo capítulo trata de los derechos del consumidor en la doctrina y el derecho positivo comparado, analizamos los derechos del consumidor en Argentina, Brasil, Colombia, Cuba, España, Ecuador, Estados Unidos de América, Italia, Inglaterra, Paraguay y Uruguay.

Finalmente, están nuestros objetivos, material y métodos, resultados, discusión de resultados, conclusiones, recomendaciones, referencias bibliográficas y anexos.

Nos sentiremos satisfechos, si este trabajo sirve de motivación permanente para que otros colegas continúen la investigación sobre el tema.

1.1 REALIDAD PROBLEMÁTICA

Teniendo en cuenta las exigencias académicas de la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional de Trujillo, presentamos en su oportunidad, el proyecto de investigación a desarrollar: “**La Defensa de los Derechos del Consumidor**”, cuyo título hemos cambiado por el siguiente: “**LA CONCILIACIÓN UTILIZADA POR LA COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR COMO MEDIO ALTERNATIVO EFICAZ EN LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE PROVEEDORES Y CONSUMIDORES**” el mismo que tuvo por objeto investigar bajo la modalidad de investigación socio – jurídica, es decir, la investigación descriptiva con trabajo de campo, si la CONCILIACIÓN, como medio alternativo de resolución de controversias, resarce los daños causados por los actos arbitrarios de los proveedores al consumidor, protegiendo sus derechos, dentro del marco de la teoría de los intereses difusos, la teoría sobre los derechos del consumidor, la teoría sobre los medios alternativos de resolución de controversias, (especialmente la conciliación), legislación y tratados internacionales, que viene aplicando principalmente la Comisión de Protección al Consumidor del **INDECOPI** (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual).

Uno de los factores que influyó en la determinación de hacer este trabajo de investigación, fue el hecho de haber sido víctima de los abusos de una empresa telefónica del país, así como de una empresa de electricidad, ambos, en la ciudad de Trujillo, y de otro lado, los constantes abusos de que son objeto los consumidores en general, tanto por las instituciones de servicios públicos y particulares.

Combinando la doctrina sobre la teoría de los intereses difusos, la teoría sobre los derechos del consumidor, teoría sobre los medios alternativos de

resolución de controversias (especialmente la conciliación), legislación y tratados internacionales, estudiamos las actas de conciliación, resueltos por la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI, para comprobar si realmente son protegidos los derechos del consumidor.

1.2 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Los medios alternativos de resolución de controversias, llamada también justicia alternativa, tales como la Conciliación, Mediación, Arbitraje y Negociación, constituyen realmente procedimientos eficaces y una garantía para las personas que los utilizan, reconocidos internacionalmente.

En este sentido, en nuestro país, tenemos la Ley General de Arbitraje, de igual modo, la Ley de Conciliación; sin embargo, en cuanto se refiere a la defensa de los derechos del consumidor, el D.S. N° 039-2000 – ITINCI que aprueba el TUO del Decreto Legislativo No. 716 denominado “**Ley de Protección al Consumidor**” donde señala que la Comisión de Protección al Consumidor establecerá directamente o mediante convenios con instituciones públicas o privadas, medios alternativos de resolución de controversias, del tipo de arbitraje, mediación, conciliación o mecanismos mixtos, que mediante procedimientos sencillos y rápidos, atiendan y resuelvan con carácter vinculante y definitivo para ambas partes (proveedores y consumidores), las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios.

Por ello, el INDECOPI, dentro de sus facultades y a través de su Comisión de Protección al Consumidor, viene aplicando la Conciliación, como medio alternativo de resolución de controversias, para resarcir el daño causado por los actos arbitrarios de los proveedores al consumidor.

1.2.1 ENUNCIADO DEL PROBLEMA

¿POR QUÉ LA CONCILIACIÓN UTILIZADA POR LA COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR, ES UN MEDIO ALTERNATIVO EFICAZ EN LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE LOS PROVEEDORES Y CONSUMIDORES?

1.3 HIPÓTESIS

LA CONCILIACIÓN UTILIZADA POR LA COMISIÓN DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR RESULTA SER UN MEDIO ALTERNATIVO EFICAZ EN LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE LOS PROVEEDORES Y CONSUMIDORES, PORQUE SUS RESOLUCIONES TIENEN CARÁCTER VINCULANTE Y DEFINITIVO.

2.- MARCO TEÓRICO DEL CONSUMIDOR

2.1 INTRODUCCIÓN

Los derechos de los consumidores se han convertido en un tema de gran actualidad. El desarrollo económico, la apertura de mercados, la globalización y la competencia han reforzado la posibilidad de que los consumidores puedan elegir satisfacer sus necesidades. La tecnología trae mejores productos, la calidad se convierte en una consigna para toda empresa que se precie de ser competitiva, y la mayor competencia nos trae mejores precios y oportunidades.

Estos fenómenos han beneficiado a los consumidores, pero también han planteado nuevos retos. Hoy las decisiones se toman con menor tiempo, con cantidades importantes de información que deben ser procesadas y asimiladas con una dinámica que era inimaginable hace unas décadas. Los consumidores se benefician de la leal y honesta competencia, pero también enfrentan nuevos riesgos y problemas que la sociedad civil tiene que resolver.

El desarrollo de un país no depende sólo de la calidad de sus empresas, sino también de la calidad de sus consumidores. Consumidores exigentes generan empresas exigentes consigo mismas. La calidad no depende sólo de quien produce, depende tanto o más de quien compra. En ese contexto, el problema de los derechos de los consumidores es un tema que involucra el desarrollo económico de un país.

El Perú no ha sido ajeno a este problema. Siendo consciente del protagonismo que el consumidor tiene en la actividad económica, el gobierno peruano a partir de 1991 aprobó una serie de normas y creó una serie de instituciones dirigidas a colocar a nuestro país en la posibilidad de competir a

nivel internacional no sólo con mejores empresas, sino con mejores consumidores. El resultado ha sido uno de los marcos legales más completos y novedosos de la región en los temas de derechos de los consumidores y defensa de la libre competencia.

Dentro de este contexto, se creó **INDECOPI** (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual), como una institución técnica y autónoma a la que se encargó velar, junto con el resto de la sociedad civil, porque la leal y honesta competencia genere bienestar para todos. Y ello porque el INDECOPI entiende que el fin último de la competencia es el bienestar del consumidor.

Las primeras ideas sobre los derechos de los consumidores fueron planteados por John F. Kennedy ante el Congreso de los Estados Unidos, el 15 de marzo de 1962, declarando que, por definición, el término “**consumidores**” alude a todos nosotros y que por esta razón nos constituimos en el mayor grupo económico, que afecta y es afectado por casi toda decisión económica pública y privada. Añadió que, siendo el único grupo importante, sus opiniones a menudo no son oídas.

Kennedy anunciaba entonces algo que el Estado peruano comprendió a partir de 1991; la ciudadanía plena no sólo depende de una adecuada protección y garantía de nuestros derechos políticos, ejercidos a través del sistema democrático, sino que se hace indispensable una adecuada protección y garantía de nuestros derechos económicos. La posibilidad de elegir con información adecuada, es un derecho fundamental para la realización de la persona como ciudadano pleno. No todos somos empresarios, ni todos somos trabajadores ni todos somos funcionarios públicos, pero todos somos ciudadanos y todos somos consumidores.

Aquel 15 de marzo, Kennedy formuló y propuso **cuatro derechos básicos de los consumidores** que se mantienen hasta nuestros días; **el derecho a la información, el derecho a la seguridad, el derecho a escoger y el derecho a ser escuchado**. Estas ideas se fueron difundiendo, permitiendo que se entienda el verdadero valor que los consumidores tienen para el desarrollo económico de un país. Con el paso de los años, surgieron las asociaciones de consumidores que impulsaron los derechos antes señalados. Veintiún años después de la presentación de Kennedy, se creó el **Día Mundial de los Derechos del Consumidor**, el mismo que se celebró por primera vez el 15 de marzo de 1983. Asimismo, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó los lineamientos generales para la protección de los consumidores en el ámbito mundial a partir de 1985.

La importancia que adquiere el consumidor o usuario en los últimos años no sólo se verifica al nivel de los movimientos sociales, sino al nivel de las recientes tendencias empresariales. La frase **“el cliente siempre tiene la razón”**, propia de conceptos de mercadotecnia entre las décadas del 60' y 80', ha sido perfeccionada y transformada en **“hay que oír al consumidor”**, e incluida en conceptos básicos de marketing y de gestión de atención al cliente en donde uno de los temas fundamentales es el de la lealtad del consumidor. Son los consumidores o usuarios los que determinan con su decisión de compra, las tendencias sobre lo a que se debe producir y los servicios que se deben prestar, el precio y la calidad de los bienes y servicios, y la modificación de los patrones de consumo.

2.2. Antecedentes

“La historia de los **problemas** derivados del consumo humano es tan antigua como la de la propia sociedad. La consideración del consumidor

como víctima en el contrato y con ello, el desequilibrio en la relación de mercado, ha existido siempre. La prueba es que ya desde el Derecho Romano se contemplan en los ordenamientos jurídicos continentales diversas reglas que tienden a proteger a los compradores contra los fraudes de los vendedores. Sin embargo, en la sociedad desarrollada en los países industrializados durante las últimas décadas calificada en ocasiones como "**era de la opulencia**", la que va dar lugar al nacimiento de unas especiales condiciones, al comprender que tal sociedad presenta grandes ventajas aunque también importantes y peligrosos inconvenientes, pues termina convirtiéndose según sea más alto el nivel de desarrollo, en una sociedad de fabricación y contratación en masa a la que se ha dado en denominar sociedad de consumo en atención a que la mayor parte de las personas que la componen viven y trabajan para poder adquirir bienes y servicios en orden a la satisfacción de sus necesidades, de las que una buena parte responden al mandato de una atrayente y persuasiva publicidad, fruto de sofisticadas técnicas de marketing que incita de forma directa o subliminal a consumir e incluso a pensar que pueda ser más importante tener que ser, que hacen surgir el movimiento y la agrupación de los consumidores para la defensa específica de sus derechos.¹

Sin embargo, el consumo y su problemática no queda reducido de forma simplista en la publicidad y el marketing, sino que se complementa, con otras muchas cuestiones de innegable importancia: condiciones generales de los contratos poco equitativas, defectos y baja calidad de los

¹ DE LEON ARCE, Alicia. Derechos de los Consumidores y Usuarios. Valencia, España, Editor Tirant Le Blanch, 2000. p. 29.

productos, daños irreversibles en las personas y en las cosas derivados de la puesto en el mercado de bienes y servicios no demasiado seguros, y sobre todo, del hecho de que para poder obtener esos bienes y servicios necesarios en gran parte para la subsistencia, las personas deben ponerse en relación y contratar generalmente con empresarios de la industria y del comercio para que se les proporcionen, y tal relación contractual es casi siempre desequilibrada por razones de competencia y de información, lo que les permite a aquéllos imponer sus particulares condiciones por encontrarse en superior posición. La máxima derivada del aparente logro de la autonomía de la voluntad "**quien dice contrato dice justo**" quiebra en el marco de la sociedad de masas y de la economía de mercado. Se dice que a grandes rasgos son dos los factores preliminares de la problemática de consumo: sistemas políticos y consecuentemente jurídicos reconocedores de la libertad de producción y de cambio y procedimientos industriales complejos y relevantes que tiende a satisfacer las exigencias de un mercado amplio y no predeterminado.

Por todo ello, empiezan a llevarse a cabo en la mayor parte de los países industriales esfuerzos tendentes a potenciar la defensa del individuo como persona en esa denominada sociedad de consumo. Y es a partir de la década de los sesenta cuando los consumidores se presentan como un problema social en un momento de desarrollo económico sin precedentes que multiplica los bienes y servicios puestos a su disposición en el mercado como consecuencia del incremento de las empresas, del desarrollo de los créditos, de la mayor complejidad de los productos y de los servicios, de la publicidad y del marketing, lo que conlleva ese desequilibrio entre las partes contratantes. Los profesionales cada vez más fuertes frente a los

consumidores que ocupan una posición sumamente débil, pudiendo ser fácilmente manipulados en sus decisiones los que les convierte esclavos de la sociedad de consumo, especialmente a aquéllos mas desfavorecidos en atención a su edad, pobreza o ignorancia. Surgen por tal razón en el ámbito privado desde la segunda mitad de este siglo movimientos de consumidores que intentan conseguir, con diferente resultado según los países, la protección legal de sus intereses para evitar así las situaciones de indefensión que hasta ese momento venían padeciendo. Este origen asociativo puede ser considerado como el germen de la posterior institucionalización pública de la defensa y protección de la persona en su faceta consumidora, y tiene como punto de partida esa fuerza asociacionista según el grado alcanzado en importancia social cuantitativa y cualitativa. Se ha dicho que desde la sociología se ayuda a entender el consumo como una manifestación del conflicto social moderno que afecta a la vida de todos y donde se destacan tres categorías de actores: productores y suministradores de bienes y servicios, el Estado y los consumidores individuales y sus organizaciones.

El consumidor, inicialmente un comprador individual en un pequeño mercado o tienda local, pasa a ser una unidad en el mercado de masas, blanco predilecto de las campañas publicitarias y de la presión ejercida por grupos de productores y distribuidores muy organizados, con mayores y mejores oportunidades que él para determinar las condiciones del contrato y con ello, las prácticas comerciales, los términos y modos contractuales, el crédito, el consumo e incluso el propio concepto de competencia se modifican ostensiblemente.

Todas estas novedades del entorno social influyen de forma directa en la necesidad de transformación del Derecho patrimonial pudiendo ser destacados como determinantes los siguientes cambios:

- a) **Económicos.-** De una economía liberal basada en el *laissez faire*, se pasa a una economía intervenida por los poderes públicos que son los que, por ejemplo, fijan los precios y cantidades de producción de determinados bienes o establecen las condiciones del contrato.
- b) **Industriales y tecnológicos.-** El maquinismo, la producción en masa, las nuevas tecnologías, consiguen una productividad muy desarrollada con la consiguiente avalancha de bienes y servicios que se ofertan en el mercado lo que paralelamente aumenta los riesgos y daños de los consumidores.
- c) **Sociológicos.-** El hecho principal es precisamente el nacimiento y desarrollo de la llamada "**sociedad de consumo**" y la filosofía que lleva implícita de adquisición desordenada de bienes y servicios como signo de valor externo.
- d) **Ideológicos y de política jurídica.-** Condensados y expresados en determinados textos constitucionales bajo la denominación de Estado social, reflejándose en preceptos específicos protectores de la salud, de la vivienda, del consumidor o del medio ambiente.
- e) **Empresariales.-** Mecanización y despersonalización de las relaciones económicas y jurídicas que hacen aparecer nuevas fórmulas de contacto social y jurídico entre empresarios y consumidores entre los que la publicidad, los estudios de marketing, los sistemas agresivos de promoción y venta destinados a los consumidores o la informatización

son algunos ejemplos, así como el volumen, envergadura y frecuencia de los riesgos y daños derivados de la propia producción en masa.

- f) **Socioeconómicos.-** Se asume una conciencia generalizada de existencia constante de riesgos, por lo que se tiende a un aseguramiento generalizado de las actividades empresariales.
- g) **Jurídicos.-** Reflejados fundamentalmente en la quiebra de dos dogmas sustanciales del Derecho patrimonial, el de la autonomía de la voluntad y el de la responsabilidad por culpa, entendido el primero como principio inhibitor del Estado en las relaciones negociales privadas y promotor de la iniciativa y del lucro empresarial, aún a costa del desequilibrio contractual desfavorable para la parte más débil de esos contratos en masa, es decir, la persona que a través de él satisface sus necesidades; y el segundo como presupuesto jurídico de la responsabilidad civil extracontractual de difícil comprobación en una producción en masa sumamente tecnificada.

Por tales razones, el movimiento de defensa del consumidor se desarrolla cuando se dan unas estructuras favorables, además de la existencia de tensiones estructurales precisas. En cuanto a estructuras favorables pueden servirnos de ejemplo el aumento de los ingresos, mayor nivel de educación, el incremento económico, la complejidad creciente de la tecnología, la explotación intensiva del medio ambiente, el aumento de la burocracia, las relaciones comerciales impersonales y deshumanizada, la ampliación de los circuitos de distribución, la sofisticación de las técnicas de marketing y el retraso constante de la legislación adecuada para corregir situaciones de desequilibrio.

Entre las tensiones estructurales que más han favorecido al consumidor y son de gran importancia, la inflación persistente que hace necesario buscar la calidad de los productos para garantizar la rentabilidad de la inversión, la explotación por las empresas de las clases o colectivos de consumidores más desfavorecidos bien por sus condiciones económicas o personales, el descontento de la población ante las técnicas agresivas de marketing, mayor nivel educativo que implica el rechazo de los consumidores de forma organizada a determinados productos, como ha sucedido, entre otras ocasiones con el boicot internacional contra la carne de vaca tratada con estrógenos, promovido en 1980 por el Bureau Européen des Unions de Consommateurs (BEUC) y las principales asociaciones de consumidores de los países miembros de la CEE.

Se habla entonces de "derechos del consumidor" y sin embargo la expresión, en una primera impresión puede considerarse incorrecta porque como tal parece sugerir que el consumidor va a ostentar unas prerrogativas especiales como si se tratara de un titular de derechos de carácter privilegiado, y es precisamente la sustancial homogeneidad del fenómeno económico en los países desarrollados y las cuestiones jurídicas derivadas de ella, las que han fomentado el movimiento de protección y defensa de la persona en su faceta consumidora.

Es indudable que las empresas, desde el momento de su creación, intentan mantener unas relaciones permanentes y de diversa índole con su mercado que está integrado por consumidores. Por ello, pretenden desarrollar bienes, productos y servicios que puedan colocar posteriormente en el mercado para que los adquirentes paguen su precio y de esta manera generar recursos que posibiliten nuevas actividades productivas para repetir

el circuito y sobrevivir permanentemente, interés compartido por los proveedores y otras empresas de la competencia. El cambio de actitud de los consumidores y la lucha por sus derechos hace que la actitud empresarial se modifique en su estrategia de marketing y se configure como impulsor de intercambios en un conjunto de actividades humanas dirigidas a conseguir objetivos a partir del impulso de aquellos, examinando las necesidades, gustos y preferencias de los consumidores y desarrollando aquellos productos que sabe anticipadamente que pueden vender, detectando así las nuevas necesidades del mercado.

La lucha activa del movimiento de defensa de los consumidores va teniendo sus frutos y como señalaba **Glemer**, socio director de la poderosa empresa McKinsey & Company, en **MK** Ventas de noviembre de 1992, el reinado de los fabricantes de bienes de gran consumo primero y el de los distribuidores después, ha dejado paso en los noventa a una tercera monarquía, la de los consumidores. Por tal razón destacaba la revista *Expansión* de 28 de diciembre de 1994, cómo el problema del marketing ha sido centrarse demasiado en el producto y no en el mercado, que es la clave de todo el proceso. Lo importante es localizar las necesidades no cubiertas y traducirlas en oportunidades empresariales. Por ello es esencial analizar el comportamiento del consumidor que está mejor informado y exige más que nunca, está menos influido por las modas y quiere productos de buena calidad que cubran sus necesidades. En el año 2000, en los países más desarrollados como Estados Unidos, el consumidor iba camino de convertirse en elemento fundamental del planteamiento de estrategias empresariales, las que deben programar la elaboración de bienes y servicios próximos a sus necesidades, deseos y requerimientos.

En este punto, es importante destacar el problema principal que se plantea y se centra en torno a la noción de consumidor mediante la que se quiere indicar la existencia de una categoría de sujetos con intereses merecedores de tutela por parte del ordenamiento y cuya principal dificultad estriba en que no estamos ante un concepto originariamente jurídico sino de naturaleza socioeconómica. Por tal razón, cualquier intento jurídico de delimitación plantea grandes dificultades y se hace necesario acudir a las ciencias sociales a la búsqueda de instrumentos útiles para su análisis jurídico. La especial situación que ocupa el llamado consumidor en el proceso económico de circulación de bienes y servicios apunta hacia el momento final de intercambio de mercancías en el que los valores de uso se adquieren exclusivamente para ser usados o consumidos sin que vuelvan a ser renovados para ser introducidos de nuevo en el mercado. Por lo tanto, con el término consumidor se alude generalmente al destinatario final de bienes y de servicios. Así, en el "Mini Diccionario del Consumidor", editado en Madrid (1980) por el Instituto Nacional del Consumo se dice: "recibe el nombre de consumidor la persona individual o colectiva que lleva a cabo el acto de consumir los bienes económicos que el proceso productivo pone a su disposición".

La promoción de los intereses de los consumidores se ha convertido pues en un tema importante en el ámbito político, económico y sociológico, caracterizado por un conjunto de iniciativas, esfuerzos y acciones individuales, de grupo y colectivamente organizadas - destinadas a la defensa y promoción de los intereses de los consumidores, lo que implica a las organizaciones de consumidores, a la acción de los poderes públicos y un movimiento legislativo específico que va a influir sobre el comportamiento de

las empresas con el fin de asegurar e incrementar la protección de los intereses de los consumidores en el mercado de bienes y de servicios del sistema económico, para lo que es necesario una buena instrumentación jurídica. A ese conjunto normativo cualificado es lo que se denomina Derecho de Consumo, que puede ser definido como el conjunto de normas destinadas a la protección y defensa de los consumidores y de sus intereses.

Por lo expuesto, la tutela del consumidor se ha incorporado a la mayor parte de los ordenamientos de los países desarrollados, modificando de lleno aspectos tradicionales del Derecho patrimonial codificado. El consumidor es, en principio, una de las partes de un contrato igual que muchos otros. Sin embargo, es la peculiar situación de parte débil del contrato lo que le convierte en acreedor de un especial tratamiento jurídico por la posición que la realidad socioeconómica le hace ocupar en todas y cada una de las relaciones contractuales que mantiene para la satisfacción de sus necesidades, lo que conlleva en demasiadas situaciones una auténtica obligación de contratar en condiciones de desigualdad e inferioridad frente a la otra parte de la relación, haciendo inoperantes para sus intereses los principios contractuales tradicionales de libertad e igualdad. La evolución histórica de la defensa de los consumidores comienza con el despertar de su conciencia dormida y continúa evolucionando paulatinamente hasta el momento presente. Como podremos comprobar, la política global de protección de los consumidores es un fenómeno relativamente reciente, iniciado a partir de los años setenta en los estados más avanzados y en el propio ámbito comunitario. A modo de pequeña y sucinta referencia a este despertar, vamos a distinguir las distintas etapas que en este movimiento se han sucedido, distinguiendo la evolución del movimiento en Estados Unidos

por la importancia capital allí alcanzada y en Europa, teniendo muy presente además el papel desempeñado por el Derecho Comunitario europeo ante la mayor proliferación de contratos de consumo transfronterizos.

2.3. Evolución del Derecho del Consumidor

“El gran desarrollo económico que caracterizó el período posterior a la Segunda Guerra Mundial - con la masificación de la producción y del comercio - propició, además de la mejoría del nivel de vida del ciudadano, la aparición del derecho del consumidor. Su formulación, pues, dimana directamente de necesidades sociales recientes”,² provocadas "por tecnologías sofisticadas y mercados ampliados, surgidos como resultado del desarrollo posterior a la Segunda Guerra Mundial."³

En torno a esa carencia de tutela específica se organizó todo un movimiento social: el **consumerismo**.

Es cierto que, inclusive antes de la masificación mercadológica, el consumidor no se encontraba totalmente indefenso, ya que teorías y garantías tradicionales, como la de los vicios ocultos, conferían una cierta protección al comprador.

En la fase anterior a la guerra, por tanto, encontramos **derechos del consumidor** más o menos protegidos. No identificamos, con todo, un sistema de normas, funcionalmente orientadas, en el sentido de proteger al consumidor como tal.

² STIGLITZ, Gabriel. Defensa de los consumidores de productos y servicios. Ediciones La Rocca, Buenos Aires, Argentina. 2001. p.98

³ TRUMPY, Thomas. Consumer protection and product liability: Europe and the EEC, en "The North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation", 1986, vol. 11, n° 2, p. 321.

Como no podría dejar de ser, la evolución del derecho del consumidor, como todo *parto jurídico*, no ha sido un fenómeno propiamente rectilíneo y uniforme. En los Estados Unidos, principios como el del **caveat emptor** (en la formación e interpretación de los contratos) y el de la necesidad de **privity** entre la víctima de los daños y el causante de los mismos (en el terreno de la responsabilidad civil contractual del proveedor, por los accidentes de consumo), sirvieron, durante mucho tiempo, como verdaderas barreras para el desarrollo de la nueva disciplina.

La evolución en Europa parece que tiene lugar con menos dificultades, principalmente debido a la existencia de ciertas teorías tradicionales, como la de los vicios ocultos, que ya permitían una cierta protección al consumidor. Mientras que en los Estados Unidos la aparición del derecho del consumidor se desarrolla a partir de una perspectiva individualista y reparadora (protección del individuo consumidor hasta llegar a cubrir al público - consumidor), en Europa la evolución se produce como un esfuerzo mucho más por tutelar al público de una manera general, que propiamente por reparar los daños sufridos por consumidores individuales.

De todas maneras, sea en el **common law**, sea en el **civil law**, el derecho del consumidor comenzó como un cuerpo legal de carácter eminentemente represivo (penal y administrativo). Gradualmente, sin embargo, el legislador fue comprendiendo que el derecho del consumidor tenía que ser fundamentalmente preventivo, a la vista de ciertas características del mercado: la velocidad de sus transformaciones, la aparición diaria de nuevas y más complejas modalidades de negocios y tecnologías; la vulnerabilidad del consumidor, bien para evitar, *per se*, el daño, bien para buscar su reparación; la naturaleza y dimensión de los

accidentes de consumo, muchas veces de difícil reparación (cuando no imposible).

Esta característica preventiva del derecho del consumidor, hoy preponderante en la nueva disciplina, tiene dos vertientes. Una es la de impedir que la fragmentación de la relación de consumo cause perjuicios al consumidor. Otra es la de prevenir que el conflicto de consumo venga a debilitar el propio mercado, y con ello, el orden capitalista. Y ello porque el derecho del consumidor, así como el derecho económico, es "una acción tendiente a la preservación del mercado - en cuanto mecanismo de coordinación del proceso económico - teniendo en cuenta el interés social" ⁴

2.4. La actualidad del tema

El derecho del consumidor nace, se desarrolla y se justifica en la sociedad de consumo. Regula la producción y la comercialización de productos y servicios a través del prisma del consumo. Y éste, como señala **Jean Baudrillard**, tiene un lugar cierto: es la **vida cotidiana**. ⁵

Ahora bien, nada puede ser más actual que algo que se propone proteger la vida cotidiana de los individuos.

El derecho del consumidor es, por tanto, la disciplina jurídica de la **vida cotidiana** del habitante de la sociedad de consumo. Su surgimiento, con alteraciones profundas en el derecho tradicional, discurre directamente de la revolución industrial (con producción, comercialización, consumo, crédito y comunicación en masa), ya que ésta cambió por entero el día a día de los hombres - ahora llamados **consumidores**. La afirmación de la actualidad del

⁴ GRAU, Eros R. Elementos de Direito Económico, Sao Paulo, Brasil. Revista dos Tribunais. p. 19.

⁵ BRAUDILLARD, Jean. A sociedade de consumo. Lisboa, Portugal, ed. 70, 1981, p. 27.

derecho del consumidor no implica decir que antes de su formulación no existieran consumidores o que éstos estaban absolutamente desamparados.

Los consumidores han existido siempre. Sólo que el derecho o, mejor, el legislador - no tenía una percepción clara de su marco, como sujeto diferenciado de categorías tradicionales (como el comprador, el arrendatario, por ejemplo). Pero inclusive sin darle certificado de bautismo, el ordenamiento jurídico clásico contaba con ciertos mecanismos de tutela del consumidor. Se ha convertido en lugar común afirmar que tales instrumentos resultaban inadecuados para este fin.

La adaptación de soluciones del **liberalismo clásico**, producidas en una realidad económica enteramente diversa de la actual, dejó de tener en cuenta que los **fenómenos de masa** no permiten remedios individualistas, basados en ideas sin ningún tipo de conexión con la sociedad de consumo. Principios como los de la libertad contractual, libertad de comercio, no intervención del Estado en la gestión del mercado, responsabilidad del proveedor en casos de culpa, así como las normas rígidas de legitimidad **ad causam** y de prueba, fueron formulados para regular relaciones sociales diversas de la relación de consumo. Aplicados en la sociedad de consumo, crean **mitos de derechos**.⁶ Mas ¿por qué ese despertar legislativo? Primero, porque el surgimiento de la sociedad de consumo propició la aparición de relaciones jurídicas antes desconocidas. Es decir, permitió la aparición de **formas de manifestación** singulares para las relaciones

⁶ BOURGOIGNIE, Thierry. "Consumer law and the europ and community: Issues and prospects", en Bourgoignie, Thierry, y Trubeck, David, Consumer law. Common Markets and federalism in Europe and the United States, Walter de Gruyter, New York, USA, 1987, p. 90.

jurídicas clásicas (compra venta, arrendamiento, préstamo). En segundo lugar, la propia sociedad de consumo, por la manifestación de sus relaciones y por el fortalecimiento de la empresa, creó una situación de vulnerabilidad para el consumidor.

La **universalidad** de esta vulnerabilidad es la que explica la intervención legislativa. Cuanto mayor es el número de los vulnerables, tanto mayor será la sensibilidad estatal, porque es una sociedad democrática, comprensiblemente, la ecuación numérica tiene enorme peso. "Ésta es la razón por la que el derecho, muchas veces, queda al lado de la mayoría, aún cuando con la minoría se encuentre el poder y la riqueza" ⁷ De ahí que el derecho del consumidor no se justifique sólo como producto de la sensibilidad del legislador con la vulnerabilidad del consumidor. Igualmente importante en su desarrollo ha sido el hecho de que los consumidores son inmensamente mayoritarios en el mercado.

2.5. La cuestión terminológica

Evidentemente la disciplina jurídica que se propone tutelar al consumidor en sus relaciones con los proveedores se llama **derecho del consumidor**. Sin embargo, es conveniente delimitar y aclarar estos términos.

En el derecho comparado no existe acuerdo respecto al derecho del consumidor o derecho del consumo. Así tenemos que la denominación **derecho del consumo** (droit de la consommation) se utiliza, por ciertas razones históricas, en Francia, Bélgica y Portugal. Por el contrario, en los

⁷ RIPERT, Georges. Le régime démocratique et l'droit civil moderne. Paris, La France, Librairie Générale de Droit de Jurisprudence, 1936, p. 204.

Estados Unidos, Inglaterra, Australia y Alemania se prefiere la expresión **derecho del consumidor**.⁸

No es pues una simple discusión terminológica. Cada una de las denominaciones resalta un aspecto de la disciplina jurídica.

Derecho de consumo pone en primer plano la tutela del **mercado de consumo**, mientras que **derecho del consumidor** realiza la protección de la **persona** del consumidor. Una es objetiva y la otra subjetiva.

Compartimos con el autor Gabriel Stiglitz la expresión **derecho del consumidor** porque ella nos da la exacta perspectiva **funcional** de las normas que integran este ramo jurídico: todas tienden a defender los intereses de los consumidores. Cuando se utiliza la expresión **derecho del consumo** se corre el riesgo de una ampliación excesiva del campo de actuación de las normas especiales - en perjuicio del consumidor - para incluir, entre sus objetivos, la tutela del mercado como un todo (siempre que esté presente el consumo), es decir, tanto protegiendo al consumidor contra los proveedores, como protegiendo a los proveedores en sus relaciones con terceros (por ejemplo, con el Estado). De otro lado, notamos, que el derecho del consumidor, con este prisma, no cubre todo lo que dice con respecto al consumo. De hecho, muchas materias que tienen que ver con el bienestar del consumidor no son objeto del derecho del consumidor. Por ejemplo, la lucha contra los monopolios, que, aunque interesan directamente al consumidor

⁸ Consumer law en los países del *common law*. *Verbraucherschutz* para los alemanes y *Consumentenrecht* para los holandeses. En la República Federal de Alemania, la expresión *Verbraucherschutz* es utilizada en 1972 por Eiker von Hippel en "Grundfragen des Verbraucherschutzes", en *Juristenzeitung*, 1972, p. 417 y después por Smitis, K., *Verbraucherschutz - Schlagwörter Rechtsprinzip*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1976. En Holandé, fueron pioneros los trabajos de Brack, A., *Kernpunten van het Consumentenrecht*, ed., Tjeenk Willink, Alphen a/d Rijn, 1980, Hondius, E., *Consumentenrecht*, Kluwer, Deventer, 1976.

intermediario (los distribuidores) - y al propio consumidor final - no está integrada en el derecho del consumidor.

El derecho del consumidor regula el mercado porque protege al consumidor. Desde tal perspectiva, éste se impone a los proveedores como sistema de orden público. Y no viceversa, ya que la protección pura y simple del mercado no siempre significa una tutela efectiva del consumidor. Tenemos el ejemplo de la reserva del mercado: se asegura el mercado para la industria nacional, pero ni siquiera así el consumidor tiene mejorada su posición automáticamente. El fundamento de esta última intervención estatal no es propiamente el interés directo de los consumidores, sino, por el contrario, algo que sobrepasa su esfera: el interés público.

La idea de **vulnerabilidad** impregna a todo el derecho del consumidor. Así también, no es el mercado el que es **vulnerable**. Es el consumidor. Y, si la nueva disciplina pretende mitigar esa vulnerabilidad, lo hace a favor del consumidor y no del mercado, ni tampoco del consumo. Éste existe para el consumidor, y no a la inversa. El hombre antecede al mercado.

Finalmente, la idea nuclear de esta disciplina no es el **consumo** considerado de manera aislada. El consumo que no implique la **circulación** de productos y servicios no interesa al derecho del consumidor. El agricultor que produce y al mismo tiempo consume sus productos no es relevante para el derecho del consumidor. Y no se puede decir que, *in casu*, no hubo consumo. Faltó, sin embargo, la cualidad de la circulación, de la transferencia de bienes de consumo. Cuando hablamos de derecho del consumidor estamos suponiendo automáticamente que existe un segundo sujeto (el proveedor) que se contrapone a aquél, lo que permite la circulación de los productos y servicios. Y precisamente porque existe esa bipolaridad es por lo

que vamos a encontrar, como noción que rige la disciplina, la *relación jurídica de consumo*.

Entonces concluimos que la denominación **derecho del consumo** elimina - por lo menos en el plano semántico - cualquier hilación de conflictividad, lo que, por otra parte, está claramente resaltado en la expresión **derecho del consumidor**. La conflictividad, sin embargo, no está conferida o sustraída por la eventual denominación que se dé a la disciplina jurídica.

2.6. Contenido del Derecho del Consumidor

Determinar el contenido del derecho del consumidor es obra de síntesis sistemática, que implica coordinación lógica de los institutos jurídicos que circundan la noción fundamental de **relación jurídica de consumo**. Consiguientemente, es este fenómeno fundamental el que orienta el contenido de la nueva disciplina.

El derecho del consumidor engloba en un primer plano las normas (leyes y reglamentos) que, al crear derechos específicos, protegen directamente al consumidor. Abarca también otras normas que tratan de asegurar la aplicación eficiente de estos mismos derechos, así como aquellas que aseguran representación y voz adecuadas a los consumidores ante los órganos estatales con poder de decisión sobre el mercado. Por último, también forman parte de su núcleo los mecanismos jurídicos que tratan de racionalizar y dirigir el comportamiento del consumidor.

Así pues, el derecho del consumidor no es sólo un cuerpo de normas de *protección directa* al consumidor. Paralelamente, en el estadio actual de la sociedad de consumo, el Estado desarrolla reglas de racionalización del

consumo, como por ejemplo las de ahorro de combustible y de electricidad. Esta intervención del Estado no siempre es ejercida en interés de los consumidores, sino en nombre del interés público, conceptos no siempre coincidentes. Son medidas hasta antipáticas para el consumidor que ve limitada su *soberanía*. Estas medidas de control del comportamiento integran también el derecho del consumidor, ya que protegen un interés abstracto de los consumidores (que no se llega a confundir con el interés público), aunque para ello tengan que contrariar las aspiraciones inmediatas de sus tutelados. Es lo que sucede, por ejemplo, con el control de la producción y comercialización del alcohol y del tabaco, o con la obligatoriedad de uso del cinturón de seguridad en los automóviles.⁹

Ya dijimos que el núcleo atómico del derecho del consumidor es la relación jurídica (hecho o acto jurídico) practicada por un profesional y un no profesional - o consumidor. Es decir, no existe una categoría homogénea, particular, universal, bien individualizada de consumidores, se dice que el derecho del consumidor se aplica más propiamente a **relaciones jurídicas de consumo** que a una categoría especial y única de individuos (el consumidor). No se puede negar el acierto de esta última afirmación, especialmente por ser *menos pasional y más próxima al fenómeno social y económico*, acentuado mucho más "aquello que crea la especificidad de la problemática, a saber, la existencia de los bienes de consumo".¹⁰

⁹ CAS, Gérard, y FERRIER, Didier. *Traité de Droit de la consommation*, Paris, La France, PUF, 1986, p. 2.

¹⁰ FALLON, Marc. *Les accidents de la consommation et le Droit. La responsabilité du fait des produits en question: Droit comparé. Méthode expérimentale*, Bruxelles, Bélgica. Bruylant, 1982, p. 43.

El entendimiento *racional* del derecho del consumidor no puede, sin embargo, olvidar su función existencial, que es exactamente la de proteger al consumidor. Pero, si no se consigue fácilmente identificar al consumidor, ¿cómo hablar entonces de la *protección del consumidor* o, lo que es peor, del *derecho del consumidor*? La solución es fundamentalmente legal. Y es el legislador quien da el contorno de la noción del consumidor. Además, el derecho del consumidor, en una perspectiva moderna, debe ser visualizado como un derecho de *tráfico en masa*, en el que la comprensión de sus sujetos se da mucho más en un plano colectivo que individual.

"Entre las preocupaciones del derecho del consumidor se pueden citar la masificación de las relaciones de consumo, la información del consumidor (sobre precios y composición de los productos, por ejemplo), la utilización de métodos comerciales abusivos, los bancos de datos, los procedimientos de cobro de deudas de consumo, la publicidad, especialmente engañosa y abusiva, el control de precios y tarifas, el control de la calidad y seguridad de productos y servicios, la prevención, reparación y represión de los accidentes de consumo, las cláusulas contractuales abusivas, el crédito al consumidor, las exclusiones de garantías con la consiguiente transferencia al consumidor de los riesgos de los productos y servicios defectuosos, la problemática del acceso a la justicia y de la representación de los consumidores, la criminalidad de consumo." ¹¹

¹¹ STIGLITZ, Gabriel. Op. cit. p.93.

"Sin embargo, no todo lo que se incluye en el cuerpo del derecho del consumidor acaba por proteger, de hecho al consumidor."¹² Pueden señalarse tres desviaciones básicas. Primero, algunas normas que aparentemente tratan de tutelar al consumidor, como las de licencia y de autorregulación de ciertas actividades (por ejemplo, publicidad), terminan por limitar la entrada de nuevos competidores en el mercado, creando además *capillas* donde la voz del consumidor es, como máximo, una simple formalidad. Segundo, ciertas normas del derecho del consumidor, por su generalidad y por la ausencia de mecanismos eficaces de implantación, tienden a permanecer como letra muerta. Finalmente, inclusive órganos íntimamente ligados al consumidor corren el riesgo de ser *aprisionados* por los proveedores, bien como consecuencia de vínculos personales, bien por la presión política, cuando no simplemente económica.

2.7. Definición del Derecho del Consumidor

Quizás por ser una disciplina de origen reciente, los autores todavía no se han puesto de acuerdo sobre una definición del derecho del consumidor. El problema también se agrava cuando la doctrina tampoco consigue armonizarse en cuanto al contenido del derecho del consumidor. Cualquier definición amplia o restringida, toma en consideración un determinado contenido. Al variar éste, necesariamente se modifica aquélla.

¹² TRUBECK, David M. Consumer law, common markets and federalism: introduction and general concepts. En: Bourgoignie, Thierry, y Trubeck, David. Consumer...cit, p. 9.

Antes de buscar una definición para la nueva disciplina, es importante resaltar que no se deben confundir las expresiones **derecho del consumidor** y **derechos del consumidor**.

El derecho del consumidor es un sistema global de normas, principios e instrumentos de implantación a favor del consumidor.

Los derechos del consumidor, al contrario, son modernamente la proyección **individual** del derecho del consumidor. Es la cara más visible del derecho del consumidor, pero no es la única, como veremos.

Derechos, transmite la idea de fragmentación desordenada. En cambio, **derecho del consumidor** simboliza una organicidad sistemática. Los derechos del consumidor dimanar o derivan del derecho del consumidor. Lo inverso no es verdadero, ya que éste comporta - además de derechos - obligaciones para los consumidores. Además, el derecho del consumidor incluye asimismo los mecanismos específicos para la implantación de los derechos creados (crímenes y actos ilícitos administrativos de consumo, convenciones colectivas de consumo, **class action** de consumo). En consecuencia, hablar, pura y simplemente, de los derechos de los consumidores, es permanecer en el estadio anterior a la aparición del derecho del consumidor.

Tanto el derecho del consumidor como los derechos del consumidor dependen de la vida en sociedad, en la medida en que "todo derecho, por definición, implica una relación entre dos sujetos".¹³

¹³ DUGUIT, León. Les transformations générales du Droit privé depuis le Code Napoléon. Paris. La France, Librairie Félix Alcan, 1912, p.18.

El hombre aislado no tiene y no puede poseer derechos. Pero los derechos del consumidor existen desde hace mucho tiempo, desde el momento en que el derecho paso a preocuparse del comprador, del pasajero, del asegurado, del arrendatario, etc. El derecho del consumidor, fenómeno más bien reciente, además de formarse y justificarse en las interrelaciones sociales entre los hombres, como acontece con todas las disciplinas jurídicas, exige para su plenitud la *interrelación humana en la sociedad de consumo*. Como podemos apreciar, los derechos del consumidor anteceden, temporalmente al derecho del consumidor y están diseminados por todo el universo jurídico.

No existe una definición *a priori* del derecho del consumidor. Tampoco se puede llegar a una definición válida para todos los tiempos. Definirlo, al contrario presupone el perfecto entendimiento de la función de consumo (con sus variaciones históricas) y de la declaración jurídica de consumo.

A decir de Jean Calais - Auloy, citado por Gabriel Stiglitz "existen tres fórmulas para definir el derecho del consumidor. **Una definición objetiva**, una definición **teleológico - subjetiva** y una **definición mixta**. En la primera se resalta la idea de *relación jurídica de consumo*. En la segunda, al contrario, se destacan los sujetos de la relación. Concediéndoles un **status iuris** permanente, resaltando la tutela de uno de ellos, o sea, la protección del consumidor.¹⁴ La definición objetiva se preocupa fundamentalmente del objeto, la materia disciplinada por el derecho del consumidor. La subjetiva trata del ámbito personal del derecho del consumidor. Finalmente, en la

¹⁴ CALAIS - AULOY, Jean. Droit de la consommation, Paris, La France, Dalloz, 1986, p.19, citado por Stiglitz, Gabriel, op. cit., p. 96.

tercera modalidad de definición, se conjuga el criterio objetivo con el teleológico - subjetivo.

Siguiendo a Gabriel Stiglitz, adoptamos una definición mixta de derecho del consumidor.

La aceptación de una definición objetiva pura excluye de la órbita del derecho del consumidor la preocupación finalístico - subjetiva que debe orientarlo. De hecho, el derecho del consumidor no se limita a regular la relación jurídica del consumo, *per se*. Ésta sólo recibe tratamiento especial - que la distingue de las comerciales y civiles - porque uno de sus sujetos es considerado "parte vulnerable".

“No cabe duda de que la relación jurídica de consumo es el objeto del derecho del consumidor. Mas el objeto, por sí solo, no se presta para describir el fenómeno como un todo, a no ser como agregado a un referencial subjetivo. El de subjetivización del derecho de consumo no basta como parámetro para definirlo. Aunque ése fue el camino del derecho mercantil que partió de una concepción subjetiva, de un **ius mercatorum**, para un derecho de los actos de comercio (criterio objetivo), éste no es el caso del derecho del consumidor que necesita - inclusive para su afirmación- del elemento personal indicador de la vulnerabilidad de su tutelado y de su contenido finalístico - funcional.

Al contrario que la objetiva, la definición teleológica - subjetiva se centra en la figura del consumidor como ser vulnerable, que merece cuidados especiales del legislador y del intérprete. No es de hoy que el derecho plantea la necesidad de que los más débiles reciban un tratamiento diferenciado en la ley, exactamente como forma para restablecer el equilibrio

con los más fuertes. Se trata pues, de un esfuerzo en el sentido de restablecer la igualdad entre los sujetos.¹⁵

Si el criterio subjetivo es el mejor para la elección terminológica de la nueva disciplina (derecho del consumidor), no lo es para definirla. Una definición únicamente teleológica - subjetiva, abstrayendo la noción relación jurídica de consumo, puede desvirtuar el alcance del derecho del consumidor, llevando a creer que el consumidor está protegido en todas sus relaciones. En cambio, la tutela especial sólo le es facilitada en razón de y en la relación jurídica de consumo (presumida o real). De faltar ésta, el derecho del consumidor no actúa.

“Gabriel Stiglitz señala que una definición mixta es la mejor solución:

“El derecho del consumidor es un conjunto de principios y normas jurídicas que protegen al consumidor en la relación jurídica de consumo”.

Encontramos en tal definición un **elemento objetivo** (*relación jurídica de consumo*) y un **elemento subjetivo - teleológico** (*que protege al consumidor*). De ahí que todo aquello que actúe sobre otro tipo de relación que no sea la de consumo (la relación comercial, de trabajo o de competencia), aunque proteja al consumidor de manera refleja, no forma parte del derecho del consumidor. Igualmente, queda fuera de su campo todo aquello que, inclusive aplicándose o reflejando la relación de consumo, no trate de proteger al consumidor, directa o indirectamente (por ejemplo, una

¹⁵ RIPERT, Georges, Op.cit. p. 13.

regulación estatal que trate de reducir el consumo de un determinado combustible por razones de política de importación)"¹⁶

Si bien es cierto, que hemos dado la definición del derecho del consumidor, sin embargo, es importante conocer qué se entiende por consumidor.

Cuando abordamos el ítem 1.1. Antecedentes (Cap.I, Marco Teórico del Consumidor), citamos el concepto de consumidor expresado en el Mini Diccionario del Consumidor, editado en Madrid (1980) por el Instituto Nacional del Consumo que prescribe: "**recibe el nombre de consumidor la persona individual o colectiva que lleva a cabo el acto de consumir los bienes económicos que el proceso productivo pone a su disposición**".¹⁷

Nuestra Ley de Protección al Consumidor, contenido en el Texto Único Ordenado, aprobado por el Decreto Supremo N° 039 -2000-ITINCI de 11 de diciembre del 2000, en el inciso a) del artículo 3° de la acotada norma, define "**a los consumidores o usuarios, como las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios**".¹⁸

A decir de Yuri Vega Mere, "la definición es rica pero problemática, sobre todo cuando ella alude a las personas jurídicas, respecto de las cuales algunas legislaciones las excluyen. En su contenido, la norma comprende a quien adquiere, así como a aquél que usa o disfruta el bien o servicio. Ello

¹⁶ Stiglitz, Gabriel, op. cit., p.97.

¹⁷ DE LEON PONCE, Alicia. Op. cit. p. 34.

¹⁸ Decreto Supremo N° 039 -2000-ITINCI, del 11-12-2000, que aprueba el TUO del Decreto Legislativo N° 716, Ley de Protección al Consumidor. Normas Legales, Revista de Legislación y Jurisprudencia. Trujillo, Perú, Editorial Normas Legales SAC., Tomo N° 295. Diciembre -2000, p. 235.

significa que involucra al consumidor en términos jurídicos como al consumidor material, independientemente de que este último hubiere sido o no el adquirente. Y es que, como bien lo ha dicho el Indecopi en diversos pronunciamientos, la tutela también se dispensa al entorno familiar y social del adquirente, entorno que (aun en caso de haberse obsequiado el producto) involucra no sólo al que compra sino al que usa el bien o disfruta del servicio contratado. Lo que se protege es tanto la adquisición como el caso de uso: el acto de consumo comprende a ambos y es este acto el que caracteriza al consumidor.

Además, es necesario que ese acto de consumo implique que el adquirente o usuario actúe como destinatario final de los productos que, en términos económicos, equivale a no introducir en el circuito de intercambio dichos bienes: al contrario, "como destinatario final los adquiere para sí, permanecen en su ámbito personal, familiar o doméstico, sin que regresen al mercado."¹⁹

Por lo tanto, no son consumidores aquellos que adquieren bienes o servicios con el propósito de integrarlos en otros procesos de producción o prestación de servicios.

Otro problema que se deriva de la noción y de la nota de "destinatario final", tiene que ver con lo que " **TULLIO** denomina uso "promiscuo", es decir, cuando se adquiere un bien para satisfacer usos personales y comerciales de modo simultáneo (dicho autor, condicionado por la legislación comunitaria europea o italiana califica de "profesionales"). Tal como señala Tullio, hay

¹⁹ FARINA, Juan M. Defensa del Consumidor y Usuario. Bs. Aires, Argentina, Editorial Astrea, 1995, p.41, citado por VEGA MERE, Yuri, Contratos de Consumo, Lima, Perú, Editora Jurídica Grijley, 2001, p.87.

que pensar en una computadora, en un vehículo, en una enciclopedia, etc. Para este autor italiano hay tres posibles soluciones: a) no aplicar la legislación de tutela, debido a que el acto de consumo es merecedor de protección sólo si no se usa para fines comerciales; b) aplicar tal normativa aun cuando el bien reciba los dos usos; c) aplicarla según la prevalencia del uso del bien al cual sea destinado.

Entonces, para Tullio, es preferible la solución del punto b) (aplicar la normativa aún cuando el bien reciba los dos usos); es especial porque el derecho común prescinde de la condición subjetiva del adquirente, razón por la que, en caso de zonas grises, debe retenerse válida la aplicación de la ley de protección, así como por el hecho de que lo contrario no se adecuaría a la *ratio* de tal legislación." ²⁰

En el año 1996, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI, en el expediente N° 102-95-CPC, mediante Resolución N° 101-96-TDC, había reconocido en el acápite III (Ámbito de tutela subjetiva de la Ley de Protección al Consumidor) del apartado III (Análisis de la cuestión en discusión) de dicha Resolución, la existencia de zonas grises, enunciando que además de la prudencia con la que se debe actuar en estos casos, en caso de duda debe presumirse que el bien es destinado al uso personal, familiar o del entorno social inmediato del consumidor".²¹

En consecuencia, y en tanto el proveedor no pruebe en contrario, se favorecerá con tal presunción jurisprudencial al consumidor. Si el proveedor

²⁰ TULLIO, Il Contrato por adesione. Tra il diritto comune dei contratti e la novella sui contratti del consumatori, Milano, Italia, Giuffrè, 1997.pp. 26 y 27.

²¹ Resolución contenida en el CD-ROM Diálogo con la jurisprudencia. Compendio electrónico de jurisprudencia. Gaceta Jurídica, Lima, Perú, 1999.

prueba que el bien se usa para fines comerciales, la otra parte sólo podrá valerse de la protección del Código Civil. Es decir, que en caso de duda, debe favorecerse la aplicación de la *Ley de Protección al Consumidor*, por ser éste la parte más débil, frente al proveedor.

Por lo tanto, "**consumidor** es quien consume como destinatario final, para sí, para su círculo doméstico o social; **el acto de consumo**, es ese, precisamente, el que realiza el consumidor, arrebatando a los bienes un posible nuevo ingreso al mercado. Las normas de la materia se refieren, hasta donde siempre se han podido comprobar, al consumidor como autor del acto de consumo." ²²

En cuanto a la persona jurídica como consumidor, se le debe exigir los mismos requisitos, es decir, que el consumo de los bienes que adquiriera se produzca al margen de la reintroducción de los bienes al mercado y de su uso al margen de su actividad habitual.

Finalmente, debemos precisar que el concepto de consumidor no debe ser siempre aprehendido en su precisa actuación en el mercado, es decir, las normas de protección no obran solo a partir del acto de consumo. Al contrario, los derechos que se tutelan y los deberes que se exigen a los proveedores en el mercado capturan al consumidor y a sus expectativas desde un momento previo a la adquisición; de allí que se exija con porfía el deber de información como algo que favorece un consumo racional e informado. A ello contribuye, inclusive, el régimen relativo a la publicidad sobre productos. Por consiguiente, la *Ley de Protección al Consumidor*, protege también, y en primer línea, al consumidor potencial y no sólo al

²² VEGA MERE, Yuri. Op. cit., p.90.

actual. Por ello, **Luis Diez Picazo** considera que los **"estatutos de consumidores"** son considerados como conjuntos normativos destinados a la protección de los ciudadanos en cuanto adquirentes o aspirantes a la adquisición y al disfrute de los bienes y de los servicios".²³

Otro sector de la doctrina, define al consumidor, como "individuos o grupos de individuos que consumen o utilizan bienes económicos, aprovechando así la utilidad de éstos".²⁴

"En la ley argentina de Defensa del Consumidor y del usuario, N° 24.240 y del decreto reglamentario 1798/94, **en su artículo 1° (objeto), define lo que se considera como consumidores o usuarios.** "Se consideran consumidores o usuarios, las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social:

a) La adquisición o locación de cosas muebles.

b) La prestación de servicios.

c) La adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda, incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a personas indeterminadas." ²⁵

Por su parte, la "Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios española, en su artículo 1°, apartados 2 y 3, defines a quienes se

²³ DIEZ-PICAZO, Luis. Masificación y contrato. En Derecho de daños, Homenaje a Jorge Mosset Iturraspe, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1991. P.14.

²⁴ RIVAS BELILOTI, citado por DURAND CARRIÓN, Julio. Tutela Jurídica del Consumidor y de la Competencia. Lima, Perú, Edit. San Marcos, 1995, p.36.

²⁵ FARINA, Juan M. Op. cit. p.35.

considera consumidores o usuarios. El texto de ambos apartados es el siguiente:

Apartado 2. A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan, como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, suministran o expiden.

Apartado 3. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes, sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros."²⁶

Como podemos comprobar, de las definiciones que dan las leyes peruana, argentina, española, utilizan los mismos términos, pues consideran como consumidores o usuarios, tanto a las personas naturales y jurídicas, que adquieran, utilicen, disfruten bienes muebles, inmuebles, productos o servicios, como destinatarios finales. Mas adelante, en el capítulo sobre la doctrina y legislación comparada, analizaremos en profundidad estas normas.

2.8. Definición de Usuario

Cuando la ley peruana, así como otras legislaciones emplean esta expresión, se refiere no a quien compra algo para su uso, pues entendemos

²⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo y SALAS HERNÁNDEZ, Javier. Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Madrid, España, Editorial Civitas, S.A., 1992, p. 26.

que para ley éste es consumidor, sino a la persona que utiliza el servicio que la otra parte brinda. De modo que bien podemos decir que en esta ley la palabra "consumidor" se refiere en forma muy amplia a todo aquel que adquiere un bien o un derecho en general para su consumo o uso; en tanto que **"usuario es quien utiliza servicios sin ser comprador de bienes. Puede ser, que el servicio implique además la venta de alguna cosa necesaria para ello, y a la inversa"**.

La moderna tendencia legislativa y doctrinal en gran parte del mundo, se refiere a los consumidores como a los usuarios, aunque por comodidad y para abreviar, a veces sólo se emplea la expresión "consumidor".

“En un principio la necesidad fue proteger a los consumidores de productos alimentarios, aunque casi inmediatamente ese amparo se extendió a la salud y la educación. También en un comienzo se consideró consumidor a la persona individual que adquiera dichos bienes de las grandes empresas; pero esta concepción fue experimentando sucesivas ampliaciones en cuanto a la calidad de los sujetos necesitados de tutela. De este modo se llega a reconocer que precisan defensa todos los sujetos que para satisfacer necesidades o deseos personales y de la familia requieren servicios de quienes los ofrecen en el mercado, por lo cual se agrupó a los usuarios junto a los consumidores. Se fue advirtiendo, además, que esa necesidad de tutela se impone no sólo frente a las empresas, sino también frente al comerciante minorista y también frente a la Administración pública cuando

actúa en calidad de prestadora de servicios, en forma directa o a través de concesionarios.²⁷

2.9. La autonomía del Derecho del Consumidor

¿Es autónomo el derecho del consumidor o se puede hablar ya claramente de una nueva disciplina?

En la doctrina se ha discutido mucho sobre la autonomía del derecho del consumidor.

“Stiglitz, sostiene: En términos ideales, no hay que dudar de la necesidad de que el derecho del consumidor gane autonomía, aunque no se cuestionen sus conexiones con otros campos del derecho. Negamos eso sí, que el derecho del consumidor sea un simple *reestudio o relectura* de normas pertenecientes a otras ramas del derecho y de sus respectivos instrumentos. Hay efectivamente una relectura de los problemas que, por su carácter ahora masificado, exigen soluciones muchas veces totalmente incompatibles con el derecho tradicional.

Al defenderse la autonomía del derecho del consumidor no se pretende aislarlo de las otras ramas jurídicas; antes al contrario, simplemente resaltar que su estructura gira en torno a un núcleo particular - uniforme y coherente - que le da un *régimen especial*, con principios, institutos, conceptos, instrumentos y métodos de interpretación propios. La **autonomía** no es un concepto hostil, envidioso y exclusivista. De la propia unidad fundamental de derecho resultan vínculos entre sus campos más

²⁷ FARINA, Juan M. Idem, p. 37.

distanciados. Con mayor razón, existe una interdependencia sensible en aquellas ramas más convecinas.

La autonomía del derecho del consumidor, no es, por tanto, absoluta, y está enmarcada por la multidisciplinaridad que informa todo el nuevo sistema. Importa destacar una vez más que "el concepto de autonomía de una rama jurídica es siempre relativo, no pudiéndose admitir una separación absoluta y estanca. Se quiere significar solamente la presencia de un derecho especial, que regula relaciones concretas también especiales, que mantienen entre sí una particular homogeneidad sustancial y que por eso mismo también merecen un tratamiento unitario especial.

La autonomía de las diversas ramas jurídicas se desarrolla en consonancia con el principio de la especialización que rige toda la actividad humana. Produce, como resultado principal, eficiencia y seguridad jurídicas. Separar el derecho en ramos no significa fragmentarlo en diferentes ciencias, sino tan sólo dividirlo en partes de una misma ciencia. Las ramas del derecho, por tanto, corresponderían "a una especificación o subdivisión dentro de la propia ciencia del derecho, para una mejor elaboración y comprensión de las normas que deben regular relaciones fácticas especiales, por formas jurídicas también especiales".²⁸

No se diga que tema es bizantino, puesto que, una vez reconocida la autonomía de una determinada disciplina jurídica, se afirma su carácter especial y sólo a ella "pueden ser aplicados, por simple raciocinio analógico,

²⁸ BARBOSA NOGUEIRA, Ruy. Curso de Direito Tributário. Sao Paulo, Brasil, Edit. Saraiva, 1980, p.32

los principios generales de otra rama e incluso del derecho común, ya que se rigen por principios propios e inconfundibles.”²⁹

“Ningún país del mundo, con excepción del Brasil, ha conseguido hasta hoy estructurar un cuerpo realmente homogéneo y cristalino de reglas, suficientemente amplio y coherente, al que se pueda denominar - con precisión absoluta- derecho del consumidor. Esto tal vez como consecuencia del carácter embrionario de la materia.”³⁰ Es bueno señalar que, en Europa, países de la categoría de Alemania, Inglaterra, Francia e Italia todavía no cuentan con una legislación general de protección al consumidor. Por eso, se puede decir que en los países europeos sobra doctrina y falta legislación, mientras que en Brasil, por el contrario, existe la ley pero todavía falta doctrina.

De todas maneras, en el caso brasileño, el derecho del consumidor presenta todos los presupuestos de autonomía: la amplitud de la materia, a punto de merecer un estudio particularizado; la especialidad de principios, conceptos, teorías e instrumentos (el concepto de consumidor y proveedor, la convención colectiva de consumo, la contrapropaganda, los crímenes de consumo, la irrenunciabilidad de muchos de los beneficios, la interpretación **in dubio pro consumidor**, la creación de juzgados, tribunales de justicia y delegaciones especializadas), **un método propio**, esto es, el empleo de procesos especiales de interpretación de su formulación y problemática.

En Brasil, la codificación ha dado un contorno más nítido al derecho del consumidor, fortaleciendo su autonomía. Si en otros países el derecho

²⁹ DE MORAES FILHO, Evaristo. Introdução ao Direito de Trabalho. Rio de Janeiro, Brasil. Forense, 1956, vol. L, p. 397.

³⁰ BOURGOIGNIE, Thierry. Op.cit. p. 131.

del consumidor es considerado un espíritu a la búsqueda de una casa, en el caso brasileño éste tiene morada principal establecida: **el Código de Defensa del Consumidor.**

Sin embargo, la autonomía del derecho del consumidor deriva mucho más de su contenido que de su propia forma de manifestación. La naturaleza específica de la relación jurídica de consumo, la peculiaridad de sus sujetos y la originalidad de sus instrumentos definen claramente esa autonomía.

3.- TEORÍA DE LOS INTERESES DIFUSOS

3.1. Introducción

Los sistemas jurídicos del área occidental han sido modificados en los últimos tiempos adquiriendo una importancia extraordinaria, la protección de los llamados **intereses difusos**. Entre estos intereses sobresale por su propia esencia el **interés de los consumidores** en tanto que interés difuso digno de protección.

En la década de los noventa del siglo XX, con la creación del INDECOPI, la promulgación de la Ley de Protección al Consumidor y posteriormente, con la promulgación del nuevo Código Procesal Civil, donde se introduce un artículo sobre el patrocinio de los intereses difusos, aparte de la doctrina nacional y extranjera, el tema de los intereses difusos ha ido en aumento, teniendo en cuenta que hay necesidad de tomar en consideración los intereses de los consumidores, tanto en el momento de redactar nuevos textos normativos como a la hora de aplicar los ya existentes. La progresiva toma de conciencia de la necesidad de regular la materia relativa al consumo se manifiesta a través de la doctrina científica, jurisprudencia y legislación nacional y comparada.

Es por ello que se puede afirmar que actualmente la protección de los intereses del consumidor, sin ser del todo perfecta, aparece hoy en día contemplada en la Ley de Protección al Consumidor, Ley de Funciones del INDECOPI y en el Código Procesal Civil. Esto no puede sorprender a una sociedad en que existe una gran masa indeterminada de personas que al llevar a término las normales operaciones comerciales diarias, están indefensas ante los proveedores, sean personas naturales o jurídicas con las que contratan.

Actualmente se observa una tendencia a legislar a favor de los intereses del consumidor. Es una realidad que ha llegado un poco tarde, pero de todos modos supone la superación de una normativa de épocas pasadas que no contemplaba los derechos del consumidor. Por eso, podemos observar que en los últimos años se han producido muchas modificaciones a la legislación existente sobre la materia que suponen una manifestación del nuevo **statu quo** del ciudadano en tanto que consumidor.

Sin embargo, hasta la fecha no puede afirmarse que se hayan elaborado instrumentos jurídicos del todo válidos, para la tutela jurídico - procesal del consumidor. Ahora bien, sí puede hablarse de algunos instrumentos jurídicos, que han ido abriendo esta nueva especialidad del Derecho, como es el Derecho del Consumidor.

De otro lado, son muchos los problemas que presenta la tutela jurídica del consumidor y esto se debe mayormente al escaso conocimiento o voluntaria ignorancia por parte del legislador de la realidad social en que deben desenvolverse los citados instrumentos por él articulados.

Es importante resaltar que aún cuando este nuevo enfoque de la situación jurídica del consumidor implica un avance importante, tampoco nos sirve para afirmar la existencia de una plena tutela jurídico - procesal de los intereses y derechos del consumidor.

El primer paso para la "revelación" de los intereses difusos, se dio con el advenimiento de la Revolución Industrial y la consecuente constatación de que los valores tradicionales, individualistas del Siglo XIX, no sobrevivirían mucho tiempo, sofocados al peso de una sociedad de "**masa**".

En esa sociedad de "**masa**" no hay lugar para el hombre, en cuanto al individuo aislado, él es absorbido por la agitación de los grandes grupos en

que se descompone la sociedad, no hay más una preocupación con las situaciones jurídicas individuales, al respeto del individuo como tal, pero, al contrario, los individuos son agrupados en grandes clases o categorías, y, como tales, normativizados. Como explica claramente el francés E. Bertrand: "Siguiendo la clase en donde cada uno se encuentra incluido en virtud de una regla que lo domina, la protección que es consentida al derecho individual es ordenado de una manera diferente. El Derecho individual está subordinado a la de la categoría".³¹

Paralelamente a la Revolución Industrial y a la masificación de la sociedad, también el **sindicalismo** contribuyó para hacer aflorar ese "orden colectivo", los conflictos no se dan más entre empleado y patrón, sino colectivamente, esto es, integrantes de la fuerza - trabajo en la categoría "X", versus integrantes de la fuerza - capital en la categoría "patronal" correspondiente. Reflejo de esta situación, fueron las acciones colectivas en la justicia del trabajo, donde una pretensión resistida", es integrada por la reivindicación de una categoría y la contestación de otra.

"En virtud de esa radical transformación de la sociedad tradicional en una sociedad de masas, de tecnología creciente, los valores se alteran, intereses de otro orden afloran y pasarán a clamar por protección. Dentro de esos intereses "nuevos", los dichos "colectivos", recibirán protección y posibilidad de expansión en el seno de las Asociaciones, Sindicatos, así como fueron creados nuevos instrumentos jurídicos, como los contratos "de masa" y también una tutela jurisdiccional específica en el caso de conflictos

³¹ BERTRAND, Edmond. De l'ordre économique á l'ordre collectif.- Le droit privé francais an milieu du Xxé siècle. (Etudes Offertes a Georges Ripert). T.L. Pasría, France, Libr. Gen.Droit - Jurispr., 1950, p. 184.

de base laboral. Más, recientemente, se verificó que hay necesidad, también, de tutelar los otros intereses revelados por ese proceso social, los "**intereses difusos**", esto es, aquellos que rebasan la órbita de los grupos institucionalizados, por el hecho de que su **indeterminación** no permite su "captación" en términos de exclusividad. Además, son justamente esos intereses en busca del autor, los que más necesitan de tutela, porque son los más desprovistos de ella. Y eso se debe porque, si ellos se encuentran en estado "**fluido**" en el proceso social, si son, además "un personaje absolutamente misterioso", todas esas deben ser razones para un esfuerzo en el sentido de mejor identificación, a fin de atribuirles un espacio propio en el universo de los intereses tutelables".³²

3.2. Definiciones de Intereses difusos e intereses colectivos

El **interés difuso** se configura como la resultante de una fuerza real que surge del seno de la propia sociedad³³, es decir, cuando hablamos de **intereses difusos** nos estamos refiriendo a todas aquellas hipótesis fácticas de carácter socio - económico jurídicamente relevantes que integran o pueden integrar colectividades, categorías, grupos, clases, series o géneros de personas vinculadas por una común necesidad y cuya situación está deficientemente tutelada por el ordenamiento positivo.

¿Qué es un interés difuso? ¿Qué es un interés colectivo? ¿Es lo mismo el interés difuso que el interés colectivo? ¿Cabe la posibilidad de

³² DE CAMARGO MANCUSO, Rodolfo. Intereses Difusos. Sao Paulo, Brasil, Editora Revista Dos Tribunais, 1947, pp. 63-64

³³ SGUBBI, F L'INTERESSE DIFFUSO COME OGGETTO DELLA TUTELA PENALE. CONSIDERAZIONI SVOLTE CON PARTICOLARE RIGUARDO ALLA PROTEZIONE DEL CONSUMITORE, en " LA TUTELA"..., cit. p. 559

utilizar de forma indistinta las calificaciones de interés difuso e interés colectivo? La doctrina no es pacífica en el momento de responder las cuestiones planteadas, pues por regla general los términos **interés difuso** e **interés colectivo** son utilizados indistintamente, es decir, como sinónimos. Sin embargo, nótese que la expresión **interés colectivo** es altamente equívoca porque es susceptible de adoptar sentidos diferentes y absolutamente contradictorios, según sea pacífica en el momento de responder las cuestiones planteadas, pues por regla general los términos **interés difuso** e **interés colectivo** son utilizados indistintamente, es decir, como sinónimos.

Ocurre que lo colectivo está constituido por las uniformidades de pensamiento, de emoción y de conducta práctica, que se producen entre los hombres agrupados o reunidos formando un grupo o colectivo.

La doctrina italiana ha elaborado numerosas tesis en torno a la definición de interés difuso. A pesar de todas las definiciones existentes en la materia, habremos de ver solamente aquellas que nos permitan entender el contenido del referido interés en función de una elaboración propia. Así, **GIANNINI**,⁽³⁴⁾ califica los intereses difusos como anónimos y, posteriormente, afirma que se individualizan en atención a un criterio subjetivo: se califican como tales aquellos que tienen como portador un ente exponencial de un grupo no ocasional. Por tanto, para delimitar esta categoría de intereses deberemos estar a los sujetos.

³⁴ GIANNINI, M. LA TUTELA DEGLI INTERESSI COLLETTIVI NEI PROCEDIMENTI, EN "LE AZIONI" – Milano, Italia.. p. 373.

Por otro lado, **VIGORITI** afirma que los intereses colectivos significan un grado de organización, mientras que los intereses difusos – sustancialmente no diferentes de los colectivos – responden a una fase más fluida del proceso de agregación de los intereses individuales hasta conseguir la consistencia que origina la organización"⁽³⁵⁾

Resulta claro que el centro neurálgico de la definición de la expresión **interés difuso** radica en el término “**difuso**”, esto es, aquí lo que importa para el tema tratado, es el contenido del calificativo examinado. ¿Qué significado tiene el término “**difuso**”?

El Diccionario de la Lengua Española no aporta ninguna luz esclarecedora sobre la cuestión, ya que entiende en su segunda acepción que la citada voz significa “**ancho**”, “**dilatado**”. En esta circunstancia, se hace necesario acudir al **Diccionario de uso del español** y, en relación al término objeto de examen, podemos apreciar que aparece definido como aquello que hace referencia a algo que es extenso y poco preciso. Trataremos, pues, de inquirir el concepto de interés difuso a partir del conocimiento de que nos encontramos ante un fenómeno referido a algo que es extenso y poco preciso.

Para **Acosta Estévez, José**, “**interés difuso**” es el “**interés propio, jurídicamente reconocido, de un grupo social o colectividad indeterminada de sujetos desprovista de una organización que los tome para sí enteramente y tenga capacidad para su defensa, cuya tutela**

³⁵ VIGORITTI V. Interessi collettivi e processo. Milano, Italia, 1979 pp. 61 y ss.

jurisdiccional responde a eventuales iniciativas meramente individuales.”⁽³⁶⁾

El brasileño **Pericles Prade**, los intereses difusos **"son los titularizados por una cadena abstracta de personas, ligadas por vínculos fácticos, surgidos de alguna circunstancia identidad de situación, pasibles de lesiones, diseminados entre todos los titulares, de forma poco circunscrita y un cuadro de conflictuosidad"**.³⁷

Nuestro Código Procesal Civil, en su artículo 82° el mismo que ha sido modificado por Ley N° 27752 (08-06-2002), prescribe: *" Artículo 82°.- Patrocinio de Intereses Difusos : Interés difuso es aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, tales como el medio ambiente o el patrimonio cultural o histórico o del consumidor...."*

De otro lado, es conveniente dejar en claro, la diferenciación entre interés difuso e interés colectivo. Se dice que el "interés colectivo" venía referido a personas situadas en un mismo nivel en relación a un determinado bien o interés respecto del que tienen exigencias del mismo tipo.

La noción propuesta responde a una **concretización** posterior en el tiempo del interés difuso. Concretización que origina, la aparición en el contexto jurídico del interés colectivo. Podemos afirmar que no son sinónimos los términos "interés difuso" e "interés colectivo" y, en

³⁶ ACOSTA ESTÉVEZ, José B. Tutela Procesal de los Consumidores. Barcelona, España, José m. Bosch, editor S.A., 1995, p.45.

³⁷ PRADE, Pericles. Conceito de Interesses Difusos. Sao Paulo, Brasil, Ed.RT., 1987, citado por De Camargo Mancuso, Rodolfo, En: Intereses Difusos, Sao Paulo, Brasil, Editora Revista Dos Tribunais, 1947.o.105.

consecuencia, no es lo mismo hablar del primero que del segundo, pues estamos en presencia de dos calificaciones o fenómenos netamente diferenciados.

En este contexto, una vez establecida la noción conceptual de los referidos intereses, se impone determinar quiénes son los sujetos titulares de los mismos. Conviene, previamente, dejar sentado de antemano que el elemento subjetivo, como ya apuntamos anteriormente, es junto a la nota organizativa uno de los criterios diferenciadores de estos intereses. Así pues, cabe observar que los intereses colectivos son aquellos que tienen por titular un ente representativo de un grupo de carácter no ocasional y, en esta misma línea, “**COSTANTINO** mantiene que serán sujetos de dichos intereses el conjunto de personas igualmente interesadas en la consecución o logro de un mismo bien jurídico, siempre que no se trate de situaciones susceptibles de ser reconducidas al instituto jurídico del **litisconsorcio**.”⁽³⁸⁾

Es indistinto e irrelevante que los sujetos puedan ser identificados con exactitud o que, por el contrario, esta identificación no revista tal carácter por tratarse de una colectividad que se modifica y renueva con el transcurso del tiempo. Es opinión admitida prácticamente de forma pacífica que la base asociativa del conjunto de individuos, en tanto en cuanto sujeto del interés colectivo, debe revestir una consistencia no ocasional.

En atención al planteamiento afirmado en el párrafo anterior conviene poner de manifiesto que la orientación que debemos seguir para la determinación de los sujetos del interés difuso es clara: conjugar el criterio

³⁸ COSTANTINO G. Brevi nota sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi davanti al giudice civile. En: Le azioni a tutela di interessi collettivi. Padova, Italia, 1976, p. 65.

subjetivo con el criterio organizativo. Dicho de otro modo, partiendo de la titularidad del interés colectivo debemos llegar a la titularidad del interés difuso. Ambos intereses tienen por titular a un sujeto plural, pero mientras los primeros se corresponden con un sujeto concreto y determinado, los segundos por el contrario están referidos a un conjunto impreciso o indeterminado carente de una base organizativa. Por ello, corresponde al criterio organizativo un amplio margen de juego al determinar el titular del interés difuso; en otras palabras, son sujetos titulares de los intereses colectivos aquellos **conjuntos o grupos de individuos de carácter concreto y determinado** por contraposición son **sujetos titulares de intereses difusos aquellos grupos sociales o colectividades indeterminadas de sujetos desprovistas de organización**. Por tanto, los titulares de estos últimos intereses son susceptibles de ser calificados como **fungibles**, ya que son sustituibles unos por otros sin que se produzca alteración alguna en el ámbito social.

3.3. El interés y el derecho subjetivo

El Derecho natural "no es la obra del hombre o de la historia, sino que existe **ab aeterno** en el orden inmutable de las cosas, está grabado en el corazón del hombre, de manera que para conocerlo basta la sola razón", por el contrario, el Derecho positivo es "el desarrollo lógico del natural, la aplicación mediante la **ratio iuris** a los casos particulares. Consecuencia lógica de este planteamiento es el hecho de que los derechos naturales pertenecen al hombre por derecho de existencia mientras que los derechos subjetivos son los que le corresponden por la mera circunstancia de ser miembro integrante del fenómeno llamado Estado. En este contexto entiende

COING⁽³⁹⁾ que los derechos subjetivos de una personas constituyen la base de la libertad de esa persona en el ámbito estatal; es decir, a la persona se le reconoce y tutela un espacio de libre actuación frente a los restantes sujetos miembros de la sociedad.

El planteamiento enunciado permite afirmar que la concesión de derechos a los miembros de la sociedad, supone la existencia de una doble consecuencia, saber: en primer lugar, la persona recibe el libre goce de un determinado bien y, en segundo lugar, los restantes miembros no pueden poner trabas ni obstáculos al goce de dicho bien por la persona que lo reciba. Por ello, en palabras de **DIEZ PICAZO**,⁽⁴⁰⁾ "bajo este aspecto sociológico, la idea del derecho subjetivo pertenece al terreno de la autonomía privada". Señalar seguidamente que, desde el prisma contemplado, el derecho subjetivo es libertad. Libertad que, en tanto posibilidad lícita de actuación de una persona, permite entender tal derecho como una facultad o poder reconocido a los miembros de la comunidad social por el ordenamiento jurídico. Dicho de otra manera, la noción de derecho subjetivo se configura como fundamental en el seno de todo ordenamiento positivo.

En mérito a lo expuesto, podemos definir el derecho subjetivo como "un poder respecto a determinado bien (en sentido amplio, por tanto, bien moral o material, cosa, utilidad, comportamiento, etc.), concedido

³⁹ COING H. Signification de la notion de droit subjetif. En: Archives de Philosophie du Droit, París, France, 19634, pp. 15 y ss.

⁴⁰ DIEZ PICAZO, L. Sistema de Derecho Civil. Madrid, España- Edit. Bosh, 1981, p. 446.

inicialmente por el ordenamiento jurídico a la persona para la satisfacción de intereses dignos de protección".⁽⁴¹⁾

Estamos, pues, en presencia de un poder o **facultas agendi** que la norma positiva concede a la persona.

En la actualidad, aún cuando gran parte de la doctrina, "se encuentra aferrada a la teoría tradicional del derecho subjetivo, es imposible negar que la noción conceptual del mismo se encuentra en profunda crisis. Conviene señalar con VATTIER," que el estado actual de la cuestión ha desdibujado en parte los rasgos esenciales de la concepción tradicional, pues la figura ha pasado de gravitar sobre la voluntad, el interés o poder del individuo sobre las condiciones precisas para que el derecho objetivo le proteja, esto es, de una orientación individualista se ha pasado a una orientación que podemos calificar, cuando menos, de comunitaria.

3.4. Clasificación de los intereses jurídicos: Intereses Tutelares

Todas las personas disfrutan de una esfera de actuación lícita que debe ser respetada; es decir, estamos en presencia de una esfera **posesoria** que no debe ser inquietada o perturbada mediante agresiones de carácter antijurídico. Esto ha llevado a que el ordenamiento positivo dispense una tutela sobre estos intereses concediéndoles una tutela procesal encaminada a impedir la realización de actuaciones ilegítimas.

¿De qué modo opera el Derecho positivo en el momento de establecer la protección sobre los llamados intereses tutelares?

⁴¹ ALBALADEJO, M. Derecho Civil. Barcelona, España. Tomo I, vol. I, 1978, p. 10.

RECASENS SICHES⁽⁴²⁾ realiza la siguiente exposición al responder la cuestión planteada: a) El Derecho positivo realiza una clasificación de los intereses opuestos en dos categorías: intereses que merecen protección e intereses que no merecen la misma. B) El Derecho positivo establece en relación a los intereses merecedores de protección una tabla jerárquica en la que determina cuáles deben tener preferencia o prioridad y un esquema de armonización entre los posibles intereses contrapuestos. C) El Derecho positivo define, mediante preceptos jurídicos, los límites dentro de los cuales los intereses merecedores de protección deben ser reconocidos y tutelados. D) El Derecho positivo establece y estructura una serie de órganos y funcionarios encargados de realizar las siguientes funciones: a) declarar las normas que sirvan como criterio para resolver todos los posibles conflictos de intereses; b) desarrollar y ejecutar las normas y c) dictar normas individualizadas en las que se apliquen las reglas generales.

Atendiendo a la clasificación propuesta por POUND⁽⁴³⁾, los intereses susceptibles de protección jurídica pueden agruparse en intereses susceptibles de protección jurídica pueden agruparse en **intereses individuales, públicos y sociales**.

Los intereses individuales son aquellos que comprenden todo lo relativo a la personalidad civil (por ejemplo, la vida, integridad física, salud, etc.); **los intereses públicos** son los intereses que corresponden al Estado en tanto que organización pública con distintas y determinadas necesidades;

⁴² RECASENS SICHES, L. Tratado general de filosofía del derecho. México D.F., 1970, p.227.

⁴³ POUND, R. Social Control through law. Yale, USA. Mc Graw Hill, 1942. p. 43

finalmente, los intereses sociales se configuran como los relativos a la paz y el orden, la seguridad general, el bien común, progreso y difusión cultural, conservación de los recursos naturales, etc.

Desde la perspectiva subjetiva, **COUTURE**, entiende que los intereses vendrán clasificados en función de los intereses en conflicto que el proceso trate de dirimir, ya que este instituto jurídico satisface a la vez el interés individual, comprometido en la controversia y el interés social de asegurar la efectividad del Derecho.

Por último, centraremos la atención en la labor clasificatoria realizada por ALMAGRO NOSETE, primer jurista que se ocupó de esta materia. En primer lugar, cabe observar que los intereses son múltiples y de naturaleza varia. Es muy difícil por no decir imposible, reconducir la rica gama de éstos a clasificaciones cerradas. Hecha esta advertencia preliminar, las clasificaciones de los intereses tutelares vendrán dadas en atención a determinadas contraposiciones y matizaciones significativas para el derecho y, de esta forma, podemos apreciar la existencia de intereses individuales e intereses generales, intereses privados e intereses públicos y, finalmente, intereses personales e intereses sociales (los denominados colectivos y difusos).

Los intereses individuales son aquellos que determinan la satisfacción de necesidades o conveniencias de cada persona que redundan en su beneficio de forma exclusiva mientras que, por el contrario, los intereses generales serán los que conciernen a una colectividad de manera que, aunque la satisfacción de las necesidades que los explican repercuten en la alícuota correspondiente en beneficio de las personas que integran la colectividad, suponen limitaciones impuestas a intereses individuales. Por

otra parte, los intereses personales son aquellos privativos de la persona y los intereses sociales, en tanto que implican la introducción de una calificación de carácter específico a los intereses personales, podemos entenderlos como los comunes a un grupo o categoría de personas.

3.5. Los intereses legítimos

La problemática sobre el denominado **interés legítimo** ha llevado a la doctrina a elaborar un ingente número de teorías explicativas de la noción conceptual del mismo.

Debemos aclarar, que no todo interés viene garantizado por el ordenamiento positivo en forma de derecho subjetivo sino que, como hemos podido observar, bajo determinadas circunstancias pueden garantizarse intereses individuales o colectivos en forma objetiva; esto es, sin reconocer a los sujetos un poder de querer con respecto a otras personas para satisfacción de los mismos. En el caso descrito el interés deviene en interés jurídico porque se encuentra protegido y garantizado por el Derecho objetivo.

Los intereses que anteriormente hemos contemplado y calificado como tutelares, en tanto que jurídicos, son también intereses legítimos y, por tanto, susceptibles de tutela jurídica. En este contexto, sin perjuicio de incidir posteriormente sobre el tema, podemos definir, en principio, el referido interés como aquél interés individual directamente vinculado al interés público y protegido por el ordenamiento jurídico solamente a través de este último.

El interés legítimo, es un interés individual estrictamente vinculado a un interés público y protegido por el ordenamiento positivo

sólo mediante la tutela jurídica de este último interés; pues bien, entendemos que los llamados intereses simples no son distintos de los intereses legítimos, sino que son estos mismos intereses en cuanto encuentran protección más allá de las normas jurídicas de las que deriva su denominación.

Entiende la doctrina que los intereses legítimos son susceptibles de una ulterior clasificación comprensiva de los llamados intereses condicionalmente protegidos o derechos debilitados e intereses ocasionalmente protegidos o derechos reflejos.

3.6. Naturaleza jurídica de los intereses difusos y clasificación

En múltiples ocasiones la doctrina se ha ocupado del tema relativo a la naturaleza jurídica de los intereses difusos.

El examen de la naturaleza jurídica de los intereses contemplados requiere la constatación de unas circunstancias previas que inciden de manera directa sobre la temática aquí tratada. La primera circunstancia a tener en cuenta es la aparición de estos intereses en el seno de las denominadas sociedades industriales; es decir, la cuestión a plantear seguidamente es la relativa a dónde nacen y porque se desarrollan estos intereses.

Las sociedades tienen su propia vida. Vida que, por otra parte, se encuentra fundamentada en la existencia de determinadas fuerzas productivas, condiciones geográficas, técnicas de producción, etc. Las sociedades no son inmutables sino que cambian - sufren modificaciones como consecuencia de su propia dinámica.

Innumerables factores actúan a favor del cambio operado en las mismas, siendo esencial entre ellos el relativo a la mejora de la calidad de vida. La conjunción de estos factores tiene como resultado la denominada **sociedad industrial** y, en el seno de la misma, nacen y se desarrollan unos **intereses emergentes** de naturaleza colectiva que pertenecen a todos y cada uno de las personas integrantes de la sociedad. Por tanto, estamos en presencia de unos intereses que se configuran como la resultante de una fuerza real que surge en el ámbito de la propia sociedad.

Es muy importante, **en segundo lugar**, destacar como característica de estos intereses su nota de **conflictividad**. Como hemos dicho, **el interés difuso**, es el interés propio, jurídicamente reconocido, de un grupo social o colectividad indeterminada de sujetos y, en consecuencia, pueden surgir, en atención a la nota de conflictualidad, conflictos en relación a la posible satisfacción de los intereses de un grupo social respecto de los otros.

Por último, debemos considerar el interés difuso como resultado de una síntesis traslaticia; esto es, el citado interés no resulta de la suma de los intereses individuales pertenecientes a los miembros integrantes del colectivo. Doctrinalmente, **VIGORITTI** "descarta la tesis que entiende la formación de este interés por agregación o suma de intereses individuales y afirma la existencia de una síntesis".⁽⁴⁴⁾ Por consiguiente, entendemos que la naturaleza de los intereses difusos es **conflictual**.

GIANNINI, "entiende que caben ser citados ocho (8) supuestos diferenciados de intereses difusos, a saber: concesiones mineras, explotaciones hoteleras, bienes culturales ambientales, temas paisajísticos,

⁴⁴ VIGORITTI, V. op. cit. pp. 44-58

temas urbanísticos, temas sobre valoraciones agrarias, reforma de los entes locales de asistencia y, por último, asuntos relativos al adilicio económico y popular."⁽⁴⁵⁾

Las notas características concurrentes en los intereses difusos, son las siguientes: a) son unos intereses referidos a colectivos indeterminados integrados por sujetos **fungibles**, b) son unos intereses referidos a un **bien colectivo** y a una **necesidad individual** pero potencialmente colectiva; c) son unos intereses susceptibles de reiteración o perdurabilidad en el uso, disfrute y ejercicio; d) son unos intereses deficientemente tutelados por el ordenamiento normativo y con peculiaridades procesales en el momento de instar su defensa en juicio; y e) son unos intereses desprovistos de una organización que los tome para sí enteramente y tenga capacidad para su defensa. En definitiva, y a tenor de las características señaladas, podemos contemplar la concurrencia de las mismas en los siguientes tipos de intereses: relativos al medio ambiente, urbanismo, comunicación de masas y, por último, consumo.

3.7. El interés de los consumidores como interés difuso

Los sistemas jurídicos del área occidental han sido modificados en los últimos tiempos adquiriendo una importancia extraordinaria, la protección de los llamados "**intereses difusos**". Entre estos intereses sobresale por su propia esencia el **interés de los consumidores**, en tanto que interés difuso digno de protección.

⁴⁵ GIANNINI, M. Op. cit. p. 38.

El término “**interés**”, es fundamental desde la óptica de la Filosofía, Psicología y Sociología; ahora bien, cuando se pregunta si este término o categoría es importante en el ámbito del Derecho, y por qué, debemos responder sin la menor duda afirmativamente. Vemos, pues que dicho término importa a las distintas ramas de la Ciencia y, por ello, no es de extrañar que el estudio inicial del mismo deba realizarse fuera del área jurídica. Así, en numerosas ocasiones, la investigación de determinados institutos propios del Derecho parte del lenguaje cotidiano y habitual prescindiendo de tecnicismos estrictamente jurídicos, es decir, como afirma **CARNELUTTI**, en ocasiones al jurista no le basta asomarse a la ventana del edificio jurídico para examinarlo sino que debe salir al exterior y contemplarlo desde fuera. Pues bien, la idea de “interés” debemos buscarla fuera de la esfera jurídica para, posteriormente, trasladarla y apreciar la trascendencia que la misma reviste en el mundo del Derecho.

El Diccionario de la Lengua Española recoge varias acepciones sobre el término “**interés**”, así lo define: “inclinación más o menos vehemente del ánimo hacia un objeto, persona o narración que le atrae o conmueve” “y conveniencia o necesidad de carácter colectivo en el orden moral o material”. Resulta, pues, que la voz examinada, escapa a la esfera jurídica para adentrarse en el mundo de la **gnoseología**.

En el ámbito de la **gnoseología**, o doctrina del conocimiento, la noción de interés puede explicarse de la siguiente forma: cada sujeto tiene una multitud de deseos que anhela satisfacer y estos deseos son los intereses de cada cual frente a los demás. En este sentido, cabe entender por “**interés**” la demanda o deseo que los seres humanos tratan de satisfacer de manera individual o mediante asociaciones; esto es, “la

inclinación o dirección volitiva hacia un bien de la vida que se estima adecuado para la satisfacción de una necesidad.

La protección jurídica del interés vendrá determinada por la existencia de un interés jurídicamente relevante que será el que importará al mundo del Derecho en tanto interés susceptible de tutela jurídica. De esta suerte, entendemos que la concepción jurídica del interés se encuentra en conexión con la dimensión funcional intrínseca de todo Derecho consistente en la resolución de los conflictos por medio de disposiciones jurídicas.

3.8. Características de los intereses difusos

"Los intereses difusos presentan las siguientes notas o características básicas:

- La indeterminación de los sujetos.
- La indivisibilidad del objeto.
- La intensa litigiosidad interna.
- Transición o mutación en el tiempo o en el espacio.

a) La indeterminación de los sujetos

Como se sabe, los intereses jurídicamente protegidos, esto es, los derechos subjetivos, guardan una relación necesaria con la **titularidad**, esto es, solamente los intereses relevantes para un orden jurídico y referidos a un **titular**, son susceptibles de tutela estatal, sabiendo que solamente esos son **cualificados** para una sanción, para una hipótesis de no ser respetados, lo que aumenta el aspecto coercitivo a su exigibilidad. Los intereses difusos, se refieren a un conjunto indeterminado o difícilmente determinable de sujetos, se contraponen

fundamentalmente a ese esquema tradicional, teniendo en cuenta que la tutela no puede mas tener por base la **titularidad**, pero la relevancia en sí del interés, esto es, el hecho de su relevancia social. Se altera así, fundamentalmente el esquema tradicional: la relevancia jurídica del interés no adviene más de su afectación a un titular determinado, pero, al contrario, de hecho de que ese interés concierne a una **pluralidad** de sujetos.

Como bien señala **Rodolfo de Camargo Mancuso**: "Esa indeterminación de sujetos deriva, en buena parte del hecho de que no hay un vínculo jurídico, a agregar los sujetos afectados por esos intereses: ellos se agregan ocasionalmente, en virtud de ciertas contingencias, como el hecho de habitar cierta región, de consumir cierto producto, de vivir en cierta comunidad, por comulgar pretensiones semejantes, por ser afectados por el mismo evento originario de obra humana o de la naturaleza, etc." ⁴⁶

Quiere decir, si el interés es siempre una relación entre una persona y un bien (quod inter est), en el caso de los intereses difusos esa relación es super o metaindividual, esto es, se establece una cierta colectividad, como sujeto, y un determinado bien de vida "**difuso**" como objeto.

La característica primordial del interés difuso es su no coincidencia con el interés de una determinada persona. Ello determina, en verdad, toda una categoría de individuos unificados por poseer un cualquier denominador fáctico en común.

⁴⁶ DE CAMARGO MANCUSO, Rodolfo. Op. cit. p. 67

Esa característica de los intereses difusos, que venimos analizando, quedó bien evidenciada en cierta **class action**, cuyo objeto era la prohibición del uso del " **DDT**".

Sus autores declaraban que integraban la **class** en cuestión, "all the people of United States, not only of this generation, but of those generations yet born" (Toda la gente de los Estados Unidos, no solamente de esta generación, pero de aquellas generaciones que aún no han nacido).

Esa determinación de sujetos, se revela también, en cuanto a la naturaleza de la lección referida que afronta a los intereses difusos: esa lección es diseminada por un número indefinido de personas, pudiendo ser una comunidad.

Los intereses difusos se sitúan así, en el extremo opuesto de los derechos subjetivos teniendo en cuenta que estos presentan como nota básica el **poder de exigir**, ejercitable por su titular, contra o en fase de otro, teniendo por objeto cierto bien de vida, ahora es justamente esa relación entre titularidad del interés y una persona determinada en los intereses difusos, siendo no susceptibles de apropiación a título exclusivo, los intereses difusos se caracterizan justamente, con referirse a una serie indeterminada de sujetos.

b) La indivisibilidad del objeto

Bajo la óptica objetiva, se verifica que los intereses difusos son indivisibles, en el sentido de ser no susceptibles de partición en **cuotas**, atribuibles a personas o grupos preestablecidos. Se trata de una especie de comunión, tipificada por el hecho de que la satisfacción de uno solo

implica, por fuerza, la satisfacción de todos, así como la lección de uno solo constituye, **ipso facto**, lección para toda la colectividad. Como por ejemplo, en el caso de un aeropuerto supersónico, en vías de instalarse en un local inadecuado, se verifica que el interés difuso a su instalación, podrá ser ejercido vía acción popular, a través de uno de los habitantes locales o por la comunidad toda, representada en asociación; de cualquier modo, el éxito de la acción compensará a todos los involucrados, y no solamente aquel que se haya investido en paladín de la comunidad del mismo modo que el fracaso frustrará a los autores de la acción y los ciudadanos que buscaban el mismo entendimiento. De ahí, la característica de **indivisibilidad**.

Esa característica viene del hecho de que los intereses difusos presentan una estructura peculiarísima, toda vez que ellos no tienen sus contornos definidos en ninguna norma (como los derechos subjetivos), ni están aglutinados en grupos bien definidos (como los intereses colectivos), resulta que su existencia no es afectada, ni alterada, por el hecho de ser ejercitados o no. Por ejemplo, los debates y controversias en torno de los intereses concernientes a la **calidad de vida**, siempre continuarán existiendo, independientemente del éxito, fracaso o del número de acciones judiciales propuestos a ese respecto, eso es debido al hecho de que el objeto mismo es fluido, esparcido por un número indeterminado de sujetos, y por eso no se agota ni se extingue por el hecho de ser ejercido por algunos de esos sujetos. Porque son **difusos**, estos intereses tienden a repetirse, pudiendo venir a presentarse, en secuencia, a otros grupos sociales o hasta los mismos que ejercitan su protección y eso, hasta que un día vengan a ganar concreción conceptual

y axiológica, cuando podrán convertirse, conforme el caso, derechos subjetivos públicos o convertirse en intereses colectivos, aglutinados junto a un grupo social definido.

c) La intensa litigiosidad interna

"La mayoría doctrinaria, sobre todo en Italia, apunta a **conflittualità massima** como otra de las características de los intereses difusos.

Los intereses difusos están sueltos, fluidos, desagregados, diseminados entre segmentos sociales más o menos extensos, no tienen un vínculo jurídico básico, pero surgen de aglutinaciones contingenciales, normalmente contrapuestas entre sí.

Como dice **Ada Pellegrini Grinover**, citada por Rodolfo de Camargo Mancuso, "se trata de intereses esparcidos e informales a la tutela de necesidades, también colectivas, sintéticamente referidas a la calidad de vida. Y esas necesidades y esos intereses, de masa, se contraponen grupo versus grupo, en conflictos que se colectivizan en ambos polos."⁴⁷

La intensa litigiosidad interna de los intereses difusos, da lugar a muchísimos ejemplos, así tenemos: la protección de los derechos de los consumidores muchas veces colisiona con los derechos de los proveedores. La institución de censura previa en las diversiones públicas, atenta a los sectores conservadores de la sociedad, pero se contrapone con los intereses de la clase artística en expresarse libremente.

⁴⁷ DE CAMARGO MANCUSO, Rodolfo, op. cit., p. 70.

En todos estos casos, la marcada conflictuosidad deriva básicamente de la circunstancia de que todas esas pretensiones metaindividuales no tienen por base un vínculo jurídico definido, pero derivan de situaciones de hecho, contingentes, a veces hasta ocasionales.

De otro lado, cabe precisar que los intereses colectivos también presentan cierta conflictuosidad, la cual es menos intensa o de otra naturaleza, porque a) los intereses colectivos son organizados y aglutinados junto a grupos sociales definidos; b) en los intereses colectivos, la representación es de tipo convencional o institucional, de tal modo que el área conflictiva se convierte pero solemne circunscrita a un grupo determinado (familia, sindicato, comuna), el portador legitimado de esos intereses. En tanto que, en los intereses difusos, la indeterminación de los sujetos y la movilidad y fluidez del objeto amplían al infinito el área en conflicto.

d) Transición o mutación en el tiempo y en el espacio

En cuanto a esta característica, debemos decir, "de hecho los intereses difusos, de ordinario, no se presentan unidos a un vínculo jurídico básico, pero la situación de hecho, contingencias, deriva la consecuencia de que ellos son mutables como esas mismas situaciones de hecho; asimismo, pueden fenecer o desaparecer, acompañando la declinación o extinción de esas situaciones: por la misma razón, **"reaparecerán"**, más adelante, cuando todavía una vez resurgieran las mismas causas fácticas anteriores.

Hay, además, una diferencia entre los intereses y los derechos, aquellos oriundos del plano fáctico (existencia - utilidad), tienden a repetirse y a transformarse indefinidamente; estos, presionados al plano ético - normativo, no tienen la misma plasticidad y agotan su función a partir del momento en que otorgan una prerrogativa a su titular, o innovan en el orden jurídico, creando, extinguiendo o modificando el statu quo" ⁴⁸

Su ubicación de este punto obedece a la naturaleza jurídica de los intereses difusos, de ser indeterminados.

3.9. Diferencias entre intereses difusos y colectivos

Conviene al respecto, diferenciar los intereses difusos de los colectivos.

Los Intereses Colectivos, son aquellos que no siendo estrictamente individuales, pertenecen a un grupo determinado de personas integrantes de una colectividad determinada organizada. Son aquellos que se encuentran en torno a los llamados derechos sociales. Por ejemplo, los intereses de un sindicato, de una agrupación empresarial, de los conformantes de una persona jurídica, integrados por grupos de personas. En estos casos parecería que se trata de la suma de intereses individuales, pero lo cierto es que son intereses colectivos que "tienen el respaldo de una organización formal". ⁴⁹

⁴⁸ DE CAMARGO MANCUSO, Rodolfo, op. cit. p. 74.

⁴⁹ TRAZEGNIES, Fernando de. La Responsabilidad Extracontractual. Biblioteca para Leer el Código Civil. Vol. IV- T. II, Lima, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú (PUC) - Fondo Editorial, 1990, p. 394.

Los intereses difusos, son aquellos que pertenecen idénticamente a una pluralidad de sujetos ligados en virtud de una similar protección de goce; es decir, los intereses difusos que también son colectivos, pero sin respaldo organizacional, algunos de ellos comprendidos dentro de los llamados por los administrativistas "**intereses legítimos**" y cuya característica es que pertenecen a un grupo de personas o clase de personas indeterminadas, no precisadas en número. La protección no está referida a un sujeto particular, sino a un interés general.

Es evidente que, en estos casos, el interés particular también está protegido indirectamente, a tal punto que individualmente puede defenderse el sujeto, pero dicho interés no es exclusivo de él y puede defenderlo en tanto que se considere involucrado dentro de un interés generalizado. Ejemplo de ello son los consumidores de cualquier producto, etc.

4.- EL CONSUMIDOR Y LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS Y PRIVADAS

4.1.- El Ministerio Público y los Consumidores

El Ministerio Fiscal tiene por misión la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales. Estamos, por tanto, en presencia de un órgano público instituido por el Estado pero independiente de los tribunales de justicia con quienes coopera; es decir, el Ministerio Fiscal básicamente es un órgano estatal especializado para el ejercicio obligado del derecho a la jurisdicción, en cuanto asume una función que prioritariamente corresponde a los ciudadanos que integran la sociedad cuyos intereses representa.

El Ministerio Fiscal es o, en su caso, puede ser un órgano básico tanto en la defensa de los intereses difusos como colectivos y concretamente, en materia de defensa de los derechos e intereses de los consumidores. Para este propósito, es necesario que dicho órgano lleve a cabo su actuación en conformidad a lo dispuesto en la Constitución Política, a la Ley Orgánica del Ministerio Público, Código Procesal Civil y demás normas.

4.2.- El Defensor del Pueblo y los Consumidores

La Defensoría del Pueblo, dentro del contexto de su Ley Orgánica, también está facultada a intervenir cuando se atropellan los derechos de los consumidores.

En este sentido, toda denuncia que reciba, debe ser inmediatamente procesada y tramitada, sobretodo cuando el peligro hacia los consumidores es eminente.

4.3.- Las Asociaciones de Defensa de los Consumidores

Las Asociaciones de Defensa de los Consumidores, son asociaciones civiles sin fines de lucro, constituidas bajo el amparo del Código Civil vigente y la Ley de Protección al Consumidor, Decreto Legislativo No. 716.

En nuestro país, existen muchas Asociaciones, sobre todo en Lima, las mismas que tienen una participación activa en defensa de sus asociados.

Muchos abusos de los proveedores en contra de los consumidores, se han resuelto eficazmente, gracias a la lucha tesonera de las Asociaciones de Defensa de los Consumidores.

4.4.- INDECOPI y los Consumidores

Desde su creación, INDECOPI, a través de su Comisión de Protección al Consumidor, ha venido haciendo esfuerzos para atender eficientemente los reclamos de los consumidores.

Para cumplir este propósito, ha descentralizado la oficina principal de Lima, creando las ODIS (Oficinas Departamentales de INDECOPI), en las provincias.

Así también, en Lima, ha creado el SAC (Servicio de Atención al Cliente), para atender las reclamaciones de los consumidores y usuarios.

4.5.- El Acceso de los Consumidores a la Justicia

El consumidor, en el ámbito del proceso civil, se enfrenta a una serie de obstáculos que en cierta medida impiden el desenvolvimiento normal del derecho a la tutela jurisdiccional. El primer obstáculo que encuentran los consumidores a la hora de acceder a los tribunales de justicia, reviste un carácter psicológico; la justicia es lenta, cara y excesivamente técnica para el sentir del consumidor medio. Además, por otra parte, un segundo

factor de carácter económico retrae el posible acceso del consumidor a los órganos jurisdiccionales: las pequeñas cuantías objeto del litigio.

“Algunos autores han señalado la existencia de obstáculos jurídicos y, de esta forma, se ha llegado a afirmar que, determinadas características de los procedimientos judiciales que constituyen una exigencia de estos (como el principio de igualdad de las partes) o que informan gran parte de los sistemas procesales (como el principio acusatorio o dispositivo), cuando se trata de aplicar a los litigios en que intervienen empresarios y consumidores se muestran absolutamente contrarios a los intereses de estos últimos.”⁽⁵⁰⁾

Nosotros consideramos que el principio de igualdad responde a la idea de que las partes de un proceso deben gozar de las mismas oportunidades a la hora de sostener sus planeamientos. En el seno del proceso civil concurren dos partes encontradas y ambas deben estar situadas en un plano de absoluta igualdad para poder defender sus intereses con las mismas oportunidades. El principio de igualdad no quiere decir que las partes de un proceso sean iguales. Es obvio que no lo son: existe una desigualdad intrínseca y funcional de las partes, de los sujetos de los procesos. Desigualdad que no sólo se da en los procesos en que intervienen consumidores y empresarios sino que, por el contrario, se trata de una desigualdad inherente a las propias personas.

Ahora bien, tal desigualdad no impide que las actuaciones realizadas en el seno del proceso revistan similitud y, de esta forma, las partes gocen de iguales oportunidades para defender sus argumentaciones.

⁵⁰ QUINTANA I. EL ACCESO DE LOS CONSUMIDORES A LA JUSTICIA EN ESPAÑA. EXPERIENCIA EUROPEA. Madrid, España, En: EC, 1988. p. 34

En palabras de **LA CRUZ BERDEJO**, “el consumidor suele ser una persona que carece de conocimientos jurídicos, pero además, en la mayor parte de los casos, estadísticamente, es una persona sin la formación que da una facultad universitaria y que quizás por ello tiene escasa confianza en la ley y en la justicia, conceptos a los que ve muy lejos, y con los cuales los contactos que eventualmente ha tenido acaso no hayan sido muy agradables”.⁽⁵¹⁾

De otro lado, el consumidor, como carece casi siempre de conocimientos jurídicos, tiene que contratar los servicios de un Abogado para que lo defienda, esto supone, un desembolso económico, porque tendrá que pagar sus honorarios, otro factor es el tiempo que va tomar un proceso, sumado a la lentitud y la onerosidad de la justicia peruana, nos demuestra la precaria situación en que se encuentra el consumidor a la hora de plantearse la posibilidad de litigar. Sin embargo, la problemática del acceso de los consumidores a los órganos jurisdiccionales no reside en los extremos descritos, ya que dicha problemática afecta a todo justiciable, sino en los puramente de carácter procesal; esto es, en la articulación de medios técnicos por parte del legislador que posibiliten una tutela jurisdiccional coherente y sistemática del consumidor.

⁵¹ LA CRUZ BERDEJO, J. EL ACCESO DE LOS CONSUMIDORES A LA JUSTICIA EN LA LEY GENERAL PARA SU DEFENSA. Madrid, España, En: Ec. 1987, p. 109.

5.- TEORÍA DEL DAÑO Y LOS CONSUMIDORES

5.1.- Introducción

La teoría del daño, es muy amplia, está relacionada con la teoría jurídica de la responsabilidad civil, derivada del daño patrimonial y personal, que ha alcanzado en los últimos años rasgos peculiares que rebasan las concepciones tradicionales, heredadas en su mayor parte del Derecho Clásico Romano; este hecho ha contribuido de una manera significativa en los países y en especial, Estados Unidos de América. Nuestros países también han recibido en cierto modo dicha experiencia jurídica.

Corresponde al sistema normativo establecer los mecanismos para tutelar efectivamente los derechos de las personas frente a la permanente amenaza de los proveedores contra los consumidores.

Respecto a la tutela jurisdiccional, el Código Procesal Civil Peruano, es muy categórico al señalar en su artículo I del T.P., "Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses con sujeción a un debido proceso". De igual modo, el citado Código, en su artículo 82, se refiere a la protección de los intereses difusos, "respecto a los bienes de inestimable valor patrimonial, tales como la defensa del medio ambiente, de bienes que son valores culturales o históricos o del consumidor".⁽⁵²⁾

De otro lado, es importante resaltar que "la Segunda Revolución Industrial como origen de una serie de factores científico - técnicos que han incrementado la potencialidad dañosa de los productos. El desarrollo industrial, la innovación tecnológica, el creciente maquinismo y consiguiente

⁵² CÓDIGO PROCESAL CIVIL. Lima, Perú .Edit. Inkari, 1995, pp. 10 y 80.

despersonalización del proceso productivo, la fabricación de productos en serie, la racionalización de la producción y la utilización de todo tipo de materias peligrosas y nuevas fuentes de energía, han supuesto sin duda un aumento del nivel de riesgo que el consumidor debe asumir en sus actos de consumo.

Esta mayor posibilidad de que los productos causen daños a los consumidores, actualizada en no pocas ocasiones en un resultado lesivo, ha hecho necesaria la proclamación y defensa de su derecho a la salud y a la seguridad por la mayor parte de los ordenamientos jurídicos, tanto nacionales como supranacionales.

No obstante, para lograr la efectividad de la protección de este derecho a la salud y seguridad de los consumidores, es necesario no sólo el establecimiento de una serie de medidas preventivas destinadas a evitar la causación de daños a través de estrictas normas de seguridad de los productos, sino que además, en caso de que los daños lleguen a producirse lesionando el bien jurídico protegido, es preciso que el consumidor tenga derecho a su indemnización. En otras palabras. La efectividad de la garantía de la salud y seguridad del consumidor implica la necesidad de establecer un adecuado régimen de responsabilidad civil en este campo: proclamar el derecho del consumidor a la salud y seguridad en el uso y consumo de bienes y servicios, sin establecer la posibilidad de la adecuada indemnización de los daños sufridos en violación de este derecho, sería convertir el mismo en un mero principio programático carente de contenido práctico efectivo.

La protección de la salud y seguridad de los consumidores se traduce para el fabricante en la obligación de poner en circulación únicamente

productos seguros, por lo que, de la misma forma que el derecho a la salud y a la seguridad del consumidor implica el derecho a la indemnización de los daños sufridos, el incumplimiento de la obligación de poner en el mercado productos seguros debe llevar aparejada la sanción de la obligación de indemnizar el daño causado.

Por consiguiente puede afirmarse que así como el régimen general de responsabilidad civil supone la sanción privada a la infracción del principio *alterum non laedere*, la responsabilidad del fabricante por los daños causados por sus productos constituye, por una parte, la sanción del incumplimiento de su obligación de poner en el mercado únicamente productos seguros, y, por otra parte, la efectividad del derecho del consumidor a ver indemnizados los daños sufridos por el uso y consumo de bienes y servicios como consecuencia inmediata de su derecho a la salud y seguridad.

El derecho a la reparación de los daños y perjuicios sufridos, se configura por tanto como un derecho accesorio y complementario del derecho a la salud y seguridad, necesario para ser plena y real efectividad.

„53

5.2.- Definición de Daño

El daño, es el menoscabo, el perjuicio que se causa a una persona o a un bien.

Etimológicamente "**daño**" proviene del vocablo latino "**demere**" que significa disminución, cercenar, quitar.

⁵³ DE LEON ARCE, Alicia, op.cit. p.707-708.

El daño es definido como la violación de uno o de varios de los derechos subjetivos que integran la personalidad jurídica de un sujeto, producida por un hecho voluntario, que engendra a favor de la persona agraviada el derecho de obtener una reparación del sujeto a quien la norma imputa el referido hecho calificado de ilícito.

Según la Enciclopedia Jurídica Omeba, el daño es definido como, "el menoscabo que a consecuencia de un acontecimiento o evento determinado sufre la persona ya en sus bienes vitales o materiales, ya en su propiedad o en su patrimonio." ⁵⁴

Por lo que puede entenderse el daño como todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc.

Creemos que no todo daño hace una obligación frente a la responsabilidad civil, es necesario que este daño sea justo, en tanto que perjudique sin derecho la esfera jurídica ajena, que se realice un hecho ilícito y antijurídico o sea que consista en el incumplimiento de un deber jurídico, por lo que, no todo daño es resarcible, es necesario que este reúna ciertos requisitos para que lo puedan hacer exigible.

Según Henri Capitant, en su Vocabulario Jurídico, nos dice que, el daño es el "perjuicio material o moral sufrido por una persona. El daño da lugar a reparación cuando resulta del incumplimiento de una obligación

⁵⁴ ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, T. IX, Buenos Aires, Argentina, Editorial Driskill, s/ec, 1991, p. 463.

contractual o legal, o de un delito o cuasidelito o de un hecho cuya responsabilidad es impuesto por la ley a una persona".⁽⁵⁵⁾

5.3.- El Daño y la Responsabilidad Civil

"Un aspecto fundamental de la estructura de los hechos jurídicos ilícitos que origina responsabilidad civil sin lugar a dudas, es el aspecto objetivo del daño causado, pues solamente cuando se ha causado un daño se configura jurídicamente un supuesto de responsabilidad civil, produciéndose como efecto jurídico el nacimiento de la obligación legal de indemnizar, bien se trate del ámbito contractual o extracontractual, ya que en caso contrario no existirá ningún sustento para el nacimiento de dicha obligación legal de indemnizar.

En el caso de la responsabilidad civil extracontractual el daño debe ser consecuencia del incumplimiento del deber jurídico genérico de no causar daño a otro, mientras que en el campo contractual el mismo deberá ser consecuencia del incumplimiento de una obligación previamente pactada entre las partes. Sin embargo, en ambos casos el aspecto fundamental de la responsabilidad civil es el que se haya causado un daño, que deberá ser indemnizado. Al no haber daño, no se configura un supuesto de hecho jurídico ilícito contractual o extracontractual y por ende no se configura un supuesto de responsabilidad civil, por más que exista una conducta antijurídica o ilícita. El objeto de los sistemas de responsabilidad civil no es el sancionar las conductas antijurídicas, sino el que se indemnice los daños causados. Tal es la importancia del daño causado en los sistemas de

⁵⁵ CAPITANT, Henri. VOCABULARIO JURÍDICO. Traducción de Aquiles Horacio Guaglianone. Bs. Aires, Argentina. Ediciones Depalma, 1979. p. 183.

responsabilidad civil que un sector de la doctrina moderna ha propuesto cambiar la denominación de "Responsabilidad Civil" por la de "Derecho de Daños". Sin embargo, a decir de Lizardo Taboada Córdoba, la denominación del sistema, es un aspecto secundario.

No se debe olvidar que en el campo de la responsabilidad civil lo que se busca es indemnizar los daños causados a fin de resarcir a las víctimas, mientras que en el ámbito de la responsabilidad penal el objetivo central es sancionar a los autores de conductas ilícitas o antijurídicas. El objeto de la responsabilidad penal es, pues, la represión de los hechos jurídicos ilícitos tipificados legalmente como delitos, sancionando a sus autores, mientras que el objetivo de la responsabilidad civil es indemnizar los daños causados consecuencia de los hechos jurídicos ilícitos típicos o atípicos. Por consiguiente, puede haber delito sin daño, mientras que no puede haber hecho jurídico ilícito que origina responsabilidad civil sin daño. **En los sistemas de responsabilidad civil lo fundamental, es, pues, la reparación de los daños causados a las víctimas, bien se trate del ámbito contractual o extracontractual.**

Por otro lado, debemos expresar que los daños para originar una responsabilidad civil deben ser producto de una conducta antijurídica o ilícita, ya que todos los daños que sean consecuencia de conductas permitidas por la ley, por ser realizadas en el ejercicio regular de un derecho, legítima defensa o estado de necesidad, no originan una responsabilidad civil,

justamente por tratarse de daños consecuencia de conductas ajustadas al sistema jurídico."⁵⁶

5.3.1.- Daño Cierto

"Existen diferentes tipos de daños reparables, sin embargo es importante destacar una característica general de todo daño susceptible de reparación: el daño, cualquiera que sea su naturaleza, debe ser cierto si quiere aspirar a una reparación, presente o futuro, pero cierto, no puede ser eventual o hipotético, el simple peligro no da lugar a indemnización, tiene que materializarse en daño".⁵⁷

Aníbal Alterini, citando a Guillermo Borda, anota que el perjuicio es cierto cuando aparece consumado y definitivo, efectivo y real en el momento de liquidarse".⁵⁸

Cuando el daño es futuro, es igualmente indemnizable siempre que reúna algunos requisitos:

- Certeza de que el daño va a ocurrir o sobrevivir.
- Que sea la prolongación de un daño presente en el momento en que se realiza el juicio de responsabilidad.
- Que sea estimable pecuniariamente.

5.3.2.- Daño propio

El daño debe ser personal, es decir perpetrado al que demanda la reparación; es decir, que solamente puede pedir

⁵⁶ TABOADA CORDOBA, Lizardo. Elementos de la Responsabilidad Civil. Lima, Perú, Editora Jurídica Grijley, 2001, 53-55.

⁵⁷ ORGAZ, Alfredo. El Daño Resarcible. Actos Ilícitos. Buenos Aires, Argentina, Ediciones Depalma. 3ra. Edición., 1967. P. 120.

⁵⁸ ALTERINI, Anibal. Temas de Responsabilidad Civil. La Plata, Argentina. Librería Editorial Platense, s/ed., 1988, p. 181.

reparación quien sea víctima de los perjuicios; es decir, quien efectivamente haya sufrido el daño ocasionado por el actor.

Nadie puede pretender sino la reparación de un daño que le es propio, no pudiéndose incluir en la pretensión los daños sufridos por terceros, aunque deriven del mismo acto ilícito. No se pretende con esta afirmación que quien pretenda la indemnización no pueda invocar en ciertos casos el daño de terceros como elementos de su propia pretensión. A veces el daño causado a terceros constituye al mismo tiempo un daño causado al reclamante en razón de una obligación legal o convencional preexistente.

Cuando el accionante está obligado hacia un tercero, el perjuicio de éste es al mismo tiempo de aquel y solamente en virtud de ésta circunstancia puede válidamente incluirlo en su pretensión.

5.3.4.- Daño subsistente

Para que este daño se configure, además de ser cierto y propio se requiere que éste no haya sido reparado, cuando la víctima se indemnizada, el perjuicio desaparece, por lo que sería absurdo e imposible demandar por la mismo pretensión.

Un daño resarcido no es subsistente, pero hay que tener en consideración quien ha sido la persona que ha cumplido con la obligación de reparar el daño reclamado. Si la reparación fue hecha por el responsable ya no se podrá reclamar la indemnización, pero si la persona que reparó el daño fue el propio damnificado o un tercero, el daño sigue subsistente y por lo tanto el perjudicado como el tercero tiene acción expedita contra el responsable o el causante del daño.

5.4.- Clasificación del Daño

El daño, por su naturaleza, reviste características muy especiales, de ahí que muchos autores han convenido en clasificarlo del modo siguiente:

- a) Daños Patrimoniales.
- b) Daños Extrapatrimoniales

5.4.1.- Daños Patrimoniales

Entre los daños patrimoniales, tenemos el daño emergente y el lucro cesante.

- **Daño emergente.-** Es la pérdida patrimonial efectivamente sufrida. El daño emergente es siempre un empobrecimiento.

Esta pérdida puede presentarse como consecuencia directa y súbita del daño.

- **Lucro cesante.-** Comprende aquello que ha sido o será dejado de ganar a causa del acto dañino. En otras palabras, es la renta o ganancia frustrada o dejada de percibir.

Es preciso insistir en la condición esencial, de que el daño debe ser cierto: no son reparables las ganancias hipotéticas sino aquellas que se producirán con toda certidumbre que inevitablemente se dejarán de percibir como consecuencia del acto dañino.

5.4.2.- Daños Extrapatrimoniales

Para algunos juristas sólo existe el daño a la persona, sin embargo un sector de la doctrina, considera que existen dos: el daño moral y el daño a la persona.

a) **El daño moral.**- Es aquel que se entiende por la lesión a los sentimientos de la víctima y que produce un gran dolor o aflicción o sufrimiento en la víctima.

El daño moral es aquel que no tiene ningún contenido patrimonial. En consecuencia, no produce directa ni indirectamente, detrimento patrimonial económicamente evaluable y consiste en la injusta perturbación producida en el estado anímico del damnificado.

De acuerdo con la doctrina y jurisprudencia universal, se ha clasificado al daño moral como objetivo y subjetivo.

El daño moral objetivo es aquel que tiene repercusiones económicas, es aquel que afecta la parte social del patrimonio moral.

El daño moral subjetivo, es aquel que lesiona los intereses íntimos de una persona, sus creencias, convicciones, etc. Este daño no trasciende y se puede decir que es el dolo en su forma más pura.

Un ejemplo de daño moral, es en el caso de muerte de una persona, los familiares sufren un daño moral por la pérdida del ser querido, bien se trate del cónyuge, hijos, padres y familiares en general.

Para el doctor Carlos Fernández Sessarego, el daño moral, es "el dolor de afección, pena, sufrimiento".⁵⁹

⁵⁹ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Exposición y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano. Derecho de las personas, en Código Civil, Vol.IV. Comisión encargada del estudio y la Revisión del Código Civil. Compiladora: Delia Revoredo de Debakey, Lima, Perú, 1985, p. 88.

El daño moral, se encuentra prescrito entre los artículos 1984 y 1985 del C.C.

b) El daño a la persona.- En lo relativo al daño a la persona, debemos señalar en primer lugar que a diferencia del daño moral, él mismo no se acepta literalmente en el ámbito de la responsabilidad civil contractual, si no únicamente en el campo extracontractual, según se deduce del artículo 1985° del C.C. El artículo 1322° del sistema contractual solamente hace referencia al daño moral. Sin embargo, el daño a la persona es también indemnizable en el campo de la responsabilidad civil contractual en nuestro sistema jurídico, pues no existe ninguna razón para limitar su aplicación únicamente al campo extracontractual.

El daño a la persona es la lesión a la integridad física del sujeto, por ejemplo la pérdida de un brazo, una lesión severa que produzca parálisis, etc. o una lesión a su aspecto o integridad psicológica, mientras que para otro sector de la doctrina, el daño a la persona constituye la **frustración del proyecto de vida**.

El daño a la persona es aquel que lesiona la integridad física del sujeto, su aspecto psicológico y/o su proyecto de vida, todo lo cual deberá ser obviamente acreditado.

5.5.- Daños causados por productos elaborados

5.5.1.- Introducción

La producción en masa de bienes de consumo y la complejidad moderna de los sistemas de producción como fenómeno económico, hace que no siempre sea posible un completo y perfecto control de calidad, lo que da lugar muchas veces a vicios o defectos

en los productos, que ocasionan daños a los consumidores. La cuestión ha adquirido proyecciones sociales. El problema es determinar quién o quienes deben repararlo.

Se ha señalado que esa tendencia conduce a elevar desmedidamente los costos de los seguros contra la responsabilidad civil, a que tales seguros entren en crisis y a que haya numerosos rubros que las compañías se nieguen ya a asegurar, con lo cual muchas víctimas dejarán de obtener la indemnización de los perjuicios sufridos.⁶⁰

5.5.2.- Responsabilidad del fabricante

"El primer responsable de los daños ocasionados por los productos elaborados, es el fabricante. Según la doctrina, quien por su culpa o negligencia ocasione un daño a otro, está obligado a reparar el perjuicio. En este caso, la culpa deriva de no haber controlado debidamente la calidad del producto antes de ponerlo en circulación; la culpa queda probada por la mera existencia del vicio o defecto, razón por la cual al consumidor le basta con probar el daño y la existencia de ese vicio o defecto, para que la acción de reparación sea viable, y hoy la doctrina generalizada va más allá. Se pretende hablar de responsabilidad objetiva, para no dar oportunidad a que el fabricante pueda pretender probar que de su parte no hubo culpa. La

⁶⁰ DAVERAT. Responsabilité du fait des produits prétendus defectueux, cit. por Andorno. Responsabilidad del fabricante en el derecho francés. Buenos Aires, Argentina, Revista la Ley. Diario del 21 de Octubre de 1992.

responsabilidad se basa en la obligación de garantía de la bondad del producto que lanza a la circulación".⁶¹

5.5.3.- La prueba de la culpa de la víctima o un tercero

Cualquiera que sea el fundamento que se admita para responder al productor, es indudable, que esa responsabilidad cesa si es por culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responderse.

Por ejemplo, un farmacéutico que vende una droga después de la fecha de vencimiento expresamente indicada en el envoltorio, o el del consumidor que hace un empleo contraindicado en las instrucciones del fabricante, o el del almacenero que vende una lata de conservas después de dicho vencimiento, resulta obvio que el fabricante no debe responder.

5.5.4.- Nacimiento de la responsabilidad del fabricante

La responsabilidad del fabricante nace en el momento de poner en circulación el producto.⁶²

De otro lado, si el producto, aún dañoso, o vicioso no hubiera sido puesto en circulación por el fabricante sino que, por ejemplo, hubiera sido sustraído y vendido por un tercero, el fabricante no

⁶¹ BORDA, Guillermo. Daños causados por productos elaboradores. Buenos Aires, Argentina, Editorial Depalma, 1997.p 442.

⁶² NANA, La réparation des dommages causes para les vices d'une chose.p. 327;Trigo Represas. La responsabilidad del fabricante. Rev. La Ley, 1982-B, p. 679; es también la solución de la Directiva de la C.E.E., del 27 de Julio de 1985(art. 7.a).

responde. Y ello por la simple razón de que hasta el momento de ponerlo en circulación, el productor puede hacer un control de calidad, lo que le hubiera permitido detectar el vicio o defecto o corregirlo, antes de lanzar el producto al mercado.

Así también puede ocurrir que la dañosidad del producto se conozca después de su puesta en circulación. La cuestión es especialmente importante en materia de productos farmacéuticos, el progreso de la ciencia puede demostrar los peligros de una droga, hasta entonces desconocidos. De acuerdo con la opinión, el elaborador responde aunque sea desconocida la nocividad del producto al momento de lanzarle al mercado. Se trataría de un riesgo del desarrollo científico, que el elaborador debe asumir. Esta sería la consecuencia de la socialización de los riesgos que impone la producción industrial en masa y el deber de garantía que asume implícitamente el fabricante al lanzar el producto al mercado.

Según la doctrina, la existencia del defecto de fabricación debe juzgarse según las normas científicas y técnicas corrientes a la época de la puesta en circulación.

5.5.5.- Responsabilidad del importador y de quien le pone su marca al producto

La responsabilidad del importador, es la misma del fabricante. El que pone en circulación un determinado producto en el país, y por lo tanto es responsable de los daños ocasionados por sus vicios o defectos. Por lo demás, no sería razonable obligar al dañado a acudir

a tribunales de un país extraño (el del domicilio del productor) para obtener la reparación.

De igual ocurre con quien pone su marca en el producto. Quien lo hace, asume una obligación de garantía y el consumidor confía en el prestigio de la marca para adquirirlo.

5.5.6.- Responsabilidad del proveedor o mayorista

No es posible atribuir una responsabilidad del proveedor o mayorista. Ellos se limitan a distribuir el producto. Asumen el papel de simples intermediarios. No tienen culpa alguna por los defectos del producto, ni han creado ningún riesgo. Y si lo que se pretende es asegurar que el consumidor dañado no quede sin representación, esa preocupación está suficientemente cubierta con los otros responsables (fabricante, importador, y quien le ha puesto su marca al producto).

5.5.7.- Responsabilidad del vendedor no fabricante

La doctrina sostiene que media en el caso una responsabilidad objetiva.

El vendedor no fabricante se libera si se reúnen conjuntamente los siguientes requisitos: el vicio es de fabricación, el vendedor no tenía ni debía tener conocimiento del defecto en razón de su arte o profesión, le era imposible controlar la calidad del producto, no asumió personalmente la garantía.

Esto es el criterio predominante en las jurisprudencias norteamericana, alemana e Italia; en ellas se distingue entre los

productos envasados, cuya calidad y estado no pueden controlar los vendedores y por cuyos vicios no son responsables; y los no envasados, cuyos vicios pueden ser controlados, por lo que el vendedor es responsable. Así por ejemplo, el propietario de un restaurante es responsable por los vicios de los alimentos que proporciona a sus clientes, pero un almacenero no responde por la toxicidad de una lata de conservas, cuyo estado no hubiera podido controlar sin abrirla, lo que la inutilizaba para la venta.

Por consiguiente, es clara que si el farmacéutico o el almacenero venden productos después de vencida la fecha marcada en el envase, son plenamente responsables, pues hay en su conducta una culpa grave, tanto más cuanto que en ese caso, dejaría de ser responsable el fabricante.

5.5.8.- Carácter de la responsabilidad

La responsabilidad de los distintos integrantes de la cadena de fabricación y comercialización del producto tiene carácter distinto, es decir, el damnificado puede dirigir su acción contra cualquiera de ellos por el total de los daños sufridos. Esta es una doctrina universalmente aceptada y que tiene por objeto asegurar al damnificado que el perjuicio sufrido le será indemnizado y también facilitar el ejercicio de su acción.

Si esto es claro, en cambio no lo es tanto quienes y contra quienes existe una acción de daños y perjuicios, lo que en Argentina se denomina la **acción recursoria**.

El responsable final es el fabricante, de tal modo que cualquiera otro de la cadena de comercialización ha pagado la indemnización, el pagador tiene acción de reintegro contra aquel.

5.6.- La indemnización a los consumidores

Esta viene a ser la indemnización que se debe hacer al consumidor, por el daño causado por el proveedor, con la venta de un producto falso, adulterado, con una información falsa, dinero e intereses cobrados en demasía, etc.

Antes de la promulgación de la Ley No. 27311 (18-07-2000), (Ley de Fortalecimiento del Sistema de Protección al Consumidor, que modificó los artículos 13, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45 y 46 del Decreto Legislativo No. 716, Ley de Protección al Consumidor), el Indecopi únicamente se encontraba facultado para aplicar sanciones administrativas a los proveedores que infringían dicha norma, al margen de las acciones civiles y penales que el consumidor inicie ante el Poder judicial.

El 80% de los consumidores que acuden a Indecopi, tienen la expectativa de que, además de la sanción, el Indecopi podrá ordenar restitución, reparación o la devolución del dinero, muchos lo logran, gracias a la Conciliación que se hace ante la Comisión de Defensa del Consumidor.

Por ello, atendiendo al reclamo de los consumidores y al de las Asociaciones de Consumidores del país, el Indecopi, promulgó la Ley No. 27311, donde hacía la distinción entre sanciones administrativas y medidas correctivas, toda vez que el Dec. Leg. No. 716 prescribía sólo "sanciones", sin distinguir entre sanciones y medidas correctivas

Ahora, con la modificación efectuada por la Ley No. 27311, y contenida en el D.S. N° 039-2000-ITINCI, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 716, Ley de Protección al Consumidor, el art. 41 prescribe que: "Los proveedores son objetivamente responsables por infringir las disposiciones contenidas en la presente Ley. Los proveedores infractores podrán ser sancionados administrativamente con una Amonestación o con una Multa, hasta por un máximo de 100 (cien) Unidades Impositivas Tributarias, sin perjuicio de las medidas correctivas a que se refiere el artículo siguiente, que se dicten para revertir los efectos que las conductas infractoras hubieran ocasionado o para evitar que éstas se produzcan nuevamente en el futuro.

La imposición y la graduación de la sanción administrativa a que se refiere el párrafo precedente será determinada atendiendo a la gravedad de la falta, el daño resultante de la infracción, los beneficios obtenidos por el proveedor, la conducta del infractor a lo largo del procedimiento, los efectos que se pudiesen ocasionar en el mercado y otros criterios que, dependiendo del caso particular, considere adecuado adoptar la Comisión. Las multas impuestas constituyen en su integridad recursos propios del INDECOPI, salvo por lo dispuesto en el artículo 45 de la presente ley".

Artículo 42.- "Sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiera lugar, la Comisión de Protección al Consumidor, actuando de oficio o a pedido de parte, podrá imponer a los proveedores que incurran en alguna de las infracciones tipificadas en la presente ley, una o más de las siguientes medidas correctivas :

- a) Decomiso y destrucción de mercadería, envases, envolturas y/o etiquetas;

- b) Clausura temporal del establecimiento o negocio hasta por un máximo de 60 (sesenta) días calendario;
- c) Publicación de avisos rectificatorios o informativos en la forma que determine la Comisión, tomando en consideración los medio que resulten idóneos para revertir los efectos que el acto objeto de sanción hubiera ocasionado. La publicación se realizará por cuenta y costo del infractor, hasta por un máximo de 30 (treinta) días calendario;
- d) Reposición y reparación de productos;
- e) Devolución de la contraprestación pagada por el consumidor;
- f) Cualquier otra medida que tenga por finalidad revertir los efectos que la conducta infractora hubiera ocasionado o evitar que ésta se produzca nuevamente en el futuro.

Los bienes o montos que sean objeto de medidas correctivas serán entregados por el proveedor directamente al consumidor que los reclama, salvo mandato distinto contenido en la resolución. Aquellos bienes o montos materia de una medida correctiva, que por algún motivo se encuentren en posesión del INDECOPI y deben ser entregados a los consumidores beneficiados, serán puestos a disposición de éstos. En el caso de bienes o montos que no hayan sido reclamados al cabo de un año, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 45° de este Decreto Legislativo.

6.- LA CONCILIACIÓN UTILIZADA POR LA COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR COMO MEDIO ALTERNATIVO EFICAZ EN LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE PROVEEDORES Y CONSUMIDORES

6.1.- Introducción

En las páginas anteriores hemos abordado la incidencia de la transformación histórica que supone el consumo de masas en la esfera del Derecho y por ello, no es sólo acertado hablar, desde una perspectiva económica, de la sociedad actual como una sociedad de consumidores, sino también desde el punto de vista procesal. El Estado ha sido pensado para velar por los derechos de las personas integrantes de su población, para decidir en todos aquellos supuestos de conflicto, a través de los órganos jurisdiccionales, y para fomentar el bien común por medio de la paz y prosperidad de los ciudadanos. Por lo tanto, el Estado para asegurar el orden social ha privado a los particulares de las acciones directas y ha establecido una acción de carácter técnico - jurídico que permite acceder, por un lado a un procedimiento administrativo, a través del Indecopi y por otro lado, a los órganos jurisdiccionales en demanda de justicia. En consecuencia, la resolución de los litigios suscitados entre las partes, vendrá dada por los tribunales de justicia. No obstante, los particulares podrán, además de solicitar la pertinente tutela jurisdiccional, utilizar los mecanismos alternativos de resolución de conflictos (MARC), en las reclamaciones de consumo, previstos en el ordenamiento jurídico. En efecto, el Dec. Leg. 716, Ley de Protección al Consumidor, establece en su artículo 38, que la Comisión de Protección al Consumidor, establecerá, directamente o mediante convenios con instituciones públicas o privadas, mecanismos alternativos de resolución de disputas del tipo de arbitraje, mediación, conciliación o mecanismos

mixtos, que mediante procedimientos sencillos y rápidos, atiendan y resuelvan con carácter vinculante y definitivo para ambas partes las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios, sin perjuicio de las competencias administrativas.

Finalmente este artículo, establece que el incumplimiento de acuerdos, laudos arbitrales o resoluciones a favor de los derechos de los consumidores constituyen infracciones a dicho Decreto Legislativo.

En la actualidad, la Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi, viene aplicando la Conciliación administrativa, como un medio alternativo de resolución de conflictos entre proveedores y consumidores, tanto en la oficina principal como en las ciudades de provincias donde existen oficinas de dicha institución.

Como el consumidor necesita una vía rápida, sencilla y, en todo caso, gratuita para solucionar las posibles controversias en materia de consumo, es oportuno la aplicación de la Conciliación; sin embargo, consideramos, que así como en España tiene bastante éxito el arbitraje de consumo, en nuestro país también debería utilizarse el arbitraje conjuntamente con la conciliación, porque constituyen la alternativa más eficaz y accesible, en contraposición de la acción judicial.

6.2.- Antecedentes y evolución legislativa

6.2.1.- Antecedentes en el Mundo

- a) Roma.-** Como antecedentes de la Conciliación, nos remitimos a la Edad Antigua, cuando en Roma la Ley de las Doce Tablas, contemplaba en uno de sus textos, el carácter obligatorio de todo

aquello que las partes convinieran de común acuerdo durante el juicio.

- b) China.-** También en la Edad Antigua, se consideraba a la mediación como uno de los recursos más importantes para resolver conflictos, ya Confucio señalaba "la resolución óptima de una desavenencia se lograba a través de la persuasión moral y el acuerdo, y no bajo la coacción".⁶³
- c) Japón.-** Antes de la II Guerra Mundial, se aprobaron las normas legales que permitían la conciliación en los conflictos personales ante los tribunales.
- d) África.-** En algunos países, como en los del África, se tiene como costumbre de carácter informal, la reunión de una junta de vecinos que permiten resolver los conflictos que pudieran suscitarse entre los vecinos, en el cual una de las personalidades con gran ascendencia en el grupo, ayuda a la solución de las diferencias.
- e) España.-** Hacia 1788 se dirigió una instrucción a los corregidores, en los que se les ordenaba que evitaran los pleitos, y por el contrario se llegase a un acuerdo voluntario, amistoso, para lo cual se debería de emplear todos los medios posibles de la persuasión, antes de llegar a juicio. La Ley del 03 de junio de 1821, de España, indicaba que los alcaldes debían presidir los juicios de conciliación, como elemento indispensable previo al juicio, que luego pasó como Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, en donde se imponía con carácter obligatorio a las partes llegar primero a una conciliación.

⁶³ Sagástegui Urteaga, Pedro. La Conciliación Judicial y Extrajudicial. Lima, Perú, Editorial Rhodas, 1998. p. 29.

"En el Fuero Juzgo, Ley 15, título 1, libro 2, se habla de los mandaderos de paz y avenidores....., estos funcionarios no eran permanentes, sino nombrados en cada caso por el rey para avenir y conciliar los pleitos que éste les indicaba expresamente" ⁶⁴ Las conciliación sólo era dada para ciertas causas en función a la importancia de ellas o a las personas que eran parte del litigio, por lo que para evitarlas el rey enviaba los mandaderos de paz para procurar un acuerdo conciliatorio entre las partes.

f) Francia.- La conciliación se origina por el siglo XVIII, para generalizarse luego de la Revolución Francesa, que ordenó por ley del 24 de agosto de 1790, que no se admitía ninguna demanda civil si previamente no había un intento de conciliación y que era eminentemente de carácter personal. El Código de Procedimientos Civiles de 1806 de Napoleón, conservó la figura de la conciliación como obligatoria. En el Derecho Canónico, tanto en el Codex Juris Canonici de 1917, y el de 1983. El canon 1446 expresa:

"Al comenzar el litigio, y que cualquier otro momento siempre que se abrigue alguna esperanza de éxito, el juez no dejará de exhortar y ayudar a las partes para que procuren de común acuerdo buscar una solución equitativa de su controversia, y les indicará los medios oportunos para lograr este fin, recurriendo incluso a personas serias como mediadoras"

g) Estados Unidos.- En este país, los inmigrantes chinos establecieron la Chinese Benevolent Association, que permitía

⁶⁴ Sagástegui Urteaga, Pedro. Op. cit. p. 29.

resolver mediante la mediación, situaciones de conflicto entre sus miembros. En 1920, la comunidad judío norteamericana fija su propio foro de mediación como el arbitraje, el Jewish Conciliation Board, en la ciudad de Nueva York. En 1964, el Civil Rights Act fundó el Community Relations Service, en el Departamento de Justicia, para casos de conciliación en las desavenencias que surgieran por motivos raciales y de la comunidad. En 1947, el Federal Mediation and Conciliation Service (FMCS) fue creado para la solución de las controversias de índole laboral e industrial. En 1976, el American Bar Association (ABA) estableció un Special Committee on Alternative Means of Dispute Resolutions.

En 1963, fue creada la Association of Family and Conciliation Courts, para los efectos de conciliación en familia.

6.2.2.- Antecedentes en el Perú.

a) La Conciliación en las primeras Constituciones del Perú

La institución de la Conciliación ha estado siempre presente en la normatividad del Perú desde los inicios de la época Republicana, asimismo, la doctrina señala que la conciliación no es una figura creada por el Derecho Social; sino que debemos encontrar sus orígenes en el Derecho Internacional Público, donde junto con el arbitraje constituyen los procedimientos más típicos para buscar la solución de los problemas entre dos o más Estados.

A través de nuestra historia, las Constituciones Políticas han regulado la conciliación.

1823.- La Constitución Política de 1823.- En su **artículo 120** establecía: "No podrá entablarse demanda alguna de carácter civil, sin haberse intentado la conciliación ante el Juez de Paz."

1826.- La Constitución Política de 1826.- Artículo 112: "Habrá Jueces de Paz en cada pueblo para las conciliaciones, no debiéndose admitir demanda alguna civil o criminal de injurias sin este previo requisito".

1828.- La Constitución Política de 1828.- Artículo 120: "En cada pueblo habrá Jueces de Paz para las conciliaciones, sin cuyo requisito o el de haberla intentado, no se admitirá demanda alguna civil o criminal de injurias, salvo las acciones fiscales y demás que exceptúe la ley".

b) Leyes sobre la Conciliación

1836.- El Código de procedimientos Judiciales de Santa Cruz, artículos 100 y 119, consideraban a la conciliación como un acto previo a la demanda ante un Juez de Letras. El juicio ante el Juez de Paz del territorio del demandado, todos los días incluso feriados. El Juez tenía una participación esencial por cuanto proponía el acomodamiento de transacción y de equidad, bajo pena de nulidad. Si las partes estaban de acuerdo concluía la demanda.

1851.- El Código de Enjuiciamientos en Material Civil, Título II, en su artículo 284, prescribe: "La Conciliación debe preceder a toda demanda correspondiente a un juicio escrito, excepto en los casos que expresa este título", además incluye 18 artículos más hasta el artículo 301, en los cuales se consideraba que la conciliación

debería preceder a toda demanda que le correspondiera en juicio escrito, artículos inspirados en la Ley de Enjuiciamiento Civil española, que a su vez disponía que la conciliación se realice ante el Juez de menor jerarquía, pero que por las formalidades y la rigurosidad en el conjunto de términos, impidió que tuviera mejor eficacia. No era posible el juicio conciliatorio en los procesos criminales que deben seguirse de oficio.

1854.- El Reglamento de Jueces de Paz de 1854, establecía la competencia de los jueces de paz para el juicio conciliatorio sobre las siguientes materias diezmos entre arrendatarios y pagadores de esta contribución, en los de aguas cuando no había o estaba impedido el Juez Privativo nombrado por la Municipalidad del lugar a la que correspondía las conciliaciones de este ramo, en los de policía cuando habían demandas del que resultaban contención entre particulares y en los casos que no exceptuaba el propio Reglamento...". Tuvo las siguientes características:

- a) El juicio conciliatorio era preliminar y obligatorio a la contienda.
- b) Se practicaba por un Juez especializado llamado Juez de Paz, pero excepcionalmente podía realizarlo el Juez de Primera Instancia.
- c) El Juez tenía que proponer algún acomodamiento o cuantos medios de avenimiento estuvieren a su alcance para lograr la conciliación".⁶⁵

⁶⁵ LEDESMA NARVAEZ, Marianella. La Conciliación. T.I, Lima, Perú. Gaceta Jurídica. 1997, p. 34.

1911.- Por Ley 1510 se aprueba la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuyo artículo 103 se precisa: "Los Jueces de Primera Instancia están facultados para ordenar un comparendo en cualquier estado del juicio y procurar por éste medio la conciliación de las partes". Este nuevo sistema tuvo las siguientes características:

- a) No era un acto previo y obligatorio a la contienda.
- b) Era facultativa del Magistrado de primera instancia propiciarla.
- c) No se verificaba por un juez especial - como era el Juez de Paz - sino por el propio Magistrado que conocía el proceso contencioso".⁶⁶

Entre otros aspectos de esta ley tal como lo han señalado los estudiosos fue una disposición inútil, decorativa y sin aplicación en la práctica. Esta Ley Orgánica fue derogada por la Ley N° 14605, del 25 de junio de 1963, en su artículo 183 establecía que los Jueces de Primera Instancia en lo civil estaban facultados para ordenar un comparendo en cualquier estado del proceso y así procurar la conciliación de los litigantes.

1912.- Código de Procedimientos Civiles de 1912, la conciliación no fue considerada como acto previo y obligatorio; establece que los jueces civiles de primera instancia estaban facultados para ordenar un comparendo en cualquier estado del juicio tratando de lograr la conciliación de las partes.

1963.- Por Decreto Ley 14695 se aprueba la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuyo artículo 183°, establecía que los Jueces de

⁶⁶ LEDESMA NARVAEZ, Marianella. Op. cit. 36.

Primera Instancia en lo Civil tenían la facultad para ordenar un comparendo en cualquier estado del juicio y procurar por ese medio la conciliación de los litigantes.

1980.- El Decreto Supremo N° 03-80- TR del 26.03.80, en materia laboral, estableció como trámite obligatorio la conciliación, el Juez o el Secretario del Juzgado invitará a las partes a una conciliación. Si ésta se produjese, se dejará constancia en el acta, debiendo el Juez dictar la Resolución aprobatoria.

1981.- El Decreto Legislativo 128, establece como trámite obligatorio del proceso sobre alimentos, la audiencia de conciliación y prueba, señalando que el Juez en la etapa de la audiencia debe buscar la conciliación de las partes.

1991.- El Decreto Ley N° 25940, incluye dentro de la modificación del Código Procesal Civil. Artículos 446, inc. 10 y 453, inciso 4, se puede deducir la excepción de conciliación, cuya figura no estaba prevista en el Código originalmente.

1991.- El Decreto Legislativo N° 767 que aprueba la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, otorga a los jueces la facultad de propiciar la conciliación de las partes en los procesos, es así que los Jueces de Paz han sido constituidos como Jueces de Conciliación.

1994.- Código Procesal Civil, artículo 322: "La conciliación pone término al proceso con declaración sobre el fondo del litigio". Artículos 326 y 335: "el apoderado requiere autorización especial para celebrar la conciliación." Artículos 325 y 337, la conciliación sólo es posible si versa sobre derechos renunciables o disponibles."

Artículos 328 y 337: "La conciliación y transacción, que ponen fin al proceso, adquieren la autoridad de cosa juzgada". Artículo 323: "la conciliación se da dentro del proceso". Artículo 468: "la conciliación es un trámite obligatorio en el proceso civil." Artículo 326: "el Juez participa activamente proponiendo la fórmula de arreglo". Artículo 325: "en la conciliación se pueden dar renunciaciones o concesiones unilaterales o bilaterales sobre diversidad de derechos renunciables o disponibles permitidos por ley". Artículo: 701: "en el proceso ejecutivo la conciliación se da como parte del trámite si se ha producido contradicción".

Código de los Niños y Adolescentes.- Contenido en la Ley N° 27337, establece que las defensorías deben promover entre cónyuges, padres y familiares a fin de fortalecer los lazos familiares. En el caso de alimentos puede ser prorrateado entre los obligados mediante conciliación.

Decreto Ley N° 25927.- Este D.L. que es la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, dispone como una de sus principales funciones, regular, simplificar y descentralizar los procedimientos laborales y en especial la conciliación, la mediación y el arbitraje.

D.S. N ° 003-97- TR.- Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (27-03-97), que regula la sustitución de la conciliación en caso fortuito o fuerza mayor que impliquen la desaparición total o parcial del centro de trabajo.

D.S. N° 006-97-JUS.- Texto Único Ordenado de la Ley N° 26260, Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar, y en su modificatoria Ley N° 27007 (03-12-98), la cual permite al Fiscal Provincial conciliar a la víctima y al agresor para buscar una solución que permita el cese de los actos de violencia.

Ley N° 24657 (14-04-87).- Que declara de necesidad nacional e interés social el deslinde y la titulación del territorio de las comunidades campesinas, permite que en los casos discrepantes sobre linderos en el territorio de las comunidades campesinas se invite a los interesados a una conciliación.

Ley N° 26361(30-09-93).- Ley sobre la Bolsa de Productos, dispone que para la solución de conflictos sobre la Bolsa de Productos puestos en conocimiento del Tribunal Arbitral se valgan del mecanismo de la conciliación.

Ley N° 26370 (23-10-94).- Ley sobre Cinematografía Peruana, señala que en caso de controversia proveniente de obras cinematográficas, se sometan en primera instancia a una conciliación ante el CONACINE.

Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje (05-01-96).- Permite que los árbitros sean competentes para promover la conciliación en todo momento. Si antes de la expedición del laudo las partes concilian o transigen sus pretensiones, los árbitros dictarán una orden de conclusión del procedimiento, adquiriendo lo acordado la autoridad de cosa juzgada.

Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo (24-06-96).- Dispone que el Estado promueva en materia laboral, la conciliación privada o administrativa, como un mecanismo de solución de conflictos.

Ley N° 26845, Ley de Titulación de las Tierras de las Comunidades Campesinas de la Costa (26-07-97).- Regula el régimen arbitral para resolver conflictos de propiedad en las comunidades campesinas de la costa.

Ley N° 26887, Ley General de Sociedades (09-12-97).- Permite que el Estatuto de la sociedades contemple el uso de mecanismos de conciliación extrajudicial con arreglo a la ley de la materia.

Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la inversión privada en infraestructura de transporte de uso público y promoción de los servicios de transporte aéreo (23-01-98).- Disponer que las resoluciones administrativas contengan necesariamente mecanismos de conciliación.

Decreto Legislativo N° 716, Ley de Protección al Consumidor, modificado por el Texto Único Ordenado, D. S. N° 039-2000 – ITINCI (11-12-2000).- Establece que la Comisión de Protección al Consumidor fije directamente o mediante convenios con instituciones privadas o públicas, mecanismos de conciliación entre otros, para que atiendan y resuelvan con carácter vinculante y definitivo las quejas o reclamaciones de los consumidores.

Decreto Legislativo N° 807, Ley sobre las facultades y organización del INDECOPI (18-04-96).- Esta ley permite que en cualquier estado del procedimiento único ante INDECOPI, las

partes puedan someterse a la mediación o conciliación a cargo de terceros.

Decreto Legislativo N° 822, Ley sobre Derechos de Autor (24-04-96).- Esta Ley faculta a la Oficina de Derechos de Autor a actuar como mediador cuando así lo soliciten las partes, o llamarlas a conciliación, en los conflictos que se presenten.

Decreto Legislativo N° 823, Ley de Propiedad Industrial (24-04-96).- Dispone que en cualquier estado del procedimiento, se pueda citar a las partes a la audiencia de conciliación, la que tendrá efectos de transacción extrajudicial.

Decreto Legislativo N° 861, Ley del Mercado de Valores (23-10-96).- Prescribe que en casos de controversias entre los asociados y comitentes, la Bolsa de Valores contemplará los mecanismos para que las controversias sean resueltas por conciliación.

Decreto Ley N° 25593 (02-07-92) Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.- Prescribe las facultades y el procedimiento de conciliación en la convención colectiva de trabajo.

Decreto Supremo N° 011-92-TR (15-10-92), Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.- Señala que el cuerpo técnico calificado del Ministerio de Trabajo tenga a su cargo la función conciliatoria.

Decreto Supremo N° 025-93- ITINCI (07-10-93) Reglamento de la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI.- Regula que son atribuciones de las Comisiones y de las Oficinas de Indecopi actuar como instancia de conciliación.

Decreto Supremo N° 42-95-ED (23-05-95) Reglamento de la Ley N° 26370, Ley sobre Cinematografía Peruana.- Prescribe el procedimiento conciliatorio en caso de desacuerdo entre productores y exhibidores de obras cinematográficas.

Decreto Supremo N° 002-96-TR (03-06-96).- Establece el servicio gratuito permanente de orientación legal en materia laboral, dirigido a empleadores y trabajadores de la actividad privada.- Prescribe el acuerdo a través de la conciliación entre empleadores y trabajadores. El citado dispositivo regula todo el procedimiento conciliatorio para ello.

Decreto Supremo N° 039-98-PCM (28-09-98).- Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.- Prescribe que las partes puedan acordar suspender el inicio o prosecución del procedimiento arbitral a fin de someterse a la conciliación.

Resolución Ministerial N° 116-90-JUS.- Dispone que los consultorios jurídicos populares a nivel nacional, previo al inicio de las acciones legales, busquen solucionar el conflicto a través de la conciliación.

Resolución Ministerial N° 190-99-JUS (20-06-99).- Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia.- Prescribe que son funciones del Ministerio de Justicia, el promover, autorizar y supervisar el funcionamiento de los centros de conciliación.

Resolución Viceministerial N° 033-97-PROMUDEH (27-12-97).- Reglamento del Servicio de Defensoría del Niño y

Adolescente.- Prescribe que el servicio de defensoría del niño y el adolescente debe ser capacitado en temas de conciliación.

Resolución Directoral N° 012-95-EM-DGE (14-08-95), Solución de Reclamos de usuarios del servicio público de electricidad.-

Prescribe a la conciliación en el procedimiento de atención de reclamos de usuarios de electricidad, la misma que tendrá efectos de transacción extrajudicial.

Resolución CONASEV N° 087-98-EF/94.10(27-05-98).-

Reglamento de solución de controversias de la Bolsa de

Valores de Lima.- Prescribe que todos los reclamos y denuncias que se presenten ante la Bolsa de Valores deberán ser previamente sometidos a la gestión conciliatoria del área de conciliación y procuración.

Resolución de Superintendencia N° 012-98-SEPS (10-06-98).-

Reglamento de arbitraje y solución de controversias del centro

de conciliación de la SEPS (10-06-98).- Prescribe que el Centro de Conciliación resolverá las controversias de las prestadoras de salud.

Resolución N° 482-99-OS/CD, del Consejo Directivo de

OSINERG (04-08-99).- Considera a la conciliación como parte del

procedimiento de reclamaciones y permite que las partes puedan conciliar su conflicto en cualquier estado.

Resolución N° 001-95-CD/OSIPTEL (06-01-95) Reglamento

general para la solución de controversias en la vía

administrativa.- Considera a la conciliación como una etapa dentro del proceso de solución de controversias.

Resolución N° 032-97-CD/OSIPTEL31-12-97). (Consejo Directivo) Reglamento para la solución de reclamos de los usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones ante el OSIPTEL.- Permite que el tribunal en los casos que considere oportuno invita a las partes a conciliar en el procedimiento para reclamos de los usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones.

Ley N° 26872 (13-11-97) Ley de Conciliación.- Esta norma considera a la Conciliación, como un acto de carácter obligatorio a realizarse por las partes en conflicto con antelación al proceso judicial. La citada norma lo califica de requisito de admisibilidad de la demanda, por lo que se debe acompañar la copia certificada del acta de conciliación extrajudicial.

Decreto Supremo N° 001-98-JUS (14-01-98).- Reglamento de la Ley de Conciliación N° 26872.- Este reglamento norma la naturaleza, finalidad, funciones, requisitos y el procedimiento aplicable a la Conciliación como mecanismo extrajudicial de solución de conflictos.

Resolución Ministerial N° 032-98-JUS (04-03-98).- Mediante esta Resolución, se aprueban Modelos de Formatos, Tipo de Invitación y de Acta de Conciliación a ser utilizados en Centros de Conciliación y Juzgados de Paz.

Resolución Ministerial N° 080-98-JUS (27-04-98).- Aprueban el Reglamento de los Centros de Conciliación en Equidad.- Esta Resolución contiene un Reglamento Tipo para este clase de Centros de Conciliación.

Resolución Ministerial N° 081-98-JUS (27-04-98).- Aprueban modelo de Reglamento Tipo de los Centros de Conciliación.-

Esta Resolución contiene un Reglamento Tipo para los Centros de Conciliación.

Resolución Ministerial N°174- 98-JUS (13-08-98).- Aprueban el Reglamento de Sanciones a Conciliadores y Centros de Conciliación.-

Este Reglamento norma las sanciones y establece el procedimiento a aplicarse a los Conciliadores y Centros de Conciliación.

Ley N° 27363 (31-10-2000).- Esta Ley modifica el artículo 6° de la Ley de Conciliación N° 26872.

Ley N° 27398 (12-01-2001) Esta Ley modifica los artículos 6°, 9° y 25° de la Ley de Conciliación N° 26872.

Decreto Supremo N° 016-2001-JUS (27-02-2001).- Este D.S. modifica e incorpora artículos al Reglamento de la Ley de Conciliación N° 001-98-JUS, así se modifican los artículos 7°, 13°, 14°, 15°, 17°, 18°, 28°, 31°, 34°, 35°, 36°, 37°, 40°, 43° 47° y 57°.

6.3.- Teoría del Conflicto

6.3.1.- Definiciones de Conflicto

El conflicto ha sido definido de diferentes formas, por ejemplo **Deutsch** ha definido como la situación que se presenta "cada vez que ocurran actividades incompatibles".

Forsyth, por su parte, amplía la definición señalando que se presenta un conflicto cuando: "las acciones o creencias de uno o más

miembros de un grupo son inaceptables y por lo tanto resistidas, por uno o más miembros de otro grupo".

Pruitt y Rubbin definen el conflicto como "divergencia percibida de intereses o creencias, que hace que las aspiraciones corrientes de las partes no puedan ser alcanzadas simultáneamente".

Boardman y Horowitz mencionan: "definimos el conflicto como una incompatibilidad de conductas, cogniciones (incluyendo las metas) y/o afectos entre individuos o grupo que pueden o no conducir a una expresión agresiva de su incompatibilidad social. Esta definición específicamente incorpora conductas, cogniciones y afectos porque todos estos factores son importantes en el conflicto, por ejemplo las escaladas o desescaladas, de un conflicto entre una díada es al fin de cuentas una función directa de la conducta, las personas reaccionan a las conductas. Sin embargo la conducta es usualmente una función directa de las cogniciones y afectos, aunque algunas veces este lazo no es consciente".⁽⁶⁷⁾

También existen otras definiciones. **Folberg y Taylor**⁶⁸ definen el conflicto como un conjunto de propósitos, métodos o conductas **divergentes**. Para **Boulding**⁶⁹ el conflicto es una situación de competencia en la que cada una de las partes, conscientemente desea

⁶⁷ SUARES, Marínés. Mediación, Conducción de disputas, comunicación y técnicas. Bs. Aires, Argentina, Edit. Paidós, pp. 73-74.

⁶⁸ FOLBERG, Jay y TAYLOR, Alison. Mediación: resolución de conflictos sin litigio. México, Limusa, 1996, p. 42.

⁶⁹ BOULDING, Kenneth. Conflict and Defense: a general theory. New York, USA, Harper & Row, 1961, p. 5, citado por Jay FOLBERG y Alison TAYLOR, op. cit. p. 38.

ocupar una posición que es **incompatible** con los deseos de la otra. Según **Pruitt y Rubbin** ⁷⁰ el conflicto es la **divergencia** percibida de intereses o creencias que hace que las aspiraciones corrientes de las partes no puedan ser alcanzadas simultáneamente.

El conflicto usualmente se asocia al antagonismo y a diferencia, muchas veces se vive la diferencia como una agresión y desde este punto de vista, es una incompatibilidad entre dos partes, es una interacción en la que prima antagonismo.

El conflicto es el resultado del juego, del enfrentamiento, de la lucha, de la confluencia entre dos partes, no tiene origen en una parte, se genera en la lucha entre dos partes que en algún sector son incompatibles ya sea en el sector de las creencias, las acciones, las cogniciones, las conductas, etc.

6.3.2.- Conflicto y Relación

Cuando hablamos de conflicto, tenemos que indicar que éste se produce a todos los niveles del comportamiento humano y puede ser **intrapersonal**, o sea aquel que ocurre al interior del individuo, e **interpersonal**, cuando surge entre individuos o grupos de éstos. Ellos no son excluyentes sino que pueden ocurrir de manera simultánea, y no sólo operar en un único nivel.

a) El conflicto intrapersonal, es un estado al que accede un individuo cuando está motivado para dar lugar a dos o más

⁷⁰ Citado por Marinés SUAREZ. Mediación, conducción de disputas, comunicación y técnicas. Buenos Aires, Argentina, Editorial Paidós, 1996, p. 73.

respuestas mutuamente incompatibles. Este conflicto surge cada vez que nos enfrentamos con una toma de decisión. **Festinger**⁷¹ en su investigación sobre el conflicto intrapersonal formuló la hipótesis sobre las consecuencias de la toma de una decisión en los siguientes términos: **con el fin de reducir el conflicto asociado con una decisión, tenemos motivos para realizar el valor de la alternativa elegida y despreciar la alternativa rechazada después de tomar la decisión.** En consecuencia, para tomar una decisión, centramos nuestra atención en los rasgos que apoyan la alternativa elegida e ignoraremos aquellos que la ponen en entredicho. Por ejemplo, un individuo puede estar en un dilema, si someter una disputa a un conciliador o llevarla al Juez; después que decide acudir a la Conciliación, centrará los aspectos positivos de ésta y las características negativas del proceso judicial. Este trabajo mental ayuda a reducir la disonancia interna e incrementa la convicción del individuo que la decisión que ha tomado es la adecuada.

- b) El conflicto interpersonal** se califica como la tensión entre dos o más entidades sociales (individuos, grupos u organizaciones mayores) proveniente de la incompatibilidad de respuestas reales o deseadas. Por ejemplo, el caso de los primitivos nómades que pelean por la ocupación de la única cueva; el inquilino y el propietario que se enfrentan por el pago de la renta. Estos tipos de

⁷¹ FESTINGER, L. Teoría de la disonancia cognoscitiva. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España. 1975, citado por WORCHEL, Stephen y LUNDGREN, Sharon, p.32.

conflictos se dan en el marco de la interrelación. Las relaciones son el contexto dentro del cual se dan las interacciones. Desde que nacemos hasta que morimos las relaciones son el centro de nuestra existencia. Somos concebidos en medio de relaciones, al nacer nos introducimos en relaciones, vivimos nuestra vida dentro de relaciones, dependemos de los otros para la realización de la vida misma porque el hombre es un ser de necesidades que las satisface socialmente. Estas relaciones no son estáticas, ni se agotan en un instante, todo lo contrario, son dinámicas, ello nos hace conocer el conflicto como un proceso en movimiento, porque no sólo nace, sino que se desarrolla y puede llegar a transformarse, a permanecer estacionario, a desaparecer; además, el carácter relacional del conflicto conlleva a involucrar a dos o más partes en el que predominan interacciones antagónicas, a las que nos referiremos más adelante.

Por consiguiente, el conflicto se produce de muchas formas y a todos los niveles del comportamiento humano: **intrapersonal e interpersonal**, y, puede ocurrir en todos los niveles de manera simultánea.

6.3.3.- Objetivo del conflicto

Para comprender mejor un conflicto, es aconsejable examinarlo bajo su correlación con el cambio, porque todos los conflictos se producen porque alguien desea efectuar un cambio, al cual otro se resiste. El cambio es un medio para lograr un fin y el conflicto es simplemente algo que hay que superar de la manera más rápida y con el menor costo posible. El conflicto se identifica con el cambio, son

inseparables, pero, el conflicto no siempre provoca un cambio y el cambio no siempre provoca un conflicto. Algunos estudiosos consideran que el cambio se origina en la mente de los hombres; y, si bien no se puede regular la mente de los hombres se puede regular el modo y la manera como se desarrolla.

El cambio es el objeto fundamental a que debe apuntarse en el análisis de todo conflicto y el vínculo esencial entre las personas y el conflicto. Se debe intentar analizar cualquier conflicto partiendo de la base de definir: quién está tratando de cambiar algo, qué se quiere cambiar y por qué.

6.3.4.- Dinámica del conflicto

"El conflicto no es algo que se da en un instante sino responde a un proceso. Es el resultado del juego, del enfrentamiento, de la lucha, de la confluencia entre las partes. El conflicto no tiene origen en una parte, se genera en la lucha entre dos partes que en algún sector son incompatibles. Según Marinés Suárez,⁷² si fuéramos más precisos en nuestro lenguaje no deberías hablar de conflicto, sino de proceso conflictivo, es decir, de una incompatibilidad que nace, crece, se desarrolla y a veces puede morir, y otras simplemente quedar estacionaria. De igual modo, Boulding⁷³ sostiene que los conflictos tienen su propio ciclo de vida; surgen, existen durante algún tiempo y desaparecen debido a sus propias tendencias inherentes, sin

⁷² SUAREZ, Marinés. Op.cit. p.75

⁷³ BOULDING, Kenneth. Op.cit, p. 507

intervenciones de resolución como la **Conciliación**. Rummel⁷⁴ señala que el ciclo de vida de un conflicto puede dividirse en cinco (5) fases: 1) el conflicto latente; 2) la iniciación del conflicto; 3) la búsqueda de equilibrio del poder; 4) el equilibrio del poder; y, 5) la ruptura del equilibrio. Este ciclo de cinco fases lo ilustra con el siguiente ejemplo. En problemas sobre el medio ambiente, los intereses de la industria maderera con frecuencia difieren de aquellos inclinados a la conservación del medio ambiente y la ecología.

6.3.5.- Fuentes del Conflicto

Se han dado muchas explicaciones acerca de las fuentes del conflicto. Así tenemos que, Burton⁷⁵ afirma que los conflictos emergen de manera predecible cuando las necesidades de los individuos no se ven satisfechas. Para este autor, nadie es responsable de generar el conflicto y nadie necesita dar cuenta de las intervenciones para cambiarlo porque las necesidades no pueden ser controladas por los participantes en la disputa ni por terceros. Los marxistas consideran que el conflicto está en función de las diferencias de clase socioeconómica, por ello, la intervención basada en el paradigma marxista se orientará hacia la promoción de la igualdad y la evaporación de las jerarquías. De estas dos posiciones se puede apreciar una idea en común: la intervención para resolver el conflicto

⁷⁴ Citado por FOLBERG, Op.cit. p. 40.

⁷⁵ BURTON, J. Conflict: Human Needs Theory, New York, USA., St. Martins Press, 1990, citado por Marinés Suárez, op. cit. p. 15.

está destinada al fracaso a menos que se erradique la condición causal, es decir, las diferencias de clase o las necesidades insatisfechas.

Según Ross Stanger⁷⁶ explicaba que el conflicto es la situación en la que dos o más seres humanos desean objetos que pueden ser obtenidos por uno o por otro pero no por ambas partes, incorporaba en su apreciación sobre los orígenes del conflicto a la escasez de recursos, por ello, decía que si los objetivos fuesen considerados asequibles para todos no se daría el conflicto."

6.3.6.- El Conflicto Irreal

No todo lo aparentemente antagónico es conflicto. En la mayor parte de las veces, casi todos los conflictos contienen elementos que son reales e irreales. Entonces, es importante determinar cuándo estamos ante uno de ellos. Las deficiencias en la comunicación, sea por la percepción equivocada, por malentendidos o por una equivocación equívoca crean conflictos irreales, que a su vez generan más violencia y sangre como los reales.

Cuando una situación aparentemente trivial está generando más apasionamiento del justificado, ello nos da la seguridad que hay en juego factores encubiertos. Este indicio sugiere investigar más, sacar a la luz lo que realmente está sucediendo, apreciar el iceberg en toda su dimensión y no sólo la parte superior y visible de éste. Situaciones que

⁷⁶ STANGER R. Psychological. Aspects of Conflict

son en apariencia triviales suelen agravarse porque la gente las considera irrelevantes y no profundiza en sus causas.

Floyer⁷⁷ señala que "...un análisis más profundo puede revelar un conflicto grave que está gestándose bajo la superficie que sólo revela su presencia con algunas ocasionales exhalaciones de vapor."

Una de las causas de los conflictos irreales con las deficiencias en las comunicaciones. Estas pueden expresarse desde **informaciones equívocas, percepciones equivocadas y malentendidos**. Por ello, se sugiere que para intervenir en el análisis de un conflicto se debe comprobar la calidad de la comunicación existente entre las partes. Las percepciones equivocadas son las generadas por una comprensión inadecuada, una interpretación prejuiciosa de una situación o una mala lectura de las acciones de los demás, que son los motivos que contribuyen a crear conflictos irreales.

6.3.7.- Clasificación del Conflicto

Conforme hemos expuesto, el conflicto es un proceso dinámico que se da en la interacción de las relaciones antagónicas, que involucran acciones, pensamientos, valores, necesidades, expresadas en algunos casos agresivamente, cuya solución puede ser conducida por las partes o por un tercero. En este sentido, teniendo en cuenta algunos elementos de esta definición, se ha efectuado la siguiente clasificación:

⁷⁷ FLOYER ACLAND, Andrew. Cómo utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones. Barcelona, España, Paidós empresa 15, 1993. P. 83.

a) **Por la relación con el conflicto.-** Conflicto **intrapersonal**: es aquel que ocurre al interior del individuo, no hay interrelación y es unilateral por el sujeto que lo asume.

Conflicto interpersonal, es la desavenencia que surge entre individuos o grupos de éstos. Por ejemplo, Pablo se enfrenta en una ardua polémica con Mateo.

b) **Por la existencia del conflicto.-** Conflicto **real**: se basa en diferencias bien conocidas y entendidas entre intereses, opiniones, percepciones, interpretaciones: diferencias que han sido examinadas por las partes en cuestión y que éstas no han podido resolver.

Conflicto **irreal**: se basa en una comunicación errónea, una percepción equivocada, un malentendido.

Conflicto **inventado**: es el conflicto irreal iniciado deliberadamente, ya sea por sí mismo o para generar un conflicto real.

c) **Por la naturaleza del conflicto.-** Conflicto **manifiesto**: es el que se exterioriza abiertamente o explícitamente. Con frecuencia abarca componentes simbólicos del conflicto oculto pero se percibe como más seguro. Por ejemplo, el conflicto entre padre e hijo sobre las llaves del automóvil.

Conflicto **oculto**: está expresada en situaciones implícitas, ocultas, negadas. Este tipo de conflictos puede resultar emocionalmente doloroso, que puede estimular el conflicto interno y la conducta defensiva.

- d) Por la intencionalidad de las partes.- Agresivos:** cuando se actúa con la intención de causar daño entre las partes. Por ejemplo, la guerra.
- No agresivos:** el daño no está en la intención de las partes. El caso del conflicto entre el padre y el hijo para lograr éste el permiso para la fiesta.
- e) Por el reparto del conflicto.- Ganador - perdedor:** las partes responden frente al conflicto bajo el esquema: "yo contra ti".
- Ganador - ganador:** las partes responde bajo el esquema "nosotros contra el conflicto". Esta situación permitirá que las partes trabajen la solución bajo un esquema colaborativo.
- f) Por la colaboración con el conflicto. Adversiales:** las partes se ubican como enemigos y no como colaboradores para la solución del conflicto.
- No adversiales:** las partes consideran que ambas tienen un problema en común y que tienen que enfrentarlo en forma colaborativa y no adversialmente.
- g) Por la intervención de un tercero.- Tercero dirimente:** cuando el conflicto es definido por un tercero ajeno a las partes que impone la solución a través de un proceso judicial o el arbitraje.
- Tercero conciliador:** en este caso hay intervención de un tercero ajeno a las partes que colabora con ellas para que éstas encuentren la solución a su problema.
- h) Por el poder de decisión.- Las partes:** si las propias partes deciden el conflicto, estamos ante el caso del ejercicio de la

autonomía privada de la voluntad, como en el caso de la conciliación.

El tercero: si un tercero ajeno a las partes define el conflicto como es el caso, del ejercicio de la jurisdicción a través del proceso judicial.

i) Por la composición de las partes.- Bilateral: si están involucradas en el conflicto dos personas.

Multilateral: si responden al conflicto grupos de personas o comunidades, por citar, la confrontación deportiva entre el equipo A con el equipo B.

j) Por las fuentes del conflicto.- Recursos: la situación en la que dos o más seres humanos desean, objetos que pueden ser obtenidos por uno o por otro pero no por ambas partes, tiene como fuente la escasez de recursos.

Valores: se refieren a los elementos no materiales de un conflicto como las creencias religiosas, los principios morales, las ideologías políticas, las reputaciones personales y la categoría social pública.

Percepciones: están constituidos por las deficiencias en las comunicaciones provenientes de informaciones equívocas y malentendidos.

k) Por la naturaleza del conflicto.- Con relevancia jurídica: son los hechos que responden a una regulación en el ordenamiento jurídico. Por ejemplo, prestar asistencia a los hijos.

Sin relevancia jurídica: se refieren a todos los conflictos que existen en la interrelación, pero que su existencia no está regulada jurídicamente; por citar, un partido de fútbol, una polémica.

6.3.8.- Los niveles del conflicto

Según el autor, Daniel Dana⁷⁸, los conflictos son graduados en tres niveles que se inician desde los "roces" insignificantes, pasando por los "choques" de mediana intensidad, hasta la "crisis" grave que amenaza la existencia misma de la relación.

A medida que se acumulan los roces y aumenta la tensión, la comunicación se deteriora, por ello se recomienda que antes que los roces se conviertan en choques idearse un ardid que guste mucho para evitar las tensiones en la relación. El ardid consiste en hacer un gesto conciliatorio a la otra persona.⁷⁹ Se dice que por un reflejo psicológico automático, los gestos amables producen reciprocidad. Si se produce el intercambio sincero, la tensión desaparece rápidamente y permite renovar la confianza.

Hay momentos en la vida en que podemos encontrar diferencias tan profundas que ni siquiera la comunicación regular sirve para algo.

La respuesta que podamos dar a los conflictos pueden ser varias pero la menos adecuada será el valerse deliberadamente de los reflejos equivocados como estrategia para defenderse de la situación conflictiva. Si bien se puede optar por mantener una distancia emocional, una incomunicación a fin de protegerse de los maltratos del otro o bien amenazar y manipular para no salir vencido en lo que podría ser un conflicto interminable de ganar o perder; ninguna de esas

⁷⁸ DANA, Daniel. Cómo pasar del conflicto al acuerdo. Bogotá, Colombia, Norma, 1992. P.30.

⁷⁹ Son manifestaciones de gestos conciliatorios el invitar al compañero de trabajo a almorzar, preguntarle cómo está su familia, dar al cónyuge un abrazo fuerte, traer flores a la casa, ofrecerse a colaborar en las cosas del hogar, entre otros.

salidas le producirá satisfacción y con el tiempo podrán deteriorar todavía más la relación.

6.3.9.- El conflicto destructivo

Las relaciones entre los seres humanos se dan para satisfacer necesidades, sean laborales, familiares, amicales, porque "no somos una isla". La naturaleza humana exige que dependamos de otros, que seamos interdependientes con otros en la satisfacción de nuestras necesidades individuales. La existencia del conflicto si bien es inevitable no es nefasta, todo lo contrario, lo nefasto es la manera cómo se aborda.

La concepción que en un conflicto alguien tiene que ganar o perder es una respuesta autodestructiva y primitiva porque estamos negando la posibilidad del mutuo beneficio en las partes del conflicto. Daniel Dana ⁸⁰ ubica a los reflejos equivocados y los espejismos como las respuestas autodestructivas en el conflicto y lo explica así: cuando los seres humanos vivían en comunidades pequeñas los reflejos los llevaba a su instinto de huir o pelear. La mejor manera de evitar el peligro era escapando y apartándose de la amenaza; y si la vía de escape estaba bloqueada, la mejor forma de protegernos de una amenaza era usando la fuerza contra la fuerza, con la esperanza de vencer al otro".

⁸⁰ Dana, Daniel, op. cit. pp. 18-20.

Los espejismos son percepciones deformadas que no nos permiten tener una información exacta acerca del mundo exterior. Nuestro comportamiento se basa en la suposición que nuestras percepciones son correctas. Las percepciones se convierten en espejismos cuando alguna otra persona ve en ellas una interpretación imprecisa de la realidad. Los espejismos son universales y forman parte de nuestro mecanismo biológico de percepción. Daniel Dana presenta tres espejismos que ocurre en un conflicto interpersonal autodestructivo.

- 1) **El espejismo de ganar o perder:** no obstante se exhorta a considerar al conflicto como una oportunidad valiosa para solucionar los problemas de manera creativa, lograr sinergia y madurar como personas, tenemos que reconocer que el primer impulso ante una situación conflictiva es reaccionar bajo el esquema ganar - perder.
- 2) **El espejismo de la mala persona:** existe la tendencia a creer que el conflicto es consecuencia directa de los defectos personales de la otra parte y nos absolvemos de nuestra propia contribución al problema. Encontramos excusas para lo que hacemos, pero somos incapaces de excusar al otro: "nos consolamos pensando que la culpa es de la otra persona y que nosotros somos tan sólo una víctima inocente y desdichada". La causa está en que ella es diferente y no en la maldad.
- 3) **El espejismo del obstáculo insalvable:** se tiende a exagerar la dificultad para conciliar nuestras diferencias hasta el punto de considerarlo imposible. No

se ve una manera de rodear el obstáculo que se halla en el camino.

6.3.10.- El Conflicto Jurídico

El hombre es un ser social, por consiguiente no puede vivir aislado de la sociedad. Sin embargo, en esa convivencia el conflicto es parte inherente a la relación y como tal se expresa en las diversas manifestaciones de la vida social, sea en el trabajo, en el hogar, en la vida afectiva, etcétera. De todas las expresiones de conflicto, sólo interesarán al Derecho el que sea relevante jurídicamente.

Un conflicto deportivo o una discusión científica encarnizada no son expresiones de conflictos jurídicos, salvo que en el primer caso, hubiere degenerado en lesiones o atentado contra el honor de los polemistas. Son conflictos sin trascendencia jurídica porque los supuestos no están contenidos en ninguna norma jurídica de nuestro ordenamiento. Si bien en el caso de la competencia deportiva pudieran existir bases y reglamentos que regulen el campeonato, ellos solamente operarán para el tema del conflicto deportivo, que es totalmente distinto al conflicto jurídico.

Un conflicto de intereses tiene relevancia jurídica cuando la materia de los intereses resistidos, está prevista dentro del sistema jurídico de una sociedad políticamente organizada. Por ejemplo el hijo que reclama alimentos a sus padres, el acreedor que exige al deudor el pago, son ejemplos de ellos, porque existe en nuestro ordenamiento jurídico dichos supuestos de hecho; pero, se debe aclarar que la relevancia jurídica de un conflicto no puede estar

reducido a la identificación de una norma jurídica escrita que acoja el supuesto de hecho que sustenta el conflicto de intereses, sino en todo el plexo de posibilidades que están presentes en un sistema jurídico.

La Conciliación puede operar sobre todo conflicto con relevancia o sin relevancia jurídica; el procedimiento conciliatorio es aplicable a ambas situaciones, con la salvedad que el Derecho sólo se interesará por aquellos que tengan relevancia jurídica. Podemos afirmar, que si bien, la conciliación opera en todo conflicto sea relevante o no jurídicamente, serán únicamente los primeros los que tendrán la protección jurídica para su ejecución.

El conflicto es una manifestación inherente a toda relación social y como tal siempre constituirá un presupuesto para la Conciliación. Todas las manifestaciones conflictivas de la vida humana no pueden ser conciliables, hay situaciones que por su naturaleza y las circunstancias de las disputas no resultan aconsejable intentar la conciliación, pero, ésta - desde el punto de vista de la transparencia jurídica - sólo existirá en la medida que el conflicto con el que se opere sea uno de relevancia jurídica, esto significa que el universo de la conciliación en general es el conflicto, pero, para el tema de la Conciliación con efectos jurídicos solamente operará con el conflicto con regulación jurídica, el resto de conflictos que no están dentro de la afectación jurídica, podrán ser conciliados pero no están sometidos a los efectos de la juricidad; por citar, la desavenencia sentimental de una pareja, no es un conflicto jurídico, pero si lo será si a consecuencia de ello, por ejemplo A agrede o atenta a B contra bienes jurídicos tutelados.

Entonces, del universo de conflictos, una parte de ellos tendrá relevancia jurídica, así como también una parte de ellos será conciliable.

6.3.11.- Formas de Solución del Conflicto

Generalmente el común de las personas piensa que los conflictos son destructivos y que las únicas opciones son: perder o ganar.

Los conflictos pueden ser abordados para su solución bajo diversos medios, como: **determinando quién es más poderoso, reconciliando los intereses de las partes y determinando quién tiene la razón.**

Determinando quién es el más poderoso, es la manera más común de recurrir al empleo de la fuerza para dirimir el conflicto. En este caso, el conflicto se soluciona porque tiene mayor fuerza física, mayor poder económico y mayor autoridad; la parte débil no tiene otra alternativa que aceptar la autoridad del más fuerte o padecer las sanciones que éste decida imponer.

Este medio tiene la ventaja de solucionar directa e inmediatamente el conflicto pero a su vez le genera consecuencias como la destrucción de las relaciones, suprime los problemas que sería mejor resolver, acumula enemigos y resentimientos para el futuro, socava la confianza y la integridad de las personas involucradas.

Reconciliando los intereses de las partes, significa el reconocimiento que hay dos personas en el mismo problema y que la única manera de poder salir es ayudándose mutuamente. Es dinámico,

porque exponemos nuestro punto de vista y nos responden con el de ellos, analizamos los pro y contras de cada uno para luego aceptar o rechazar las ideas, tan igual como ellos hacen los mismo para luego llegar a un acuerdo. Las desventajas, es que pueden degenerar en luchas por el poder; las emociones fuertes impiden una comunicación eficaz, cada parte puede atrincherarse en una posición y negarse a mover.

Determinando quien tiene la razón, significa el reparto de derechos y utiliza para ello como parámetro objetivo la ley. Bajo esta óptica se permite que se conozcan los hechos, se ponderen las pruebas y se espere la decisión de un tercero basado en la Ley. Es decir, delegamos la responsabilidad de nuestros problemas para que terceros los solucionen. Esta opción tiene las desventajas de ser lenta en un mundo que cada vez es más dinámico; el resultado del veredicto es impredecible; puede destruir las relaciones porque no existe cooperación sino confrontación. El satisfacer intereses, reconoce que hay dos personas en el mismo hoyo y la única manera de poder salir es ayudándose mutuamente.

6.4.- Medios Alternativos de Resolución de Controversias

Llamado también la justicia alternativa, son mecanismos procesales que coadyuvan a solucionar las controversias, sin tener que recurrir a la vía judicial.

Estos medios alternativos de resolución de controversias, son: la conciliación, el arbitraje, la mediación y negociación. Vamos a ocuparnos de cada una de estas instituciones.

6.4.1.- La Conciliación

Según Guillermo Cabanellas, la conciliación es la "avenencia de las partes en un acto judicial, previo a la iniciación de un pleito".⁽⁸¹⁾

Es un mecanismo alternativo para la resolución de controversias, consistente en una negociación asistida, configurándose en un proceso mediante el cual, las partes involucradas en un conflicto acceden voluntariamente a permitir la intervención de un tercero (técnico e imparcial) y con capacidad de proponer fórmulas conciliatorias (que sirve de facilitador entre ellas), en el logro de una solución concertada ".⁽⁸²⁾

"La conciliación es un medio de evitar el litigio. Su objeto es estimular a las partes para que decidan amigablemente sus diferencias, sin empeñarse en el proceso contencioso, pesado y lento, no exento de obstáculos y generalmente costoso".⁽⁸³⁾

El artículo 38 de la Ley de Protección al Consumidor, Decreto Legislativo No. 716, prescribe que "la Comisión de Protección al Consumidor, establecerá, directamente o mediante convenios con instituciones públicas o privadas, mecanismos alternativos de resolución de disputas del tipo de arbitraje, mediación, conciliación o mecanismos mixtos, que mediante procedimientos sencillos y rápidos, atiendan y resuelvan con carácter vinculante y definitivo para ambas

⁸¹ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. T.I., Bs. Aires, Argentina, Edit. Heliasta, p. 449.

⁸² RUSKA MAGUIÑA, Carlos. Manual de Formación y Capacitación de Conciliadores. p. 2

⁸³ FLORES POLO, Pedro. Diccionario de términos jurídicos.T.I., Trujillo, Perú, Editorial Marsol S.A. p. 527.

partes las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios, sin perjuicio de las competencias administrativas.

Actualmente, tenemos la Ley de Conciliación No. 26872 y su Reglamento, D.S. No. 001-98-JUS, mecanismo alternativo, al cual se le está dando bastante difusión.

6.4.1.1.- Introducción

Desde sus albores, la Conciliación ha tenido como fin primordial servir de remedio a situaciones en conflicto. Etimológicamente la “*conciliatio*” proviene del verbo *conciliare*, que significa concertar, poner de acuerdo, componer o conformar dos partes que se debaten en una controversia de intereses o en disidencia. Esto significa que la Conciliación tiene como condicionante al conflicto y como presupuesto la existencia de más de una voluntad. Conforme lo tenemos expresado, el conflicto está latente en todas las manifestaciones de nuestra vida diaria, desde la afectiva, laboral, familiar, etcétera. Hay la posibilidad de que todas estas manifestaciones podamos conciliar, pero, solamente nos interesa el conflicto con trascendencia jurídica y especialmente la conciliación administrativa que se lleva a cabo a través de la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI.

Por otro lado, no todos los conflictos con trascendencia jurídica podrán ser conciliados. Hay restricciones de orden social, público y moral que niegan

la posibilidad de conciliar conflictos que encierran la violación de bienes jurídicos protegidos y que se ubican en la esfera tuitiva del Derecho Penal. Por ello, la Ley de Conciliación Extrajudicial regula expresamente dicha prohibición en el artículo 9, dejando solamente la posibilidad de conciliar las relativas a la cuantía de la reparación civil derivada de la comisión de delitos. Por consiguiente nosotros solamente vamos a tratar la conciliación que tenga relación con el conflicto con relevancia jurídica, partiendo desde sus orígenes históricos.

6.4.1.2.- Origen y evolución histórica

La conciliación dentro del contexto histórico está íntimamente ligada a la evolución del hombre dentro de la sociedad, pues debemos tomar en cuenta que el conflicto es inherente a la naturaleza sociable del ser humano, por lo que mientras exista vida en el planeta existirá conflicto. El conflicto está implícito en el ser humano, tanto como su ánimo de solucionarlo a través de la conciliación. El conflicto constituye el punto de partida para arribar a una conciliación, pues de no existir aquél, tampoco existiría ésta.

“Históricamente sabemos que no ha existido sociedad alguna donde no se haya conocido el conflicto y, por tanto, la necesidad de encontrar diversos mecanismos

de solución. Según el grado de desarrollo histórico, el jefe de la aldea o comarca o el gobernante de turno – en las sociedades más civilizadas – siempre han orientado todos sus esfuerzos a la búsqueda de instrumentos adecuados y alternativos de solución de conflictos, siendo uno de éstos la Conciliación.”⁸⁴

Por ejemplo, en la sociedad Hebrea, dado el espíritu de mansedumbre y de concordia que caracterizaba a los antiguos patriarcas, ya se conocían las exhortaciones a la conciliación, pues estaban convencidos que una de las maneras más nobles de terminar las contiendas judiciales era por este medio. En Roma, la ley de las doce tablas otorgaba fuerza obligatoria a lo que convinieran las partes al ir a juicio, esto denotaba la importancia que tenía para los antiguos romanos la avenencia entre las partes. La importancia que le brindaron los romanos a la avenencia entre las partes, para terminar un juicio, fue mayúscula, a tal punto que no sólo edificaron el Templo de la Concordia, sino que levantaron una columna a la memoria de JULIO CÉSAR, a donde acudía el pueblo a ofrecer sacrificios y a conciliar sus pleitos. La ley de las doce tablas no hacía sino dar fuerza a las composiciones y arreglos entre los litigantes,

⁸⁴ ZEGARRA ESCALANTE, Hilmer. Formas Alternativas de Concluir un Proceso Civil. Trujillo, Perú – Marsol Perú Editores S.A., 1998, pp. 28-29.

no estableciendo una magistratura que tomase la iniciativa en la avenencia. En gran medida, el Templo de la Concordia podía mirarse como una incitación poética, siendo la columna de César erigida por el buen sentido de los litigantes, mas no por disposición del legislador de aquella época.

“Honorio III, reguló formalmente la necesidad preliminar de la conciliación, y declaró que en todo negocio en que ésta fuera posible, tenían los jueces no sólo la facultad, sino la obligación y el deber de tratar de conciliare a las partes, sin preocuparse del rigor del derecho, deteniéndose en el principio del pleito.”⁸⁵

La Iglesia contribuyó notablemente con la conciliación, siempre animada por el espíritu de fraternidad y de concordia propugnaba la conciliación de las desavenencias llegando a pronunciar una sentencia condenatoria únicamente cuando no le quedaba abierto otro camino.

“En la antigua China, la conciliación fue el principal recurso para resolver las desavenencias. Confucio afirmaba que la resolución óptima de una desavenencia se lograba a través de la persuasión moral y el acuerdo, y no bajo la coacción. Confucio se refería a una armonía

⁸⁵ DE LA LAMA, Antonio. Código de Enjuiciamientos en Materia Civil. Lima, Perú. Editorial Librería e Imprenta Gil. 1905, p. 447.

natural en las relaciones humanas, que no debía interrumpirse. También señalaba que la conciliación en gran escala sigue vigente en la República Popular China, donde se otorga gran importancia a la autodeterminación y a la mediación en la solución de todo tipo de desavenencias”.⁸⁶

El maestro Carnelutti denomina a la Conciliación, como “el equivalente jurisdiccional”, lo cual constituye la más noble de las formas de solucionar un conflicto, pues un proceso judicial por más impecable que sea y aún respetando las garantías del debido proceso, termina con una sentencia en la cual hay un ganador y un perdedor; de esta manera el fallo judicial termina alejando mucho más a las partes en conflicto, haciéndose imposible la idea de volverlos a unir, sin conseguir la paz social “fin abstracto de todo proceso judicial”.

La Ley 15, Título I, Libro II del Fuero Juzgo en España, regulaba los mandaderos de paz y avenidores, pero estos funcionarios no eran una institución permanente, sino que eran nombrados en cada caso por el Rey para avenir y conciliar los pleitos que éste les indicaba determinadamente. Por ello la conciliación, no era un trámite previo y necesario para los litigantes, sino,

⁸⁶ ALMEIDA PEÑA, Feliciano. La Conciliación en la Administración de Justicia. Trujillo, Perú, Marsol Perú Editores S.A., 1997, p. 30.

que sólo existía en ciertas causas, en que por la importancia de las mismas o de las personas que litigaban podían originar perturbaciones.

El Título II de la Ley 3° de la Partida III se expresa: “Con el laudable fin de evitar el mayor número posible de litigios, está mandando en el día que, sin hacer constar que se ha intentado el medio de conciliación y que ésta no ha tenido efecto, no pueda entablarse ni admitirse en juicio demanda alguna, civil ni ejecutiva, sobre negocio susceptible de ser completamente terminado por avenencia de las partes”⁸⁷

La Conciliación se generalizó con la Revolución Francesa, quizá por la influencia que en ella tuvieron los escritos de Voltaire. Bajo esta influencia la Ley del 24 de agosto de 1790, consignó que no se admitiría demanda alguna civil sin previo intento de la conciliación y que en éste no podrían concurrir curiales. No fueron muy beneficiosos sus resultados, cuando al tratarse en 1806 de publicar el Código de Procedimiento Civil, el Consejo de Estado de Francia aconsejó que fuese suprimida, a pesar de lo cual, fue conservada como obligatoria la

⁸⁷ FABREGA Y CORTÉS, Magin, señala que en las Partidas tampoco se encuentra regulada la institución, aunque sí la de los avenidores o amigables componedores, que presenta cierta analogía con la conciliación. ANAYA, Enrique, refiere que sí tiene regulación en las Partidas. Ver: FABREGA Y CORTÉS, Magín. Lecciones de Procedimientos Judiciales. Barcelona, España, 3ra. Edición, 1927, p. 446 y ANAYA, Enrique. Conciliación de partes en el Proceso Civil. En: Revista de Jurisprudencia Argentina, Tomo IV, Octubre-Diciembre, 1946, p. 89.

conciliación. Sin embargo, el Código ginebrino de 1819, se separó de este precedente y admitió el acto de conciliación como voluntario.

En lo que se refiere a España, la conciliación podemos ubicarla en la Constitución de 1812, a excepción, si se quiere de algunas leyes especiales, sobre todo en materia mercantil, como las Ordenanzas de Bilbao.

De manera general, la conciliación y la mediación han sido practicadas por personas dotadas de un entrenamiento informal y generalmente en el contexto de otras funciones o deberes.

En Colombia, existe regulado el tema de la Conciliación en las normas del Derecho canónico, en el Derecho laboral, en el Derecho civil, en el Derecho de familia, en el Derecho agrario, en el contencioso-administrativo. Desde la vigencia de la Ley N° 23 de 1991, se reestructuró el tema de la Conciliación en diversas materias, cuyo distintivo especial en el Derecho laboral consiste en lo obligatorio y previo al proceso ordinario, al mismo tiempo la transformó en un presupuesto procesal para demandar. Esta misma ley da la posibilidad de celebrar la Conciliación aunque haya proceso judicial en marcha, la que se lleva a cabo hasta antes de proferirse sentencia de primera instancia, no sólo

en los llamados Centros de Conciliación, sino, ante los conciliadores de equidad y el mismo Juez.

Como podemos apreciar, los particulares y la comunidad, en forma mayoritaria están utilizando los medios alternativos de resolución de controversias, entre ellos, la conciliación, para solucionar sus conflictos, ante las deficiencias administrativas y jurisdiccionales que presenta el Poder Judicial.

6.4.1.3.- Finalidad de la Conciliación

La Conciliación, como fin general busca solucionar el conflicto de intereses, con la ayuda de un tercero llamado conciliador. Esta finalidad tiene su fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad; sin embargo, tiene dos finalidades:

a) La Conciliación extrajudicial o previa.- Esta conciliación, está orientada a evitar la judicialización del conflicto, es decir, a prevenir los litigios, intentando resolver un conflicto sin recurrir a la fuerza ni a la tradicional decisión judicial. Con ello se pretende que el Estado asuma con convicción, la ineludible obligación de replantear el sistema de administración de justicia en el Perú de tal modo que genere mayores alternativas y espacios a quienes buscan justicia, evitando la judicialización de éstos. Por ello el gobierno ha promulgado la Ley N° 26872 y su respectivo Reglamento. , para promover la democracia

participativa a través del ejercicio de la autocomposición en la solución de los conflictos, por la cual las partes solucionan un conflicto con la ayuda de terceros.

b) La Conciliación judicial.- Antes de la promulgación de la Ley de Conciliación N° 26872, se advertía que la Conciliación estaba orientada únicamente a evitar que los conflictos ya judicializados terminen por la decisión del Juez sino por la de las partes. La idea de la conciliación judicial, ha sido siempre de que un proceso pudiese culminar mediante la Conciliación; sin embargo, la experiencia nos ha demostrado que ésta no ha sido eficaz, debido a su escasa aceptación, pues los litigantes prefieren esperar las sentencias judiciales antes que las conciliaciones. Hoy en día podemos hablar de conciliación dual, orientada a satisfacer dos finalidades: a) evitar que el conflicto se judicialice; b) evitar que concluya por la decisión de un tercero heterocompositor, sino por la voluntad de las propias partes, esto es, bajo el sistema autocompositivo.

6.4.1.4.- Clases de Conciliación

Existen muchas clasificaciones, pero por cuestiones metodológicas, seguimos el esquema que nos plantea Marianella Ledesma Narváez, la cual se clasifica atendiendo diversos criterios, así tenemos:

1. Por la oportunidad

a.1) La Conciliación preprocesal

Es aquella que se va practicar con anticipación o antelación a la procesalización del conflicto. En otras palabras esta conciliación se orienta a evitar que el conflicto se judicialice, sirve para prevenir los litigios, tratando de resolver los conflictos sin recurrir a la fuerza ni a la tradicional decisión judicial. A este tipo de conciliación algunos autores en la doctrina lo denominan **“conciliación extrajudicial”**

Debemos resaltar la actividad del tercero conciliador, quien interviene para solucionar el conflicto, persigue atenuar temperamentos extremados tratando limar sus asperezas y favoreciendo proposiciones de autocomposición, pero, teniendo en claro que la solución dependerá siempre de las partes y no de la fórmula que el tercero conciliador propicie.

Las consecuencias jurídicas de las conciliaciones previas, difieren según la entidad o institución que lo realice. Cuando se practica ante los centros privados de conciliación, conciliadores en equidad y el Ministerio Público se considerarán como títulos de ejecución. Fuera de dichas entidades, los efectos que se les asigna será la de un título ejecutivo o la de un documento privado, según sea el caso. Para ejercitar esta conciliación previa, las partes pueden optar de modo excluyente por recurrir a

diversas instituciones, como por ejemplo; los centros de conciliación, creados por Ley N° 26872; las defensorías del niño y del adolescente; las Fiscalías en el tema de violencia familiar, los Centros de Conciliación en Equidad; la Ley Procesal del Trabajo, que regula la conciliación, sea privada o administrativa; el D.S. N° 002-96-TR, que establece el servicio permanente gratuito de orientación legal de parte el Ministerio de Trabajo, al sector privado, en el cual destaca la conciliación administrativa laboral; el D.L. N° 25593 que regula las relaciones colectivas de los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada; el D.S. N° 011-92-TR, que reglamenta la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, el cual considera a la conciliación; el Ministerio de Economía y Finanzas, a través del D.S. N° 67-95-EF ha creado una subcomisión encargada de evaluar los reclamos derivados del incumplimiento contractual de obligaciones asumidas por las empresas verificadoras con los importadores; la Oficina de Derechos de Autor, regulada en el Decreto Legislativo N° 822, tiene la atribución de actuar como mediador y también como conciliador en los conflictos que se presenten; la Ley de Propiedad Industrial, Decreto Legislativo N° 823, permite que en cualquier estado del procedimiento, la oficina competente cite a las partes a audiencia de conciliación.; en los procesos administrativos seguidos ante la Oficina de Protección al Consumidor del INDECOPI, regulado por

el Decreto Legislativo N° 716, modificado por el Texto Único Ordenado, D.S. N° 039-2000-ITINCI, regula que entre los medios alternativos de resolución de conflictos, la conciliación administrativa es un medio para solucionar las controversias entre proveedores y consumidores; en la tramitación de los procedimientos para la solución de los reclamos de los usuarios de los servicios públicos de telecomunicaciones ante OSIPTEL, también se ha previsto la conciliación; de igual modo, en el procedimiento arbitral se ha previsto que los árbitros promuevan la conciliación en todo instante; la Ley General de Sociedades N° 26887, permite que el Estatuto de la sociedad contemple la conciliación extrajudicial; el Decreto Legislativo N° 803, también incorpora los medios alternativos de solución de conflictos en los Asentamientos Humanos, Urbanizaciones Populares y Centros poblados incorporados al programa de formalización de la propiedad; en los casos de titulación de las tierras de las comunidades campesinas de la costa, la Ley N° 26845 ha establecido el régimen arbitral y conciliatorio para la solución de los conflictos; la Ley N° 24657, Ley de comunidades campesinas, deslinde y titulación de territorios, permite a la Dirección Regional Agraria para que promueva la conciliación.

a.2) La Conciliación intraprocésal

Es aquella que se desarrolla al interior de un proceso judicial, donde las partes a través de un procedimiento obligatorio y bajo la dirección del Juez, van a intercambiar sus puntos de vista sobre sus pretensiones y propuestas de composición, atribuyendo a los acuerdos que logren, los efectos de cosa juzgada y sancionando pecuniariamente a quien se resiste a ello.

El objeto de esta conciliación intraprocésal no va a estar orientada a la desjudicialización del conflicto, sino todo lo contrario, va a trabajar con el conflicto judicializado para lograr una solución a base de la autonomía de la voluntad de las partes y no por una decisión jurisdiccional.

La Conciliación intraprocésal o judicial, la podemos encontrar en el proceso único que prescribe el Código de los Niños y Adolescentes, en los casos de violencia familiar donde el Juez podrá ejercer la facultad conciliatoria conforme lo señala la Ley N° 26260 y en el prorrateo de las obligaciones alimentarias.

En materia laboral, la conciliación puede ser promovida según la Ley Procesal de Trabajo N° 26636.

Tratándose de delitos de calumnia, difamación, injuria y contra el honor sexual no perseguibles de oficio, pero sometidos a un procedimiento especial, el Juez debe invitar a las partes a conciliar. El nuevo Código Procesal

Penal que aún no entra en vigencia, también regula esta institución.

El Código Procesal Civil prescribe que la conciliación es una etapa obligatoria del proceso, que va a operar luego del saneamiento procesal.

a.3) La Conciliación post procesal

Es aquella que se da luego de la conclusión de un proceso judicial y por ende del conflicto. Lo más lógico es pensar que una conciliación puede darse antes del proceso, o dentro del proceso, pero no cuando el proceso ha concluido.

La conciliación post procesal opera con un conflicto ya dirimido a través de la decisión jurisdiccional. Ya no será tema de la conciliación post procesal la pretensión originaria del actor, o la posición del emplazado, sino el reparto que ha operado en la definición del conflicto, que opera de la evolución de pretensiones originarias contenida en la demanda o en la contestación, a una conciliación que operará sobre lo declarado por la jurisdicción en la sentencia.

No es cierto que la conciliación no pueda operar a posteriori a la sentencia judicial, pues, nuestro sistema procesal permite a través del artículo 339 del Código Procesal Civil que se practique actos jurídicos a posteriori a la sentencia consentida o ejecutoriada tendientes a regular o modificar el cumplimiento de la sentencia.

Debemos aclarar que si bien se permite celebrar cualquier acto jurídico tendiente a modificar a regular el cumplimiento de la sentencia, dichos acuerdos no generarán cosa juzgada ni serán ejecutables, pues, solamente lo que goza de dicha calidad es la sentencia consentida o ejecutoriada, en mérito a la consideración de la seguridad jurídica y el orden público a que responde la institución de la cosa juzgada, la que preserva el orden y la paz, evitando que los debates judiciales se renuevan indefinidamente

El objeto de la conciliación post procesal, es evitar la judicialización del posible conflicto que podría desencadenar el incumplimiento de la sentencia, trabajando por la viabilidad de una solución que inclusive puede llegar a condonar la obligación que ésta contiene, novarla, prorrogar el plazo para su cumplimiento, convenir una dación en pago y, en general celebrar cualquier acto jurídico destinado a regular o modificar el cumplimiento de la sentencia.

Finalmente, podemos hablar de una conciliación sui géneris, porque opera sobre un tema en el que ha recaído la cosa juzgada. Es una conciliación que no deviene en exigibles las prestaciones a las que hubieran arribado las partes porque no genera cosa juzgada, no resuelve ningún conflicto, sino concilia la ejecución de

éste, pues, parte de dos supuestos: un conflicto ya resuelto y la seguridad jurídica que ello implica.

2. Por la condición del tercero

b.1) Conciliación Judicial

Como su nombre indica, el conciliador es el magistrado, que no obstante ejercer la potestad jurisdiccional, se despoja de ella y asume la función conciliatoria, operando con las reglas de la autocomposición. Generalmente el juez puede realizar su actividad conciliatoria intraproceso. La Ley Orgánica del Poder Judicial y el Código Procesal Civil regulan la conciliación judicial o intraproceso. Justamente en el proceso civil, la conciliación es considerada como un acto procesal donde las partes a través de un procedimiento conciliatorio bajo la dirección del juez van a intercambiar sus puntos de vista sobre sus pretensiones y propuestas de composición, atribuyendo los acuerdos que logren los efectos de la cosa juzgada y sancionando pecuniariamente a quien se resiste a ello. Esta conciliación trabaja con el conflicto ya judicializado y va estar orientada a buscar que el proceso judicial, no termine por la decisión de un tercero llamado Juez sino por la autonomía de la voluntad de las partes. Es importante señalar que la conciliación judicial en el proceso civil, constituye una etapa ineludible del proceso, a ejecutarse con posterioridad al saneamiento procesal;

en igual forma también es ineludible que el juez conciliador proponga fórmula conciliatoria al conflicto que se ventila.

La conciliación judicial también opera en los procesos regulados por el Código de los Niños y Adolescentes.

La Conciliación judicial en el área laboral, está regulado en la Ley Procesal de Trabajo.

b.2) Conciliación administrativa

Este tipo de conciliación se practica en el sector público. Así tenemos, por ejemplo en el INDECOPI, donde hay conciliación ante la Comisión de Defensa al Consumidor y también ante la Comisión de Represión de la Competencia Desleal.

También se realiza conciliación ante OSINERG, OSIPTEL, OSITRAN y CONACINE, la conciliación administrativa laboral que realiza el Ministerio de Trabajo y Promoción al Empleo, también la conciliación realizada por los Consultorios Jurídicos Populares, la conciliación realizada por las DEMUNAS (Defensorías Municipales del Niño y Adolescente).

b.3) Conciliación comunitaria o en equidad

A través del Reglamento de la Ley de Conciliación, se ha regulado este tipo de conciliación, denominado también conciliación en equidad. Esta conciliación se efectúa al interior de la comunidad, cuyo conciliador es

propuesto por la propia comunidad para que trabaje únicamente al interior de dicho grupo solucionando los conflictos con fórmulas no legales sino consuetudinarias. Esta conciliación va a operar en grupos como la comunidad campesina o nativa, asentamiento humano, urbanización popular, comunidad religiosa u organización cívica, gremial o sindical. El procedimiento conciliatorio está regulado por la propia Ley de Conciliación N° 26872, su Reglamento, D.S. N° 001-98-JUS y la Resolución Ministerial N° 080-98-JUS.

b.4) Conciliación privada

Es aquella que se realiza por conciliadores particulares debidamente capacitados y acreditados ante el Ministerio de Justicia, cuya labor se realiza a través de un Centro de Conciliación.

En Derecho Laboral, la conciliación privada es voluntaria y se puede realizar ante una entidad o ante un conciliador individual, debiendo para su validez ser homologada por una Sala Laboral ante la solicitud de cualquiera de las partes, caso en el cual adquiere autoridad de cosa juzgada.

b.5) Conciliación arbitral

Es aquella que se hace dentro de un procedimiento arbitral por una entidad arbitral. Los árbitros pueden promover la conciliación en todo momento,

conforme lo prescribe la Ley General de Arbitraje, pero no especifica si es que tiene que practicar la conciliación el mismo árbitro del procedimiento o ser derivada a alguna entidad o persona distinta a éste para su realización. El régimen arbitral de la propiedad de las comunidades campesinas de la costa, de la bolsa de valores, de la bolsa de productos, de las contrataciones y adquisiciones del Estado, permiten en igual forma la función conciliatoria, pero en la práctica muy poco se realiza, generalmente el arbitraje continúa hasta el final conforme a su procedimiento.

3. Por el resultado del acuerdo

c.1) Total

La conciliación es total, cuando se ha encontrado la solución a todas las pretensiones del conflicto, por lo que se puede afirmar que el procedimiento conciliatorio surtió sus efectos en su totalidad.

c.2) Parcial

Cuando el acuerdo conciliatorio no influye en todo el conflicto sino sólo en algunos puntos, y sobre éstos se llega a un acuerdo, se dice que la conciliación es parcial. Esto significa que quedaron algunos puntos pendientes por tratar, las que posteriormente serán objeto de litis.

c.3) Fracasada

De acuerdo a la práctica de la conciliación, no todos los conflictos pueden ser conciliados total o

parcialmente, porque muchas veces las partes no tienen ánimo de arreglar la controversia no asistiendo a las sesiones o planteando cuestiones no adversas para que fracase la conciliación.

En la conciliación extrajudicial, la inasistencia de una parte a dos sesiones o la inasistencia de las partes a una sesión califica el fracaso de la conciliación.

4. Por la iniciativa de las partes

d.1) Obligatoria

Por mandato de la Ley N° 26872, Ley de Conciliación, antes de iniciar un proceso civil se debe recurrir a la conciliación, a través de un centro privado de conciliación extrajudicial y conciliación de equidad, porque constituye un requisito de admisibilidad de la demanda, previsto en el inciso 7 del artículo 425 del CPC., adjuntando la copia certificada del acta de conciliación extrajudicial. Este acta constituye título de ejecución, en caso que hubiere acuerdo conciliatorio y éste no se cumple, es exigible a través de un procedo de ejecución de resolución judicial y si no hubiere acuerdo conciliatorio, es un prerrequisito para iniciar una acción judicial en la vía civil.

También se puede dar la conciliación obligatoria al interior de un proceso judicial en los siguientes casos;

En el proceso civil, que es practicada por el juez del litigio, como una etapa obligatoria del proceso, luego del saneamiento procesal.

En el proceso laboral, luego de saneado el proceso, el Juez invita a las partes a conciliar el conflicto.

En el proceso único que regula el Código de los Niños y Adolescentes, luego del saneamiento procesal, el Juez invocará a las partes a resolver la situación del niño conciliatoriamente.

En casos de violencia familiar, es obligatorio que el Fiscal convoque a la víctima y al agresor a una audiencia de conciliación para buscar una solución que permita el cese de los actos de violencia. El acta de conciliación tiene los efectos que regula el artículo 328 del CPC., esto es, la de una sentencia con autoridad de cosa juzgada.

En el proceso penal, por delitos de calumnia, difamación, injuria y contra el honor sexual, el Juez invitará a las partes a conciliarse.

En el arbitraje, constituye una etapa de éste, la citación a las partes a una audiencia de conciliación.

En materia administrativa, la conciliación es obligatoria, según el Reglamento General de OSIPTEL para la solución de controversias en la vía administrativa.

También es obligatoria, para evaluar los reclamos derivados del incumplimiento contractual de obligaciones asumidas por las empresas verificadoras con los

importadores, es necesario que previamente las partes acrediten haber coordinado la solución de sus diferencias.

Cuando hay discrepancias en los casos de deslinde y titulación del territorio de las comunidades campesinas, cuyos títulos se encuentren inscritos en los Registros Públicos, entonces la Dirección Regional Agraria invitará a los interesados para que lleguen a una conciliación y si no hubiera conciliación, la Dirección determinará el área en controversia.

d.2) Facultativa

Según la Ley de Conciliación N° 26872, no considera obligatorio la conciliación previa, cuando la parte domicilia en el extranjero, en los procesos cautelares, de ejecución y de garantías constitucionales.

En el proceso civil, aún habiéndose ya celebrado la conciliación luego del saneamiento, las partes pueden conciliar su conflicto en cualquier estado del proceso, siempre y cuando no se haya expedido sentencia en segunda instancia.

En los procesos penales, por delitos de contrabando y defraudación de rentas de aduanas, podrían terminar anticipadamente, si el Fiscal y el procesado llegan a un acuerdo.

De igual modo, en las reclamaciones de los usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones ante el OSIPTEL, el tribunal podrá, en los casos en que lo

considere oportuno, fijar día y hora para la realización de la audiencia conciliatoria entre las partes.

En conflictos sobre marcas de productos y de servicios, en cualquier estado del procedimiento, la oficina competente podrá citar a las partes a audiencia de conciliación.

También, en el procedimiento único de la Comisión de Protección al Consumidor y de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, el Secretario Técnico tiene la facultad de conducir las audiencias de conciliación que sean programadas o delegar la conducción de ellas en otras personas, según el caso.

En los conflictos laborales, si ninguna de las partes solicitaren la conciliación, la autoridad de trabajo podrá iniciar dicho procedimiento de oficio, si lo estimare necesario o conveniente, en atención a las características del caso..Este servicio permite la conciliación entre los trabajadores y empleadores a solicitud de los usuarios.

6.4.1.5.- Los sujetos de la conciliación

a) El Conciliador

El conciliador es un tercero ajeno a las partes del conflicto, que tiene parte activa en el proceso conciliatorio porque dirige, orienta y propone fórmulas de arreglo a las

partes.⁸⁸ El Conciliador, es una persona natural y no jurídica, lo que no implica que la función conciliatoria se pueda dar a través de alguna institución o centro de conciliación. El conciliador para ejercer la función conciliatoria no requiere tener una formación legal, debe ser una persona capacitada en técnicas de negociación y acreditada como tal, a través del Ministerio de Justicia, es decir, debe tener diploma de Conciliador Extrajudicial.

a.1) Clases de Conciliadores

- ❖ **Conciliadores judiciales.-** Son los que operan al interior de un proceso judicial. (Antes podían operar antes de un proceso judicial a través de los jueces de paz, que hoy está suspendido por la Ley de Conciliación N° 26872), en este caso estamos hablando de un juez especializado en lo civil o su similar, el juez mixto, quien está obligado a proponer la fórmula conciliatoria. También se puede dar en el proceso único del Código de los Niños y Adolescentes, en un proceso laboral, etc.
- ❖ **Conciliadores administrativos.-** Son terceros que desempeñan una actividad laboral en las dependencias públicas, es decir, en las oficinas administrativas del Estado. En material laboral operan

⁸⁸ Según el artículo 20 de la Ley N° 26872, la fórmula conciliatoria puede ser propuesta eventualmente, lo que implica una diferencia de la conciliación intraproceso donde el conciliador está obligado a proponer fórmula de avenencia.

en el Ministerio de Trabajo y Promoción al Empleo, en el servicio gratuito de orientación y asesoría legal; en los casos de deslinde y titulación del territorio de las comunidades campesinas ante la Dirección Regional Agraria. También tenemos la conciliación administrativa de la Comisión de Protección al Consumidor y de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del INDECOPI; ante la Oficina de Derechos de Autor, ante la Oficina de Marcas de Productos y de Servicios; en el procedimiento para la solución de controversias en la vía administrativa ante OSIPTEL.

- ❖ **Conciliadores privados.-** Son terceros que intervienen a solicitud de las partes para asistirles en la solución de sus controversias. En este grupo tenemos a **los** conciliadores extrajudiciales que cumplen labores en un Centro de Conciliación privado, según la Ley de Conciliación N ° 26872 y son personas capacitadas y acreditadas ante el Ministerio de Justicia. De igual modo, son conciliadores privados aquel que es propuesto dentro de una comunidad; también los que intervienen al interior de un procedimiento arbitral, la que regula la Ley Procesal del Trabajo.
- ❖ **Conciliadores en equidad.-** Son terceras personas que forman parte de una comunidad o grupo y que por

su trayectoria de vida, por el conocimiento que **tienen** de su entorno asisten a la solución de los conflictos existentes en su grupo. Son propuestos por una comunidad y el Ministerio de Justicia los designa, previa verificación de sus cualidades personales, su solvencia moral y la idoneidad para dirigir el procedimiento conciliatorio.

❖ **Conciliadores unipersonales.-** Son terceros Abogados que ejercen doble función: la de conciliador y la de supervisor de la legalidad de los acuerdos. Deben cumplir también con los requisitos de la capacitación y contar con una **infraestructura** igual al que se exige para los centros de conciliación. La ley no ha regulado este tipo de conciliadores.

b) Las partes

Son personas, sean naturales o jurídicas, vinculadas por divergencias, contradicciones o posiciones antagónicas. Están interrelacionadas y tienen un elemento en común: el conflicto sobre el cual va a trabajar la voluntad. Ellas son lo más importante en un proceso conciliatorio, pues, por más que el conciliador sea una persona con mucha destreza, autoridad y experiencia, el éxito del proceso conciliatorio va a estar marcado por la buena voluntad de las partes de querer lograr una

convergencia, que se va a expresar en el ejercicio de la llamada autonomía privada de la voluntad.

6.4.1.6.- El Procedimiento Conciliatorio según la Ley N° 26872.

La Ley de Conciliación N° 26872, conjuntamente con su Reglamento, establece el procedimiento conciliatorio a seguir para el logro de la solución de controversias.

El procedimiento conciliatorio destaca por ser flexible, un procedimiento fácil, sin mucho formalismo, lo cual fomenta la comunicación libre, la apertura mental, orientada a descubrir una visión productiva del conflicto.

En el procedimiento conciliatorio, “el conciliador no resuelve el problema, como si fuera un juez que sobre ella dispone el derecho aplicable, sino que coadyuva a que las partes lo hagan”.⁸⁹

El procedimiento conciliatorio está orientado a que las partes utilizando un lenguaje sencillo evalúen el problema que los separa y generen soluciones posibles; que el método que guíe el procedimiento sea flexible para permitir adecuarlo a las circunstancias de cada caso; que se trabaje soluciones preservando las relaciones entre las partes en lugar de destruirlas; que las soluciones no sólo se basen en criterios objetivos legales sino en posiciones

⁸⁹ GOZAINI, Osvaldo. La conciliación en el Código Procesal Civil. Teoría y Técnica. En: Revista Peruana de Derecho Procesal, Lima, Perú, Marzo, 1998, p.19.

con sentido común; permitiendo que las partes durante el procedimiento conciliatorio mantengan el control de sus intereses.

La Conciliación tiene una marcada influencia de la legislación extranjera, de muchos países, especialmente de Colombia y en especial de Argentina, donde si bien es cierto no tiene ley de conciliación, pero este último país ha optado por la mediación, declarado de interés nacional; nuestro Ley de conciliación también establece que es de interés nacional la institucionalización y desarrollo de la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos.

a) Objetivos del procedimiento conciliatorio

Los objetivos son de dos clases: material y formal.

Son objetivos de orden material, aquellos que se dirigen a la solución del conflicto de intereses que distancia a los participantes, del tal forma que la solución que se logre a través del procedimiento evita que la discusión de esta controversia termine judicializando las diferencias y ventilándose éstas a través de un proceso judicial.

Son objetivos de orden formal, aquellos destinados a obtener resultados, los mismos que están expresados en los títulos de ejecución y de procedibilidad.

a.1) Título de Ejecución.- Es aquel que contiene actos constitutivos de derechos ya declarados, no solamente por un órgano jurisdiccional sino que también son definidos por la voluntad de las partes involucradas en el conflicto, cuyo efecto será de vinculación formal entre los partícipes de la controversia. El aspecto formal de este título se va a expresar en el acta conciliatoria, que es el documento que contiene la manifestación de voluntad de las partes. Su validez está condicionada a la observancia de las formalidades establecidas en la Ley N° 26872, bajo sanción de nulidad. El mérito de ejecución del acta, que, según el artículo 18 de la Ley deben contener derechos, deberes u obligaciones ciertas, expresas y exigibles, van a ser exigibles a través del proceso de ejecución de resoluciones judiciales.

a.2) Título de Procedibilidad.- Para que pueda admitirse a discusión una pretensión tiene que agotarse la condicionante del requisito de procedibilidad. Una pretensión es admisible cuando posibilita la averiguación de su contenido y por lo tanto la emisión de un pronunciamiento sobre el fondo del asunto sometido a decisión del órgano judicial. Los requisitos de admisibilidad se hallan regidos por normas procesales. Según el artículo 425 del Código Procesal Civil, señala que constituye requisito de admisibilidad, la copia del acta de conciliación extrajudicial, en los procesos judiciales

cuya materia se encuentre sujeta a dicho procedimiento previo. Título de procedibilidad, es un acto procesal que pone fin al procedimiento y permite la postulación de la demanda.

6.4.1.7.- Los principios del procedimiento conciliatorio según la Ley N° 26872.

Estos principios están señalados expresamente en la Ley de Conciliación. Entre éstos tenemos:

a) Equidad.- Debe ser concebida como el sentido de la justicia aplicada al caso particular, materia de conciliación.

Esto significa que el conciliador debe ayudar a las partes para que puedan expresarse, con protagonismo, libre de presiones y en igualdad de condiciones, a fin de establecer un ámbito de confianza que ayude a las personas a explicar sus posiciones y poder trabajar conjuntamente la búsqueda de sus intereses.

La equidad a que se refiere el Reglamento, debe entenderse como igualdad de condiciones en el que se va a desarrollar el contexto conciliatorio. Para la solución de los conflictos debe trabajarse alternativas que contengan fórmulas que satisfagan los intereses de las partes.

b) Veracidad.- Esta dirigida a la búsqueda de lo querido realmente por las partes y se refleja en el acuerdo conciliatorio al que llegarán de manera libre, como la mejor solución para ambas.

La Conciliación es una institución consensual, porque los acuerdos obedecen única y exclusivamente a la voluntad de las partes. La esencia o pilar básico de toda conciliación es la voluntad, pero no encerrada al interior del sujeto, sino la que se manifiesta. Nuestro ordenamiento se inclina por la tesis de la responsabilidad, de la confianza y la presunción de la buena fe que deben inspirar todas las relaciones jurídicas. Hay una supremacía de la voluntad real – de lo querido- sobre lo declarado; pero, si la divergencia entre ésta y aquélla obedece o es imputable al declarante por malicia o por haber podido ser evitada con el empleo de una mayor diligencia, entonces atribuye plenos efectos a la voluntad declarada siempre que, además, exista buena fe en la otra parte.

c) Buena Fe.- Se entiende como la necesidad de que las partes procedan de manera honesta y leal, confiando en que esa será la conducta en el procedimiento de conciliación.

Esto significa que el acto conciliatorio se realice conforme a las convicciones éticas imperantes en la comunidad. La doctrina considera a la buena fe como un standard jurídico, es decir, un modelo de conducta social que responde a un imperativo ético.

d) Confidencialidad.- Supone que, tanto el conciliador como las partes, deben guardar absoluta reserva de todo lo sostenido o propuesto.

Este principio es muy importante. Los conciliadores juegan un rol importantísimo para el logro de ello, pues, conforme lo señala Linda Singer⁹⁰, es necesario obtener el conocimiento suficiente de las necesidades y prioridades de las partes, para poder ayudarlas a desarrollar soluciones satisfactorias; las partes deben sentirse libres para crear opciones de acuerdo, sin tener miedo a que éstas puedan hacerse públicas. Este principio protege de quienes pretendan utilizar el procedimiento conciliatorio para hacer abuso de la información que pudieren conseguir de sus oponentes; en igual forma las partes deben estar seguras que lo que se manifieste en la audiencia conciliatoria, no se pueda utilizar ello, en un futuro proceso. Se trata de ofrecer confianza y reserva, para obtener en la intimidad necesaria un hallazgo común de coincidencias.

e) Imparcialidad y neutralidad.- Son garantías de seguridad y justicia. La intervención del conciliador durante el procedimiento de

⁹⁰ SINGER, Linda. Resolución de Conflictos, técnicas de actuación en los ámbitos empresarial, familiar y legal. Bs. Aires, Argentina, Edit. Paidós, 1996, p. 232.

conciliación será sin identificación alguna con los intereses de las partes.

Estos principios están regulados en el artículo 2º de la Ley de Conciliación. El Reglamento de la Ley ha mejorado la redacción.

Se ha equiparado la neutralidad como sinónimo de imparcialidad. Neutral es el imparcial en una discusión, litigio o polémica. Con el concepto de imparcialidad se quiere expresar que el tercero no debe colocarse a favor o en contra de alguna de las partes. Otros lo explican como la habilidad para interactuar en ausencia de sentimientos, valores o protagonismo de ellos mismos, estos es, dejar de lado sus propios prejuicios, valores, creencias, etcétera, que podrían llevarlo a “tomar partido” por alguna de las partes.

El concepto de neutralidad está ligado al Derecho Internacional Público y podemos definirla como “la situación del Estado que queda por su voluntad al margen de un conflicto entre otros dos o más Estados; ni los favorece ni concede mejor trato a unos que a otros de los beligerantes. La Real Academia Española considera a la neutralidad que no es ni uno ni de otro; que entre dos partes que contienden, permanece sin inclinarse a ninguno de ellos.

Se busca deliberadamente que un tercero intervenga para, si es posible, terminar o a lo mejor

disminuir las hostilidades. Por lo tanto coincidimos con quienes señalan que desde la perspectiva de “neutralidad” no es el término más adecuado para definir la modalidad de inclusión del tercero conciliador en la solución del conflicto, porque ser neutral implicaría no incluirse, no involucrarse, y ello, no opera en la conciliación.

f) Legalidad.- Expresa la conformidad del acuerdo conciliatorio al que arriben las partes, con el ordenamiento jurídico.

Según este principio, no es suficiente la coincidencia de voluntades para que pueda aceptarse como válido, sino que es necesario que ésta exprese una coherencia con el ordenamiento jurídico, esto es, que es indispensable la licitud en las prestaciones que va regular el acto conciliatorio, caso contrario, no serán dignas de protección jurídica por vulnerar el orden público, las buenas costumbres, por atentar contra derechos legítimos de terceros, o estatuir sobre el estado y la capacidad de las personas o sobre sus atributos esenciales o inherentes a ellas, o en general, celebrar actos jurídicos sobre situaciones prohibidas por la Ley.

La legalidad es un elemento básico en la formación del acto jurídico que será supervisada en las conciliaciones extrajudiciales por el abogado adscrito a cada centro de conciliación donde se celebren los conciliatorios. Si el conciliador es abogado colegiado,

ejercherà doble función en la conciliación y la de supervisión de la legalidad de los acuerdos.

g) Celeridad.- Es consustancial al procedimiento de conciliación, permitiendo la solución pronta y rápida al conflicto.

La celeridad constituye una de las ideas centrales del procedimiento conciliatorio pues orienta la búsqueda de soluciones con la mayor participación de las partes en el menor número de actos y también en el menor tiempo posible.

Según la Ley de Conciliación, el procedimiento no podrá exceder de 30 (treinta) días calendario contados a partir de la primera citación a las partes a conciliar, entonces deducidos que el objetivo es encontrar soluciones rápidas.

h) Economía.- Esta dirigida a que las partes eliminen el tiempo que los demandaría estar involucradas en un proceso judicial, ahorrando los costos de dicho proceso.

Siempre el anhelo de la justicia ha sido que ésta sea ágil y capaz de dirimir con acierto y rapidez las controversias de intereses, porque la justicia lenta no es justicia.

El principio de economía se resume en lograr el máximo resultado con el mínimo gasto. Se manifiesta en diferentes facetas como: la economía de tiempo, que

involucra rapidez en el procedimiento, economía de dinero, que implica el costo de la justicia; y la economía del trabajo, que se va a expresar en un procedimiento sencillo.

La conciliación encierra por sí misma la idea de economía procesal, pues, se celebra con el menor número de sesiones en comparación a las que requiere el proceso judicial. Los plazos, la participación activa de las partes, la intervención del conciliador, la informalidad, son ciertos factores que coadyuvan a buscar un acuerdo conciliatorio en el menor tiempo y con el menor gasto.

6.4.2.- EL ARBITRAJE

6.4.2.1.- Introducción

El arbitraje es una institución muy antigua; sin embargo, es aún desconocida en nuestro país, a diferencia de otros, porque no tenemos esa tradición, esa costumbre de utilizarlo como alternativa de justicia.

“En Roma, el arbitraje fue un medio privilegiado de establecer el derecho. En realidad, la justicia romana tiene siempre una fuerte base consensualista: el pleito es un problema que atañe fundamentalmente a las partes y que, por consiguiente debe ser resuelto privadamente. Incluso

los jueces oficiales derivan su autoridad de la sumisión que las partes le hacen de una controversia”.⁹¹

Por otro lado, el nacimiento de los Estados Modernos, a partir del siglo XVI, produjo una hipertrofia del papel estatal en la administración de justicia, aún cuando no desaparecen las formas privadas de solución de controversias, la función judicial adquiere una importancia absoluta. La práctica del arbitraje mantuvo una cierta vigencia y que incluso en algún momento asumió un papel privilegiado.

El arbitraje actual es una institución postmoderna, porque se presenta como una reacción contra ese monopolio de la función jurisdiccional del Estado que constituye una característica de la ideología jurídica moderna o liberal. La congestión de causas en los tribunales y la ineficiencia que resulta de ello, las complejidades de la vida comercial moderna que exigen muchas veces conocimientos económicos o tecnológicos avanzados para entender el medio de una controversia, han llevado a una decepción de la teoría de la hegemonía del Poder Judicial como medio de proporcionar seguridad para la vida comercial.

⁹¹ CELI ARÉVALO, Marco. El Arbitraje como alternativa de justicia”. En: Revista Jurídica del Colegio de Abogados de La Libertad. Año XL N° 133-Enero-Diciembre de 1995. Editorial Libertad EIRL, pp.281-304

El arbitraje actual no quiere ser un mero auxiliar del Poder Judicial sino que pretende sustituirse al Poder Judicial en una serie de campos donde considera que el sistema formal y oficial no es eficiente.

“Debemos señalar que el arbitraje llega a América a través de la conquista española. El Arbitraje fue materia de reglamentación, entre los que se puede mencionar al Fuero Juzgo en la Ley 13, título I del Libro II; el Título VII; Libro I del Fuero Real y las Leyes XXIII, XXIV y XXV del Título IV, Partida VII, en las Ordenanzas Reales de Castilla. También esta materia fue tratada en el Código de Enjuiciamientos en Materia Civil de 1852, el mismo que se refería a los jueces árbitros (artículos 57 al 80) y al modo de proceder de los árbitros (artículos 1552 a 1567).”⁹²

6.4.2.2.- Naturaleza Jurídica del Arbitraje

Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje se pueden mencionar hasta cuatro (4) teorías, tres de ellas existentes desde hace muchos años, denominadas: a) jurisdiccional; b) contractual; c) mixta y una última, d) autónoma; esta última que surge a partir de 1965.

La primera (jurisdiccional), distingue entre la sumisión al arbitraje y el laudo, a este último se le compara con una sentencia expedida por las cortes ordinarias. La segunda (contractual), considera la

⁹² MONTROYA ALBERTI, Ulises. El Arbitraje Comercial. Lima, Perú, Cultural Cuzco S.A. Editores, 1988. pp. 19-20.

sumisión al arbitraje y el laudo como dos fases de un mismo acuerdo; el acuerdo arbitral y el laudo que tienen un carácter contractual y éste no puede ser comparado a una sentencia. La tercera (mixta), la intermedia, entre las dos anteriores, considera una sentencia sujeta a los tribunales ordinarios, pero que requiere de una orden preliminar (exequátur). La cuarta (autónoma), sostiene que el arbitraje es una institución autónoma.

6.4.2.3.- Definiciones de Arbitraje

Es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos, en la cual las partes, someten su controversia a un tercero, denominado árbitro o ante un tribunal arbitral, quien o quienes toman una decisión (laudo arbitral).

También se puede definir como el método de solución de controversias en virtud del cual las partes acuerdan (convenio arbitral) someter la solución de determinados conflictos que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica a la decisión (laudo arbitral), de uno o varios terceros (árbitros). La forma de nombramiento de los terceros también es acordada por las partes.

Otra definición es aquella que da la American Arbitration Association (AAA) (Asociación Americana de Arbitraje) de Nueva York-EE.UU., lo define como: "La

remisión de una disputa a una o más personas imparciales para una determinación final y obligatoria”.⁹³

Jean Roberto lo define como: “Instituir una jurisdicción privada por el cual los litigios son excluidos de la jurisdicción pública, a efectos de ser resueltos, por personas investidas, para un caso determinado, con los poderes para juzgar tal litigio”.⁹⁴

El Convenio Europeo sobre arbitraje comercial internacional celebrado en Ginebra (Suiza), el 21 de abril de 1961, señala que “el arbitraje es el arreglo de controversias entre partes no sólo mediante árbitros nombrados para cada caso determinado (arbitraje ad hoc), sino también por instituciones arbitrales permanentes”.⁹⁵

6.4.2.4.- Principios del Arbitraje

El arbitraje se rige por los principios de celeridad, privacidad, especialización, confianza y economía.

a) **Celeridad.-** A diferencia de la justicia ordinaria o común, el arbitraje es rápido, los plazos están señalados taxativamente en la Ley General de Arbitraje.

⁹³ AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION. A Businessman's Guide to Commercial Arbitration. (Guía de Arbitraje Comercial para hombres de negocios), p. 3.

⁹⁴ Robert, Jean. Arbitrage Civil et Commercial en Droit Interne et International Privé. París, Francia. Dalloz, 1967, p. 9.

⁹⁵ LEW, Julian D.W. Applicable Law in International Commercial Arbitration. New York, USA. Oceania Publications, Inc., 1978. p. 12.

- b) **Privacidad.**-El Arbitraje no emana del Estado, por lo tanto no es pública, porque las partes en controversia, es decir, los particulares designan su árbitro o Tribunal Arbitral, ellos asumen el pago de honorarios, etc., en suma, el arbitraje es privado.
- c) **Especialización.**- El arbitraje requiere de especialización, por lo tanto, de especialistas en la materia. Los Abogados requieren capacitarse, para ser especialistas en Arbitraje. Esto implica el desarrollo de cursos, seminarios, seminarios – talleres, symposiums, etc., teórico- práctico, con la solución de casos- tipo, a fin de que conozcan la doctrina y la parte procesal. La especialización requiere dedicación.
- d) **Confianza.**- Es un aspecto muy importante en el arbitraje. Las partes designan el árbitro o Tribunal Arbitral. Por consiguiente, ellas deben confiar en el árbitro o árbitros.
- e) **Economía.**- El arbitraje resulta ser más económico, por cuanto es más rápido que un proceso judicial; aparentemente podría parecer más caro que un juicio común, pero hay que verlo desde la perspectiva del tiempo que se pierde en las tramitación de un proceso.

6.4.2.5.- Clases de Arbitraje

Según la doctrina y la Ley General de Arbitraje, existen las siguientes clases: a) arbitraje de derecho; b) arbitraje de conciencia; c) arbitraje ad – hoc; d) arbitraje

administrado o institucional; e) arbitraje voluntario; f) arbitraje forzoso; g) arbitraje nacional y; h) arbitraje internacional.

a) Arbitraje de Derecho.- Es aquel en que los árbitros resuelven la cuestión controvertida, con arreglo al derecho aplicable. (Artículo 3º, Ley General de Arbitraje N° 26572).

b) Arbitraje de Conciencia.- Es aquel en que los árbitros resuelven teniendo en cuenta su leal saber y entender. (Artículo 3º de la Ley General de Arbitraje N° 26572).

c) Arbitraje ad – hoc.- Se denomina también **arbitraje libre**, que se desarrolla según las reglas acordadas por las partes, o sometimiento al procedimiento a reglas específicas preestablecidas. Todos los aspectos y etapas del procedimiento son determinados por las partes y los árbitros sin recurrir a ninguna institución o persona extraña.

d) Arbitraje administrado o institucional.- Es aquel que es administrado por una institución, es decir, por una persona jurídica, que regula el procedimiento mediante un mecanismo predeterminado. Los árbitros pueden ser nombrados de una lista o panel que presenta la institución, en algunos casos se permite que puedan ser nombrados árbitros quienes no figuran en dicha lista. Los servicios administrativos son proporcionados por la institución con cargo a un pago.

El mayor grado de injerencia de la institución en el desarrollo del arbitraje y el laudo dependerá de lo que sobre estos aspectos señale el reglamento de la institución.

Entre los reglamentos que siguen un esquema de arbitraje institucional supervisado se debe mencionar el de la Corte de Arbitraje de la Cámara Internacional de París. La Corte desempeña una labor de supervisión durante el procedimiento arbitral, asimismo revisa la sentencia preparada por los árbitros previamente a que sea emitida, a efecto de asegurar que desde un punto de vista formal ésta es correcta, así como si procede su ejecución.

- e) **Arbitraje voluntario.-** En principio el arbitraje es voluntario, nace de la autonomía privada.
- f) **Arbitraje forzoso.-** Llamado también obligatorio, en virtud del cual las partes deben someter determinada materia a arbitraje por mandato de la ley.
- g) **Arbitraje nacional.-** Es también conocido como doméstico o interno, se regula por la ley del Estado respectivo. Es cuando todos los factores del arbitraje, es decir, el asunto de la disputa, domicilio de las partes y de los árbitros, ley aplicable, lugar del arbitraje convergen a una jurisdicción, no hay inconveniente en determinar la nacionalidad del mismo. En otras palabras, el arbitraje es nacional o internacional

cuando se aplica en un determinado lugar, las leyes de cada país, pudiendo existir excepciones, de acuerdo a la ley de cada Estado.

h) Arbitraje internacional.- A pesar que no existe uniformidad en la determinación de los factores que especifican en que caso nos encontramos ante un arbitraje internacional; sin embargo, se toma en cuenta la normatividad o legislación internacional, cuando las partes de un convenio, tienen sus domicilio en países diferentes; de igual modo, cuando uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos; el lugar del arbitraje si éste se ha determinado en el convenio arbitral o con arreglo al convenio arbitral; el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha o; las partes han convenido expresamente que la cuestión objeto del convenio arbitral está relacionada con más de un Estado. Finalmente, la ley de cada país define lo que considera arbitraje internacional.

6.4.2.6.- Objeto del Arbitraje

El arbitraje es un sistema de solución de conflictos en el que la voluntad de las partes se somete a la voluntad de un tercero.

En el fondo del arbitraje existe un pacto o convenio entre los litigantes en el sentido de que someterán sus voluntades a la convicción y al pronunciamiento del tercero, con el compromiso de cumplir lo que por él se decida.

En el arbitraje un tercero resuelve la controversia, su pronunciamiento no puede ser discutido por las partes.

El tercero es elegido por las partes. El arbitraje es utilizado cuando: 1.- No hay acuerdo en cuanto a los hechos; 2.- No hay acuerdo en cuanto a la ley aplicable.

6.4.2.7.- Características del arbitraje

- ❖ Es un medio de solución de controversias.
- ❖ La solución del conflicto es decidida por el árbitro o árbitros.
- ❖ El arbitraje surge de la voluntad de las partes.
- ❖ En el arbitraje hay ausencia de la competencia judicial.
- ❖ Su procedimiento se realiza con rapidez y en forma sencilla.
- ❖ Rige el principio de economía en el procedimiento arbitral.
- ❖ Se precisa la intervención de expertos.
- ❖ El arbitraje es un procedimiento donde se cumple con el principio de privacidad.
- ❖ Existe amplitud en el examen del asunto controvertido.

6.4.2.8.- Ventajas del Arbitraje

- ✓ **Rapidez.-** El procedimiento arbitral es más expedito que el judicial y el laudo arbitral no está sujeto al recurso de apelación.
- ✓ **Certidumbre.-** El laudo arbitral tiene la misma fuerza legal que una sentencia judicial y gracias a la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros de 1958 (Convención de Nueva York), es susceptible de ejecución en el extranjero.
- ✓ **Especialización.-** Los árbitros designados son especialistas en el tipo de controversia sometida a su consideración.
- ✓ **Independencia e imparcialidad.-** Los árbitros designados actúan de manera independiente e imparcial.
- ✓ **Confidencialidad.-** Todos los procedimientos arbitrales administrados son totalmente confidenciales.
- ✓ **Costo.-** La rapidez y certidumbre hacen del arbitraje un procedimiento comparativamente más económico que el judicial.
- ✓ **Eficacia.-** La eficacia del procedimiento arbitral conduce frecuentemente a las partes a resolver su controversia por la vía amigable, antes de que se dicte un laudo.

6.4.2.9.- El Acuerdo Arbitral

El Acuerdo o Convenio Arbitral de las partes, es lo fundamental del arbitraje. Este acuerdo lo pueden celebrar las personas naturales o jurídicas y según lo permita la legislación, el Estado o sus empresas que en la actualidad participan activamente en el comercio internacional.

Según el artículo 9° de la Ley General de Arbitraje, el Convenio Arbitral es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial.

Las denominadas “Cláusula Compromisoria” y el “Compromiso Arbitral” son especies del “Acuerdo Arbitral”.

En caso de que exista la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral, el arbitraje consta de dos actos jurídicos. El primero (cláusula compromisoria), es un acuerdo de voluntades entre las partes sobre la celebración de un futuro compromiso arbitral, conteniendo en forma general la materia a que habrá de referirse el arbitraje. El compromiso arbitral, es asimismo, una declaración de voluntad entre las mismas partes que celebraron la cláusula compromisoria de someter una controversia determinada a un arbitraje. La cláusula

compromisoria puede calificarse de un contrato preliminar, mientras el compromiso arbitral, es un contrato definitivo.

6.4.2.10.- El Procedimiento Arbitral

La regulación del procedimiento arbitral tiene como norma la voluntad de las partes en conflicto, siempre dentro de los límites que imponen el orden público.

En aquellos aspectos del procedimiento que las partes no han regulado e incluso si se han sometido a un arbitraje institucional y el Reglamento de la institución no contempla dicha situación, se aplicará para llevar estos vacíos, lo dispuesto en la legislación procesal que corresponde al lugar donde se desarrolla el arbitraje.

Las disposiciones legales que regulan el procedimiento arbitral están prescritas en la Ley General de Arbitraje.

Cuando exista convenio arbitral en el que se haya designado árbitro o institución arbitral organizadora pero que no precise la controversia o que carezca de otros de sus requisitos, puede presentarse al árbitro o a la institución un formulario de sumisión firmado sólo por una de las partes. Las partes pueden pactar las reglas a las que se sujeta el proceso correspondiente.

6.4.2.11.- Las partes en el Arbitraje

Las partes para celebrar cláusulas compromisorias o someterse al compromiso arbitral, deberán estar en plena capacidad de sus derechos civiles.

La Ley General de Arbitraje, no contiene ninguna restricción para que las personas naturales o jurídicas puedan pactar arbitraje; igualmente no hay ningún impedimento para que los extranjeros puedan ser parte en un procedimiento arbitral realizado en el Perú. Siguiendo el principio jurídico que prescribe: “No se puede distinguir donde la ley no distingue”, se entiende que no hay ninguna prohibición o impedimento para que las personas naturales o jurídicas puedan pactar arbitraje.

Por otro lado, el Código Civil menciona determinados casos que requieren en forma expresa la autorización para que los representantes puedan estipular cláusulas compromisorias o sometimiento al arbitraje. En estos casos necesitan autorización jurídica los padres que actúan en nombre del menor (Artículo 448, inc. 3° del C.C.); el autor (artículo 532, inciso 1° del C.C.), el curador (artículo 568 del C.C.).

6.4.2.12.- Los Árbitros

Se llaman árbitros, a quienes los partes nombran para que procedan y fallen a efecto de solucionar una controversia, con arreglo a derecho (arbitraje de Derecho) o según su leal saber y entender (arbitraje de equidad o conciencia).

Los árbitros, al igual que los jueces, deben observar los principios fundamentales de imparcialidad o independencia, factores decisivos para que exista

confianza en el arbitraje. La independencia frente a la parte, que debe apreciarse antes de su nombramiento, deberá mantenerse durante el proceso y aún con posterioridad a la terminación del mismo.

La independencia con anterioridad al proceso significa que no exista vínculo de carácter económico, de dependencia, de consanguinidad, así como no haber emitido opinión sobre la cuestión sometida a arbitraje, durante el proceso la independencia puede perderse, en el caso que los árbitros establecen una vinculación económica con una de las partes, o que resulten vínculos de consanguinidad.

El artículo 18° de la Ley General de Arbitraje prescribe que “los árbitros no representan los intereses de ninguna de las partes y ejercen el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción. En el desempeño de sus funciones tienen plena independencia y no están sometidos a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones, gozando además del secreto profesional.

Por otro lado, los árbitros son designados por acuerdo de las partes, exceptuándose el caso en que fuesen nombrados judicialmente, también cuando en el convenio arbitral las partes encomiendan a un tercero la designación, o cuando las partes se someten al

reglamento de una institución organizadora de arbitrajes, que contenga el procedimiento de designación.

De igual modo, los árbitros son designados en número impar. Si son tres, forman un Tribunal Arbitral, presidido por el que ellos elijan.

6.4.2.13.- El Laudo Arbitral

Es una resolución o sentencia colegiada, es el fallo que pronuncian los árbitros sobre todas las pretensiones litigiosas sometidas a su decisión.

Los laudos arbitrales tienen categoría de sentencias, sean expedidas por árbitros de derecho o árbitros de conciencia o amigables componedores. En el caso de los árbitros de derecho, el laudo de derecho deberá contener ciertas formalidades que están expresamente señaladas en el artículo 50° de la Ley General de Arbitraje y que son las siguientes: 1) Lugar y fecha de expedición; 2) Nombre de las partes y de los árbitros; 3) La cuestión sometida a arbitraje y una sumaria referencia de las alegaciones y conclusiones de las partes; 4) Valoración de las pruebas en que se sustente la decisión; 5) Fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas; y 6) La decisión.

El laudo de conciencia necesariamente debe cumplir con lo dispuesto en los incisos 1), 2), 3) y 6) del

artículo 50°. Requiere además de una motivación razonada.

Tanto los árbitros como los arbitradores carecen de “imperium” y como consecuencia de ello y tal como está regulado en la Ley General de Arbitraje, el laudo arbitral debe ser ejecutado por los magistrados ordinarios que son los que cuentan con el poder de coerción propio de la función judicial, solamente porque la ley les otorga esta facultad. Por otro lado, si un laudo de derecho es apelado, el órgano competente es la Sala Civil de la Corte Superior del lugar de la sede del arbitraje competente al momento de presentar la apelación.

6.4.2.14.- La Ley General de Arbitraje

La Ley General de Arbitraje N° 26572 de fecha 20 de diciembre de 1995, promulgada el 03 de Enero de 1996 y publicada en el diario oficial “El Peruano” el 05 de Enero de 1996, consta de 131 artículos, 11 disposiciones complementarias y transitorias, 3 disposiciones modificatorias y una disposición final, ha derogado a la anterior Ley N° 25935.

Esta ley corrige algunas imperfecciones de la anterior, sin embargo, los árbitros al igual que en la anterior, carecen de jus imperium, es decir, los laudos arbitrales tienen que ejecutarse a través del Poder Judicial.

Como la ley no es obligatoria y tampoco hay mucha difusión, existiendo una cultura litigiosa en nuestro país, muchos la desconocen y por ende, no la utilizan.

Siendo la segunda ley en nuestra historia republicana y a pesar del tiempo transcurrido, todavía no se ha creado esa cultura de paz. Por otro lado, el arbitraje resulta oneroso, y ésta es otra razón por su escasa utilización.

La celebración del convenio arbitral depende íntegramente de la voluntad de las partes, pero una vez celebrado obliga a las partes y a sus sucesores a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje se desarrolle, pueda tener plenitud de efectos y sea cumplido el laudo arbitral.

Al arbitraje presupone la existencia de un convenio arbitral, es decir de acuerdo de las partes, salvo en el caso del arbitraje testamentario.

La figura del arbitraje ha cobrado gran importancia en el Derecho Internacional, a fin de resolver por la vía pacífica el conflicto que puede generarse entre dos países, y cuya solución se le encarga al árbitro, pudiendo éstos ser naciones, personas individuales, tribunales o comisiones. No constituye objeto de arbitraje aquello que no puede ser objeto de transacción, el arbitraje es una figura que se da dentro del Derecho Civil, Comercial, Derecho Laboral y Derecho Ambiental, que permita la

solución voluntaria a las diferencias que surjan entre empleadores y trabajadores.

Según la Ley de Protección al Consumidor, Dec. Leg. No. 716, y su modificación, TUO D.S. N° 039-2000-ITINCI (11-12-2000), el INDECOPI puede utilizar cualesquier de los medios alternativos de resolución de conflictos, entre ellos el **ARBITRAJE**, sin embargo, por ahora sólo está utilizando la **CONCILIACIÓN**.

6.4.2.15.- El Arbitraje de Consumo

En España, se viene utilizando lo que se denomina el **ARBITRAJE DE CONSUMO**. "La promulgación de la Ley 26/1984, de 19 de Julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGCU), publicada en el BOE de 24 de julio de ese mismo año, constituye en el área del Derecho Privado en ese país, un acontecimiento legislativo. Esta ley, en su artículo 31, dispone la creación de un **sistema arbitral**. En la actualidad, el sistema arbitral de consumo se rige por el Real Decreto 636/1993 y, en lo no previsto en él, por la Ley de Arbitraje española.

La creación de este sistema (arbitraje de consumo) encaminado a resolver los conflictos de consumo, obedece de forma especial a razones de carácter práctico, dada la enorme demanda social de los consumidores pues, para resarcirse de daños económicos de pequeña cuantía, debían acceder a los órganos jurisdiccionales y a nadie escapa que tal

posibilidad supone unos gastos que en ocasiones puede ser superiores al importe del daño ocasionado."⁽⁹⁶⁾

Sería muy importante, que el INDECOPI, implante en forma alternativa este sistema de Arbitraje de Consumo.

6.4.3.- LA MEDIACIÓN

La mediación, se define, como la "participación secundaria en un negocio ajeno, a fin de prestar algún servicio a las partes o interesados. Apaciguamiento, real o intentado, en una controversia, conflicto o lucha. Facilitación de un contrato, presentando a las partes u opinando acerca de alguno de sus aspectos".⁽⁹⁷⁾

También se define la mediación, como "el proceso por el que las partes en conflicto, con la asistencia de una persona neutral (mediador), tratan de encontrar opciones, de considerar alternativas y arribar a la solución del conflicto, es decir, es una negociación asistida".⁽⁹⁸⁾

En la actualidad, la mediación es utilizada en muchos países, por ser una alternativa rápida y eficaz para la solución de los conflictos, sobretodo porque las partes mantienen el control del proceso y ellas

⁹⁶ ACOSTA ESTEVEZ, José B. Op. cit., pp. 159-161.

⁹⁷ CABANELLAS, Guillermo. Op. cit. t.4, p. 674.

⁹⁸ ANGELES SANTANDER, Diana. La mediación: mecanismo alternativo. Lima, Perú, Diario oficial " El Peruano", de 11 de Agosto de 1997, p. B9.

mismas arriban a la solución, por lo que los acuerdos tomados son mucho más respetados, ya que reflejan el consenso de ambas partes.

Algunos países han adoptado recientemente este sistema, como es el caso de Argentina, que mediante la Ley No. 24573, Ley de Mediación y Conciliación, vigente a partir de Abril de 1996, ha institucionalizado la mediación con carácter previo y obligatorio al proceso judicial.

Otros países como los Estados Unidos, usan este medio alternativo de solución de conflictos desde hace muchos años, y los resultados siempre han sido satisfactorios.

En el Perú no existe ley ni disposición legal alguna que trate sobre la mediación. Sólo tenemos Ley de Arbitraje y Ley de Conciliación.

6.4.4.- LA NEGOCIACIÓN

Se entiende por negociación a la ciencia y arte en virtud de las cuales se configura un proceso voluntario de intercambio entre dos o más partes interdependientes en razón de un conflicto, por el que intentan estructurar un acuerdo que maximice los resultados en mutuo beneficio derivado de una acción conjunta, resolviendo entonces la controversia que los separa, sin necesidad de recurrir a otro método y experimentando ganancias mayores a las pérdidas que son consecuencia de una actitud evasiva. Podemos decir que la negociación es el género y la conciliación es la especie.

Otro concepto, señala que la negociación, "es un proceso informal y flexible que se lleva a cabo sin la intervención de un tercero y

tiene por objeto la búsqueda de un acuerdo consensual entre dos o más partes en conflicto, a fin de lograr la satisfacción de sus intereses. Constituye un medio autocompositivo porque otorga un mayor control del proceso a las partes.

6.5.- EL CONSUMIDOR ANTE EL MODELO PERUANO

“El derecho como instrumento de regulación social, está inmerso en una serie de valores que debe proteger y promover, en razón de que es la misma sociedad la que los ha adoptado por estimar que son válidos, consecuentes y necesarios, para el logro de la paz y el bien común. Dentro de esta línea de pensamiento, es innegable que los valores de la sociedad estarán influenciados por la ideología política reinante en tal sociedad o, para otros, será como instrumento de "dominación" que prefigura cuáles son los valores y el sistema ideológico y económico que operará, con miras a mantener un "establishment" conveniente a la clase dominante, tal y como lo analizaría un marxista ortodoxo.

Sin importar la posición que se tome en cuanto al papel y función de la ciencia del derecho, lo cierto es que, si el derecho está inmerso en un mundo globalizado que tiende a una apertura comercial cada vez mayor, es lógico que cada día se estimule y desarrolle un tráfico mercantil intenso; no sólo en el ámbito nacional sino también en el ámbito internacional, lo que provoca una mayor cantidad de conflictos entre los sujetos participantes, sean compradores y vendedores, comerciantes y consumidores.

Así pues nos encontramos con que el Estado, a través del Derecho ha estimado que hay que proteger, efectivamente los derechos y los intereses legítimos del consumidor, la tutela y la promoción del proceso de competencia

y libre competencia, mediante la prevención la prohibición de monopolios, las prácticas monopolísticas y otras restricciones al funcionamiento eficiente del mercado y la eliminación de las regulaciones innecesarias para las actividades económicas.

A pesar de que estamos atravesando una era "neoliberal", aunque existen sectores que niegan y rechazan tal término, el Estado, tanto en el Perú como en muchos países de Latinoamérica y de la Comunidad Económica Europea, se ha preocupado por intervenir en el proceso económico, yendo más allá del simple Estado Gendarme que nos heredó la Revolución Francesa. En el siglo pasado el principio de la no - intervención del Estado en el proceso económico revestía categoría de dogma. El Estado tenía como función solamente la salvaguardia de las libertades públicas. Sin embargo, hoy día ha operado una transformación de conceptos, ya que, casualmente por tener que cuidar de las libertades públicas, es que el Estado interviene en el proceso económico."⁽⁹⁹⁾

Evidentemente que en el Estado actual y frente a una institución como INDECOPI, el consumidor ha cambiado de actitud y ahora ya conoce más sus derechos, para hacerlos valer frente a los atropellos de los proveedores.

"Si tuviéramos que clasificar los derechos de los consumidores lo podríamos hacer en función de los sectores en que se mueve el consumidor. El Tratado de Roma y sus normas complementarias, así como la legislación nacional nos permite precisar en cinco (5) los derechos fundamentales de aquellos.

- El derecho a la protección de su salud y seguridad.

⁹⁹ REVISTA ACTA ACADÉMICA. Universidad Autónoma de Centro América. INTERNET. file: A:/rosoca.htm.

- El derecho a la protección de sus intereses económicos.
- El derecho al resarcimiento de daños.
- El derecho a la información y educación.
- El derecho a ser representados.

a) **El derecho a la protección de su salud y salubridad.**- Este derecho está referido al artículo 5° del Decreto Legislativo N° 716, cuando en su inciso a) señala que los consumidores tiene el "derecho a una protección eficaz contra los productos y servicios que, en condiciones normales o previsibles, representen riesgos o peligro para la salud o la seguridad física. Vemos como la integridad física es protegida por la legislación y se produce aquí una relación directa con el derecho ambiental.

b) **El derecho a la protección de sus intereses económicos.**- Esto se refleja en las normas que resguardan al consumidor frente a los contratos y al crédito con cláusulas abusivas, a la publicidad engañosa, a la insuficiencia de los servicios de asistencia a la clientela. No sólo es la protección por los contratos celebrados en el local comercial, sino fuera de él; se busca así evitar el factor sorpresa, en este tipo de ventas.

La protección del interés económico de los consumidores se da también en el campo de la publicidad engañosa y desleal.

El art. 5° inciso d) del Decreto Legislativo N° 716 contempla como derecho del consumidor, 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. Sobre estos supuestos tenemos las disposiciones del art. 13 del Decreto Legislativo N°

716, modificada por el art. 18 del Dec. Leg. N° 807 que prohíbe la venta de bienes o prestación de servicios de manera compulsiva, siendo de resaltar el caso de la prohibición de exigir al consumidor su negativa con el fin de no adquirir un bien o contratar un servicio.

La norma (art. 13 del Dec. Leg. 716), ha quedado redactada en el sentido de prohibir las propuestas al consumidor sobre bienes que no hayan sido requeridos y que generen un cargo automático en cualquier sistema de débito o que interprete el silencio del consumidor como aceptación del cargo.

- c) **El derecho al resarcimiento de daños.-** Este derecho nos lleva a la protección respecto del fabricante por los daños derivados de los productos defectuosos. Por responsabilidad del producto, en el derecho del consumo, se entiende la facultad del consumidor de un producto defectuoso de reclamar, tanto del fabricante, como del pago de los daños y perjuicios que tal defecto le cause.

Para **Barrera Graf**, "la expresión es más correcta, que la que indicara la responsabilidad del productor o fabricante, o la que estableciera la responsabilidad del vendedor o distribuidor del último de ellos, en la cadena que del productor al consumidor a través de varios intermediarios frente al consumidor o comprador "⁽¹⁰⁰⁾, es la de responsabilidad por el producto; porque, en el primer caso, si bien es cierto que también se trataría de una responsabilidad objetiva de la empresa, o de una responsabilidad aquiliana del fabricante, frente al consumidor, también lo

¹⁰⁰ BARRERA GRAF, José. La responsabilidad del producto, en el Derecho Mexicano. En : Revista de Derecho Mercantil No. 143-144, Año 1977, p. 185.

es que en aquella expresión no se comprendería la responsabilidad del distribuidor.

A su vez, la fórmula de la responsabilidad del distribuidor sólo se refería a la relación entre vendedor y comprador, que es la posición tradicional, derivada de la relación contractual; en cambio, la expresión responsabilidad del producto indica una situación jurídica que normalmente no plantea una relación personal y directa del comprador (consumidor), con el productor.

La legislación extranjera adopta la fórmula de expresión de responsabilidad por el producto, o sea la responsabilidad en que incurra el fabricante y los distribuidores por el producto que aquél elabora y que éstos ponen en circulación.

Los problemas relativos a la responsabilidad de una manifestación en el derecho privado contemporáneo (civil mercantil), de las nuevas tendencias del consumismo, de la actual economía capitalista. Ofrece así el Derecho, nuevas soluciones a las nuevas corrientes del sistema económico de libre empresa, que tienden a evitar o a frenar abusos en contra del público consumidor. Y, así como ayer se protegió con las normas del derecho laboral a los trabajadores contra los excesos de los patrones, hoy se tiende a proteger a los consumidores en contra de empresarios que elaboran y ponen en circulación mercancías defectuosas, las que por distintos medios de publicidad y propaganda imponen a aquellos.

La norma positiva no impone responsabilidad del producto, sino la del enajenante o vendedor, productor o distribuidor, frente al adquiriente o comprador. Generalmente las normas de protección al consumidor que surgen del Código Civil sufre de limitaciones como: sólo se aplica a las

relaciones que surjan de contrato; la reparación de los daños se hace depender de que la víctima pruebe el conocimiento de los vicios ocultos, por el infractor, y, los daños deben ser consecuencia directa e inmediata del incumplimiento.

En el Derecho Mexicano, al señalar la responsabilidad del producto, precisa que "los consumidores tendrán derecho, además de, a 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 ni la una ni la otra, a la devolución de la cantidad pagada". Situación similar contemplada en los artículos 30, 31 y 36 del Dec. Leg. 716.

La responsabilidad del fabricante y del proveedor, comprende a uno u a otro indistintamente (art. 24, Ley de Protección al Consumidor de México), o sea no sólo a quien venda el producto al consumidor, sino a quien lo haya elaborado, pese a que para llegar a su último destino la adquisición final de quien consume, hubiera pasado por varios distribuidores intermediarios. En este aspecto se amplía los límites y principios de responsabilidad del Código Civil, para atribuirle con independencia de todo vínculo contractual.

La amplitud de la responsabilidad comprende el daño y perjuicio patrimonial, e incluye la integridad física de la víctima, por tanto la protege en casos de lesiones de muerte, y se extiende a la reparación moral.

En los casos de responsabilidad regulada por la ley de protección al consumidor además de los daños y perjuicios patrimoniales que fija el derecho común, el cual se aplica supletoriamente, se concede al consumidor el derecho de reparación del producto defectuoso, y cuando

no sea posible, el derecho de reposición, y si no procede ni aquella ni esta, el derecho de devolución de precio pagado.

Los plazos para el ejercicio del derecho está fijado en la legislación mexicana en los dos meses, desde que se recibió el producto, y si se dio garantía rige el plazo fijado en ella. Se suele ampliar los plazos del Código Civil respecto a la falta de calidad o cantidad de los productos recibidos de treinta (30) días por causa de vicios internos. En nuestra legislación. (art. 1523 del Código Civil), si se garantiza el buen funcionamiento del bien, quien alegue el vicio del bien durante el plazo de garantía, debe comunicarlo en el plazo de siete días, para el ejercicio de la acción cuenta con un plazo de dos (2) meses, computado a partir de la fecha de dicha comunicación. En materia del derecho del consumidor, en nuestro país, el art. 30 del Dec. Leg. N. 716 señala que el derecho a la reposición del producto o la devolución de la cantidad pagada en exceso que no responda a la medida o al contenido, se exigirá dentro del plazo de diez días hábiles en que se advierte la deficiencia del producto.

Cuando se analiza la responsabilidad, se trata siempre el supuesto de la responsabilidad sin culpa, que se traduce en la responsabilidad del fabricante de un bien que produce daño por defecto de ésta, con independencia que lo conociera o lo pudiera conocer. Se trata de una **responsabilidad objetiva**.

En la legislación común, no encontramos esta responsabilidad, salvo en la parte referente a la responsabilidad extracontractual del Derecho Común, pero no de una forma directa de responsabilidad.

La razón jurídica que impulsa a una regla de tal naturaleza, es la insuficiencia de la protección del consumidor con otra alternativa que la

obligue a éste a probar la comisión de una falta por el fabricante, o que permita al fabricante omitir la prueba de la inexistencia de culpa por su parte.

De otro lado, esta solución no genera una carga económica excesiva para el fabricante, pues lo diluye en el precio a repartir entre los usuarios y consumidores como un costo de fabricación, que al final soportan los consumidores en proporciones aceptables. Este cargo que tal vez pueda resultar injusto para ser al final trasladado al consumidor, puede perjudicar a la empresa, pues en una economía de libre mercado compite por el precio con otros competidores y sobrevive el más eficiente.

En cuanto al daño, también responde el fabricante por aquellos "riesgos del desarrollo"⁽¹⁰¹⁾, así llamados por Agustín Aguilera Ramos, cuya responsabilidad abarca los daños causados cuando los nuevos descubrimientos científicos y técnicos permitan constatar, posteriormente a su lanzamiento al mercado, que el producto considerado como inofensivo es, de hecho nocivo. Lo recomendable en estos casos es fijar un plazo que corte la responsabilidad, de lo contrario se estaría perjudicando el desarrollo de la ciencia.

La identidad del fabricante como sujeto responsable no sólo reposa en aquel que elabora el producto terminado, sino también el que proporciona la materia prima o una parte del componente del bien que causa el daño, y se extiende a toda persona que pone su nombre, su marca de fábrica o cualquier signo distintivo sobre el bien.

¹⁰¹ AGUILERA RAMOS, Agustín. La Protección de los Consumidores, Revista de Derecho Mercantil, No. 161-162, 1981, Madrid, España, p. 598

Es interesante analizar cómo en la ley mexicana comentada, la identificación del fabricante, aspecto por demás difícil en algunos casos, es posible en la medida que la norma permita obligar en primer grado al distribuidor como responsable, y, que este descargue su responsabilidad en el fabricante identificándolo como tal, dentro de un plazo razonable, o identificar a la persona que le suministró la mercadería. En nuestra legislación, en materia del derecho del consumidor, el art. 32 del Dec. Leg. No. 716, en su último párrafo, obliga solidariamente a los diversos proveedores de un producto que cause daño a la integridad física de los consumidores. Al margen de ello, en nuestro Código Civil queda abierta la posibilidad de la responsabilidad extracontractual.

Una forma de evitar las evasiones en la responsabilidad es acudir a uno de los caracteres reguladores del Derecho Mercantil como es la solidaridad, y hacer responsables solidarios del daño a quienes lo ocasionen, de forma tal que la víctima pueda dirigir su acción de resarcimiento de daños contra aquel de los responsables que se encuentre en mejor condición económica, dispensándolo de tener que demandar a todos los fabricantes para reponer el daño causado, basta elegir a uno de ellos o al distribuidor.

Los presupuestos para que se incurra en responsabilidad están dados por el defecto del bien en su fabricación y que se haya colocado en el mercado, y de hecho como un elemento natural del supuesto, y que haya ocurrido el daño. No existirá responsabilidad cuando el bien ha sido puesto en circulación contra la voluntad del fabricante o el defecto del bien no es imputable a la fase de fabricación del bien.

Dentro de las normas del derecho comparado, la responsabilidad del fabricante se encuentra limitada en el tiempo y en la cuantía, con excepción de los supuestos contractuales específicamente concertados.

En el crédito al consumo, que se encuentra dentro de los intereses económicos, se busca proteger al consumidor de las condiciones abusivas del crédito.

En esta materia, la Comunidad Económica, excluye la protección del crédito a aquellos créditos inmobiliarios y los créditos a corto plazo (hasta tres meses). Se obliga a informar al consumidor sobre el tipo de interés, las cargas conexas al préstamo y sobre el período en el cual se puede disponer el crédito. Se requiere a que el contrato sea celebrado por escrito a fin de que el consumidor sea plenamente consciente de la obligación que asume.

Los acreedores deben estar autorizados para realizar esta actividad.

En la legislación nacional, la información en el caso de crédito de consumo debe brindarse al consumidor cuando este contrata un crédito, momento en que se hacen las precisiones importantes. En primer término (art. 18, 19 y 20 del Dec. Leg. 807, modificatorio del art. 24 y derogatorio del art. 27 del Dec. Leg. 716), se señala que el proveedor debe informar al consumidor si tiene derecho o no, al pago anticipado del crédito y a los costos que dicho pago implica.

En este caso, la condición debe quedar claramente establecida.

Por regla general, en el derecho comercial, cuando se trata del pago de las letras de cambio, o de los pagarés, como en el derecho bancario, las obligaciones se pagan a su vencimiento y no antes. En todo caso el hecho de pagar la deuda antes de su vencimiento no lo beneficia con los

intereses calculados hasta la fecha de vencimiento de la obligación. La razón principal de esta norma a nivel universal, es que los recursos se colocan en el tiempo, y este genera un interés a favor de la empresa que coloca el recurso.

El prepagar la obligación puede causar un perjuicio a la entidad proveedora del recurso, puede darse el caso que no se tenga alternativa de colocación inmediata del capital y se genere una pérdida por el hecho de tener un capital ocioso. En el caso de las entidades bancarias, los recursos se colocan en el tiempo y la rentabilidad del Banco estará en la colocación total de sus recursos, procurando evitar tener recursos ociosos, pues lo que producirán son intereses pasivos causándole un perjuicio a la institución de crédito, por ello es facultad de las entidades que mueven capitales no tener recursos ociosos, y para evitar esa circunstancia no permite el pre pago de obligaciones, o de permitirlo, realizan un castigo que los pueda resarcir de cualquier daño o perjuicio.

La entidad bancaria o financiera que concede crédito al consumidor, estará obligada a informar previamente sobre las condiciones del crédito, monto, tasa de interés, cuotas y derecho al prepago, tal como lo menciona el art. 19 del Dec. Leg. 807 que modifica el art. 24 del Dec. Leg. 716.

- d) **El derecho a la información y educación.**- Se traduce la obligatoriedad de indicar los precios y las unidades disponibles en la publicidad. El artículo 18 del Dec. Leg. No. 807 modificadorio del art. 21 del Dec. Leg. 716, contempla la eliminación de la oferta anterior, para lo cual se ha tenido en cuenta que la oferta se define no con la comparación con el precio anterior, sino por la comparación con los precios de la competencia, Pudiera suceder que el precio haya subido respecto de la oferta anterior,

pero que por diversos factores, dicho precio sea aún menor que la competencia.

En lo referente a la tarjeta de crédito, se establece (art. 18 del Dec. Leg. 807), que el pago con tarjeta de crédito no se harán recargos adicionales, ni se dejará de otorgar descuentos ofrecidos, salvo que el consumidor haya sido debidamente informado previamente.

La información proporcionada debe realizarse en idioma castellano. Para ello, el art. 16 del Dec. Leg. No. 716, modificado por el art. 18 del Dec. Leg. 807, distingue los supuestos para la exigencia de la información en idioma castellano, así, para productos nacionales, la información en idioma castellano, en tanto que para los productos de manufactura extranjeros, debe brindarse en el idioma castellano la información relacionada con la garantía, las advertencias y riesgos del producto, así como los cuidados a seguir.

Finalmente, la norma modificatoria (art. 18 del Dec. Leg. 807) precisa al modificar el art. 22 de la ley, que la publicidad relativa a ofertas, rebajas de precio y promociones deberá indicar la duración de las mismas y el número de unidades a ofertar. En caso contrario los proveedores deberán proporcionar a los consumidores que lo soliciten los productos o servicios ofertados, en las condiciones señaladas en la publicidad.

e) El derecho a ser representados.- La protección al consumidor en forma indiscriminada puede llevar a perjudicar la fase productiva de un país, por lo que se promueven organizaciones de representantes de los Consumidores en el seno de las organizaciones que tratan esta materia. En este aspecto, la Ley (Dec. Leg. 716, art. 5to., inciso f), ampara al consumidor para ser escuchado de manera individual o colectiva a fin de

defender sus intereses por intermedio de entidades públicas o privadas de defensa del consumidor. Dentro de las últimas modificaciones a la ley, se contempla también la posibilidad que el INDECOPI pueda plantear acciones ante el Poder Judicial, a fin de representar intereses de una cantidad indeterminada de consumidores, se acoge así la existencia de la **class action**.

El artículo 21 del Decreto Legislativo 807 incorpora el artículo 51 del Dec. Leg. No. 716, artículo por el cual se permite el patrocinio por el Indecopi de los intereses difusos de los consumidores, concordante con las normas del Código Procesal Civil. En ocasiones el atropello al consumidor que se produce es de tan baja escala, que le es poco práctico y muy costoso iniciar una acción judicial, en tal caso, el INDECOPI asume un papel protagónico en defensa de los consumidores y puede presentar demanda ante el Poder Judicial para resguardar el derecho del consumidor. La norma legitima al INDECOPI para iniciar los procesos judiciales relacionados a temas de su competencia. Señala la ley que publicada la síntesis de la demanda en el Diario Oficial, y en otro de mayor circulación nacional, el Indecopi asume la representación de todos los consumidores que no hubiesen manifestado su voluntad de no hacer valer su derecho o de hacerlo por separado, dentro de un plazo de 30 días, vencido el cual se continuará la tramitación regular del proceso. Se contempla también la posibilidad que el consumidor individual pueda ser representado por el Indecopi.

7.- ANÁLISIS DEL DERECHO POSITIVO NACIONAL

7.1.- La Constitución Política y los consumidores

En la Constitución Política vigente, el artículo 65 prescribe: "El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para el 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."

“En una economía social de mercado es correcto e indispensable que el Estado defienda el interés de los consumidores y usuarios. En la organización económica contemporánea de bienes de cambio, el consumidor es más disperso que el productor y vendedor y, por tanto, el menos protegido es la relación de comprador y vendedor o usuario.

Las relaciones de mercado son relaciones contractuales y las relaciones contractuales en el mundo moderno se suponen entre personas formalmente iguales. Para que en el mercado la relación sea lo más equiparable posible, el consumidor tiene que tener ciertas garantías que esencialmente son:

- ✓ Que el productor y el vendedor informen verazmente sobre el producto, sus características y finalidades.
- ✓ Que lo que el productor y el vendedor informen, sea controlado por una entidad que garantice la verdad de lo dicho.
- ✓ Que en la relación comercial misma, el consumidor acuda a un mercado en el que el productor o el vendedor, no actúen con posición dominante o monopólica que lo perjudiquen. Eso tiene conexión con el art. 61 de la Constitución Política que señala “que el Estado facilita y vigila la libre

competencia y combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas”.

- ✓ Que el consumidor tenga una autoridad pública a la cual recurrir para interponer procesos que corrijan los problemas que encuentre en su relación de mercado.
- ✓ Que los procedimientos de protección al consumidor sean eficientes y que las autoridades encargadas de ellos tengan el poder suficiente, jurídicamente reconocido, para corregir las irregularidades que se presenten.
- ✓ Que haya una legislación protectora que evite el abuso de las partes fuertes de la relación de mercado, particularmente en lo que atañe asuntos de ética, salud y seguridad colectivas ^{“(102)}

La Constitución ha dispuesto que el Estado defienda el interés de los consumidores, por eso ha creado el INDECOPI y se ha asignado a través de la Comisión de Protección al Consumidor, la defensa de los consumidores.

**7.2.- DECRETO SUPREMO N° 039-2000 - ITINCI (11 - DICIEMBRE - 2000)
QUE APRUEBA EL TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DE PROTECCIÓN
AL CONSUMIDOR, DECRETO LEGISLATIVO N° 716. (TUTELA PROCESAL).**

El Dec. Leg. 716, de fecha 07 de Noviembre de 1991, denominada Ley de Protección al Consumidor en nuestro país, establece en su artículo 35, que, el proveedor deberá indemnizar al consumidor por los daños y perjuicios ocasionados, por deficiencia del servicio, por deterioro o modificación de un

¹⁰² BERNALES B. Enrique. La Constitución de 1993. Análisis Comparado, Lima, Perú, Constitución y Sociedad ICS. Editores, 3ra. Ed., 1987- pp. 362-365.

bien que disminuya su valor, lo haga total o parcialmente inapropiado para el uso normal o lo convierta en peligroso. Más adelante, el art. 36 de la acotada ley, también establece que el incumplimiento de la obligación por parte del proveedor, es decir, a brindar un servicio diligentemente y a emplear componentes o repuestos nuevos y apropiados al bien de que se trate, dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios y a la obligación del prestador del servicio de sustituir, sin cargo alguno, los componentes o repuestos de que se trate.

A partir de estas disposiciones legales, contenidas en la Ley de Protección al Consumidor, cabe plantearse el caso del consumidor perjudicado actual y directamente por los daños y perjuicios demostrados en el consumo de productos defectuosos. ¿Qué posibilidades efectivas de resarcimiento tiene el consumidor perjudicado? ¿Qué vía procesal deberá ejercitar el consumidor perjudicado por el consumo de un producto defectuoso? La respuesta a las cuestiones planteadas las vamos a responder a continuación.

El consumidor puede iniciar un procedimiento administrativo ante INDECOPI, en la Comisión de Protección al Consumidor, en la sede central de Lima, o en las Oficinas de provincias, como es el caso de ésta ciudad.

Así también, el consumidor puede iniciar un proceso civil por daños y perjuicios ante el Juez competente (Juez civil o de primera instancia), sin necesidad de ir primero al INDECOPI. Según el Dec. Leg. 716, Indecopi impone sanciones al infractor o infractores, que van desde una simple advertencia, multa (hasta un máximo de 100 UIT), decomiso y remate de la mercadería, destrucción de mercancías, clausura temporal y clausura definitiva del establecimiento o negocio.

La Ley de Protección al Consumidor también ha previsto, en su art. 51 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 al art. 82 del Código Procesal Civil, los mismos que se tramitarán por vía sumarísima. En estos procesos se podrán acumular de manera genérica las pretensiones de indemnización por daños y perjuicios, reparación o sustitución de productos, reembolso de cantidades indebidamente pagadas y en general cualquier otra pretensión necesaria para tutelar el interés y los derechos de los consumidores afectados, que guarde conexidad con aquellas. El Indecopi podrá delegar esta facultad en entidades públicas y privadas que estén en capacidad de representar los intereses de los consumidores.

Cuando se refiere a entidades privadas, se está refiriendo a las asociaciones de consumidores que existen en nuestro país, que están constituidas bajo la nomenclatura de asociaciones civiles sin fines de lucro, según nuestro Código Civil, esto no quiere decir, que el consumidor no tenga acceso individual a los órganos judiciales, de ninguna manera, lo puede hacer individual o colectivamente a través de dichas asociaciones.

Como puede observarse, el consumidor podrá instar un procedimiento administrativo ante Indecopi o un proceso civil (sumarísimo), según el art. 82 del CPC.

En definitiva, la tutela jurisdiccional en caso de daños a consumidores vendrá por la legislación vigente, en especial el Decreto Legislativo N° 716 (vía administrativa) y ante el órgano jurisdiccional, ante el juez competente (juez civil o de primera instancia).

7.3.- NORMAS PARA LA CELEBRACIÓN Y EJECUCIÓN DE CONVENIOS DE COOPERACIÓN INTERINSTITUCIONAL CON ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES. Resolución de la Presidencia del Directorio N° 048-2001- INDECOPI/DIR

Mediante esta resolución, se reglamenta el artículo 45° del TUO del Decreto Legislativo N° 716, Ley de Protección al Consumidor, aprobado por Decreto Supremo N° 039-2000-ITINCI, el cual establece que el Directorio del Indecopi podrá celebrar Convenios de Cooperación Interinstitucional con Asociaciones de Consumidores de reconocida trayectoria pudiendo disponer que un porcentaje de las multas administrativas impuestas en los procesos promovidos por dichas Asociaciones de Consumidores.

Según el artículo primero de esta resolución, sus normas serán de aplicación obligatoria a la celebración y ejecución de los convenios de cooperación interinstitucional con Asociaciones de Consumidores.

Los mencionados convenios tienen por finalidad la financiación de publicaciones, labores de investigación o programas de difusión en defensa de los derechos de los consumidores a cargo de las Asociaciones de Consumidores para cuyo financiamiento se podrá destinar hasta el 50% de las multas administrativas en procedimientos promovidos por dichas asociaciones.

A partir del segundo artículo y subsiguientes, se establecen los requisitos para la celebración del convenio de cooperación, de igual manera respecto a la vigencia del convenio, a la prórroga del convenio, causales de resolución del convenio, determinación del monto destinado a la asociación

de consumidores, mecanismo de disposición de los fondos objeto del convenio, informes y aplicación de normas de control presupuestario.

Lo positivo de esta norma es que posibilita la financiación de labores que hacen las asociaciones de consumidores en la difusión de temas en defensa de los consumidores; sin embargo, el lado negativo es que se burocratiza un poco respecto a los informes de gestión y balance por actividad.

7.4.- NORMAS PARA LA INTERVENCIÓN DE LAS ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS QUE SE PROMUEVAN ANTE LA COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. Resolución de la Presidencia del Directorio N° 049-2001-INDECOPI/DIR

Mediante esta resolución, el Directorio del Indecopi ha regulado el artículo 40° del TUO del Decreto Legislativo N° 716, Ley de Protección al Consumidor, aprobado por Decreto Supremo N° 039-2000-ITINCI, el mismo que establece que la interposición de denuncias por parte de las Asociaciones de Consumidores por infracción a las normas administrativas de protección al consumidor, queda sujeta a la reglamentación que apruebe el INDECOPI.

En efecto, la reglamentación establece que se aplicará a los procedimientos administrativos que promuevan las Asociaciones de Consumidores en defensa de intereses individuales o difusos de los consumidores ante la Comisión de Protección al Consumidor. De otro lado, los procedimientos iniciados por una Asociación de Consumidores en defensa de intereses individuales, ya sea de terceros o de sus asociados, se

tramitarán de conformidad con los requisitos establecidos en la Ley de Procedimiento Administrativo, Ley N° 27444 (anteriormente en el Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos) y del TUPA de Indecopi.

Según el artículo 4° del TUO de la Ley de Protección al Consumidor, es que la Asociación de Consumidores tiene la representación legal y goza de las facultades generales y especiales de representación procesal.

De igual modo, los procedimientos iniciados en defensa de los intereses difusos se tramitarán de conformidad con los requisitos establecidos en la Ley de Procedimiento Administrativo y del TUPA del Indecopi.

Esta norma establece finalmente que la resolución final que declare inadmisibile o improcedente una denuncia promovida por una Asociación de Consumidores únicamente surtirá efectos para dicha asociación, no existiendo impedimento para que la acción sea nuevamente ejercitada por otra asociación o en su caso, por consumidores de manera individual.

7.5.- JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA: RESOLUCIÓN N° 085-96-TRI/SDC/INDECOPI.

7.5.1.- Antecedentes

El 04 de Enero de 1996, el señor Humberto Tori Fernández, denunció ante la Comisión de Protección del Consumidor, que uno de los zapatos de cuero del par que compró a dicha empresa por S/ 65,54, se rompió en la parte superior luego de sólo dos meses de uso, lo que constituiría una violación a las normas sobre protección al consumidor.

Ante la rotura, el señor Tori manifiesta que formuló su reclamo a Kouros. Una empleada de Kouros recibió el zapato, dejando constancia de ello en la correspondiente boleta de venta. Luego de varias semanas, cuando fue a recoger el zapato, vio que como consecuencia de la reparación éste tenía un aspecto inapropiado para su uso. Por lo cual lo rechazó. Ante ello, se comunicó con el Gerente de Tiendas de Kouros, quien encargó a un segundo funcionario solucionar el problema, pero más adelante este último le manifestó que su reclamo no podría ser atendido y que le ofrecía un descuento del 30% (treinta por ciento) en cualquier producto que comprara en la tienda, lo que rechazó.

De igual modo, el señor Tori sostiene que el zapato quedó en poder de Kouros y que ésta lo debe poner a disposición del Indecopi para que se constate la reparación, así como el poco desgaste de las suelas y tacos,. Lo cual demostraría su poco uso.

El 04 de febrero de 1996 se llevó a cabo la audiencia de conciliación sin concretarse ningún acuerdo. Toda vez que en dicho acto, ante la propuesta hecho por Kuoros para el cambio del par de zapatos o la devolución de su valor, el señor Tori solicitó, además , que se le paguen loa gastos en que incurrió para iniciar el procedimiento ante Indecopi y en la asesoría de su abogado. Posteriormente, el señor Tori presentó un escrito sosteniendo que con el ofrecimiento realizado en la audiencia de conciliación, Kouros reconoció que el zapato estaba fallado.

Por su parte, Kouros sostuvo no haber infringido las normas del Decreto Legislativo N° 716, que el producto adquirido por el señor

Tori guardaba justa equivalencia con su precio, y que la duración del mismo dependía del uso que se le daba, sin que ello significara su menor calidad.

El 11 de abril de 1996, mediante Resolución N° 2, la Comisión declaró fundada la denuncia, sancionando a Kouros con multa equivalente al 50% (cincuenta por ciento) de la Unidad Impositiva Tributaria por infringir el artículo 8 del Decreto Legislativo N° 716, toda vez que en base a la información presentada en el procedimiento la única explicación a la rotura del zapato eran su mala calidad y su falta de idoneidad para los fines para los cuales fue adquirido.

La Comisión consideró en la audiencia de conciliación, Kouros, con su ofrecimiento, aceptó tácitamente la calidad defectuosa de, por lo menos, uno de los zapatos y que actuó con intencionalidad al no contrarrestar los efectos de la infracción pudiendo hacerlo cuando el señor Tori puso los hechos en su conocimiento antes de iniciar el presente procedimiento.

El 16 de Mayo de 1996, Kouros apeló de la resolución de la Comisión, argumentando que no se ha probado la infracción, habiéndose resuelto sin establecer la causa del deterioro del producto, en base a la presunción de que se produjo por causa ajena al propio denunciante, cuando podría haber sido causado por mal uso de los zapatos.

7.5.2.- RESOLUCIÓN DE LA SALA DEL TRIBUNAL DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL.

La Sala, confirmó la Resolución N° 2 emitida por la Comisión de Protección del Consumidor que declara fundada la denuncia

formulada por el señor Humberto Tori Fernández contra la empresa Kouros E.I.R.L. por infracción del artículo 8 del Decreto Legislativo N° 716 y la sanciona con multa equivalente al 50% (cincuenta por ciento) de la Unidad Impositiva Tributaria. Lo que la Sala analizó ha sido en primer lugar, la responsabilidad del proveedor por la calidad e idoneidad de los productos y servicios que pone a disposición de los consumidores, luego el valor probatorio de los ofrecimientos conciliatorios.

7.5.3.- COMENTARIOS

Según el artículo 8° de la Ley de Protección al Consumidor, los proveedores son responsables por la idoneidad y calidad de los productos y servicios que ponen a disposición de los consumidores en el mercado, debiendo los productos o servicios responder a la finalidad para la cual el bien ha sido fabricado o el servicio ha sido ideado. Esta norma contiene el principio de garantía implícita, esto es, la obligación del proveedor de responder por el bien o servicio en caso éste no resultara idóneo para satisfacer las expectativas de los consumidores razonables.

La Sala considera que el tiempo que, tal como ha sido reconocido por las parte, duró uno de los zapatos de cuero (dos meses) no es el que un consumidor razonable puede esperar teniendo en cuenta el local y condiciones en que se adquirió el bien en cuestión.

7.6.- JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA: RESOLUCIÓN N° 095-96-TDC/INDECOPI.

7.6.1.- ANTECEDENTES

Mediante comunicación de fecha 21 de Mayo del 1996, la Secretaría técnica de la Comisión de Protección al Consumidor, tomó conocimiento, a través de una comunicación cursada por la Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas (DIGEMID), del Ministerio de Salud, que en las elaboración del producto farmacéutico DYAZIDE, medicamento de efectos diuréticos, se había empleado erróneamente un **antipsicótico**. En la misma fecha se tomó conocimiento de un aviso publicado por las empresas SmithKline Beecham I.A.C. Sucursal del Perú, en adelante SmithKline – y Laboratorios Hersil S.A., en adelante Hersil, titular de la marca y productora ¹⁰³ respectivamente, del producto en cuestión, en el que se informaba la opinión pública acerca del problema ocurrido. Con fecha 22 de mayo de 1966, la Comisión inició un procedimiento de oficio contra de las empresas SmithKline y Hersil por presuntas infracciones a la Ley de Protección al Consumidor. Asimismo, ordenó el retiro del producto Dyazide del mercado y su cese de comercialización. Ante el requerimiento de la Comisión, tanto SmithKline como Hersil presentaron la información pertinente al caso materia de autos, así como sus respectivos descargos, luego de lo cual, mediante Resolución N° 05 de fecha 23 de agosto de 1996, la Comisión declaró

¹⁰³ Como se verá más adelante Hersil fabricaba el medicamento Dyazide por encargo de SmithKline en virtud de un contrato de obra suscrito por ambas empresas.

fundado el procedimiento por infracción de los artículos 8, 9 y 10 del Decreto Legislativo N° 716, sancionando a ambas empresas con el máximo de la multa permitida por ley –esto es- 100 U.I.T. a cada una – y con el cierre de sus respectivos establecimientos por siete días útiles. Dicha Resolución fue apelada por ambas empresas, elevándose el expediente a la Sala.

De la evaluación del expediente se desprende que durante la fabricación del Lote N° 911075 del producto diurético **Dyazide** se empleó, equivocadamente, **Trifluoperazina** (un antipsicótico), en vez del componente **Hidrocloratiázida** (un diurético). Asimismo, de las alegaciones de Digemid, Hersil, SmithKline y la Comisión se desprende que existen diferentes versiones acerca de los hechos materia del presente procedimiento.

Digemid afirmó que el error durante la producción del Lote N° 911075 del producto Dyazide habría ocurrido por la inobservancia de las buenas prácticas de manufactura por parte del personal de Hersil. Asimismo, Digemid sostuvo que el error no pudo ser detectado a tiempo por dicho laboratorio toda vez que la técnica analítica alcanzada por SmithKline a Hersil para realizar el control de calidad del producto Dyazide no sería específica para la identificación de los principios activos contenidos en el mencionado medicamento.

Asimismo, Hersil manifestó que el problema se habría detectado el día 14 de mayo de 1996 gracias a un control semanal rotativo de materias primas, y que el mismo día se realizó el análisis

HPLC¹⁰⁴, comprobándose el defecto en el producto. El día 15 de mayo Hersil afirma que se realizó un ensayo entre un “standard bueno” y un “standard malo”, obstandose gráficas muy similares, por lo que día 16 de mayo se habría comunicado la existencia del error a SmithKline. Paralelamente, se habría ordena la inmovilización del saldo del Lote N° 911075, y comunicado verbalmente a los distribuidores la paralización de la comercialización de dicho lote. El mismo día se habría remitido una muestra para examen a la empresa *Société Générale de Surveillance- S.G.S. del Perú S.A.*, en adelante S.G.S., con la finalidad de cruzar información. El día 17, S.G.S. habría conformado la existencia de Trifluoperazina (antipsicótico) en la muestra remitida. Luego, a través de SmithKline se habría puesto en conocimiento de las autoridades de salud los hechos ocurridos y redactado el comunicado que aparecería el día 20 de mayo en diversos diarios. Hersil sostuvo que ni bien se detectó el problema, se habría ordenado al personal de visita médica, para que informen a médicos, farmacias, instituciones y hospitales a fin de que no se prescriba o comercialice el lote defectuoso. El día 16 de mayo se habría comunicado a todos los distribuidores de la línea SmithKline la paralización de las ventas y ordenado la devolución respectiva. El día 20 se habría remitido una nueva comunicación a todos los

¹⁰⁴ Este examen se traduce como “cromatografía Líquida de Alta Performace”. Su método que se basa en la capacidad que tienen las sustancias de absorber en forma diferenciada energía lumínica de diversas longitudes de onda. El examen consiste en separar las sustancias que forman parte de un compuesto para luego contrastarlas por su absorción de energía en determinadas longitudes de ondas. Esto produce una distribución del espectro de absorción que se compara con un patrón para saber si las sustancias efectivamente corresponden a las que el compuesto debe tener.

distribuidores que trabajan con SmithKline anexando el comunicado del día 20, solicitándole verificar a través de sus vendedores si las farmacias tenía stock del lote del producto. Copia de dicha comunicación habría sido enviada a sus jefes regionales, a fin de que procedan conforme a la misma.

7.6.2.- RESOLUCIÓN DE LA SALA DEL TRIBUNAL DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL.

La Sala, luego de una exhaustiva revisión de la documentación que obra en el expediente, ha quedado acreditado que el 07 de octubre de 1994 se celebró un contrato de obra entre Hersil y SmithKline en virtud del cual Hersil se comprometió a fabricar entre otros productos, el medicamento Dyazide por cuenta de SmithKline (contrato de obra entre Hersil y Smith Kline).

Del análisis efectuado por la Comisión de Protección al Consumidor, se advierte que los denunciados son responsables por haber colocado un producto cuya calidad no es idónea para el consumo, infringiendo de este modo el artículo 8° de la Ley de Protección al Consumidor, que prescribe: “Los proveedores son responsables, además, por la idoneidad 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”.

De igual modo, los denunciados han infringido el artículo 9° de la Ley de Protección al Consumidor, por conllevar la comercialización

del Dyazide defectuoso un riesgo injustificado no advertido a los consumidores, toda vez que el citado artículo 9° prescribe: “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 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”.

Las empresas sujetas al presente procedimiento infringieron lo establecido en el artículo 10° de la Ley de Protección al Consumidor, es decir, no advirtieron adecuadamente a los consumidores de los riesgos derivados del consumo del Dyazide defectuoso luego de descubierto el error y no actuaron con la debida celeridad y en forma correcta para eliminar o reducir el peligro y los riesgos derivados del error, es decir, las empresas denunciadas no tomaron las medidas razonables teniendo en cuenta las circunstancias. Al respecto, el citado artículo 10° prescribe: “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”.

En conclusión, la Sala, confirmó en todos sus extremos la Resolución N° 5 de fecha 26 de agosto de 1996 de la Comisión de

Protección al Consumidor, es decir, que dichas empresas han infringido los artículos 8°, 9° y 10° del Decreto Legislativo N° 716, Ley de Protección al Consumidor, sancionando a ambas empresas con el máximo de la multa permitida por ley esto es, 100 U.I.T. a cada empresa y con el cierre de sus respectivos establecimientos por siete (7) días útiles.

7.7.- JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA: RESOLUCIÓN N° 101- 96-TDC/INDECOPI. – MATERIA: DEFINICIÓN DE CONSUMIDOR O USUARIO.

7.7.1.- ANTECEDENTES

El 05 de Mayo de 1995, Cheenyl E.I.R.L., empresa dedicada a la importación, distribución, comercialización y venta al por mayor y menor de productos alimenticios en general y a cualquier otro objeto lícito que acuerde el titular denunció a la empresa Kónica S.A. ante la Comisión de Protección al Consumidor – en adelante la Comisión, por presunta infracción a las normas contenidas en el Decreto Legislativo N° 716 – Ley de Protección al Consumidor – Admitida a trámite la denuncia y presentados los descargos de Konica S.A., se realizó una Audiencia de Conciliación sin que las partes celebraran acuerdo alguno. Posteriormente, luego de que las partes presentaran sus pruebas, la Comisión resolvió el procedimiento en primera instancia, declarando improcedente la denuncia. Esta resolución fue apelada por Cheenyl E.I.R.L. y, en consecuencia, el expediente fu elevado a la Sala.

De la evaluación del expediente y de las alegaciones de las partes, se desprende que con fecha 24 de noviembre de 1994

Cheenyi E.I.R.L. adquirió un laboratorio fotográfico modelo Leo-180 compuesto por un procesador de películas modelo PP-320 y una impresora de papel modelo CP-080, con garantía de un año, para comenzar a brindar el servicio de revelado de fotografías en 23 minutos. Dichas máquinas habrían sido instaladas por un técnico de Hong Kong el 13 de enero de 1995. Al parecer, la máquina impresora se habría averiado en febrero del mismo año. Según el dicho de la denunciante, técnicos de Konica S.A. habrían desarmado la máquina y la habrían dejado en ese estado por falta de repuestos.

Posteriormente la denunciada habría comunicado que la avería se debía al embalaje de fábrica. Según Cheenyi E.I.R.L., la denunciada se habría negado a emitir la factura correspondiente por la parte cancelada del valor del equipo – razón por la cual habría suspendido el pago de las letras pendientes, no había cumplido con la garantía y el servicio, no habría indicado el modo correcto de funcionamiento de la maquinaria, no contaría con los repuestos necesarios y estaría pretendiendo cobrarle los repuestos y el pasaje de un técnico desde Hong Kong.

Por otro lado, Konica S.A., sostuvo que prestó los servicios respectivos hasta el 20 de Abril de 1995, fecha en la cual éstos fueron suspendidos debido a la falta de las cuotas adeudadas. Asimismo, afirmó que el equipo había seguido funcionando adecuadamente, toda vez que Cheenyi E.I.R.L. había continuado comprando insumos para su negocio.

Mediante Resolución N° 5, del 5 de octubre de 1995, la Comisión declaró improcedente la denuncia de Cheenyi E.I.R.L., por

no considerarse competente para conocer la misma, toda vez que la denunciante no sería un consumidor final en los términos contenidos en el inciso a) del artículo 3° del Decreto Legislativo N° 716.

El 25 de octubre de 1995, Cheenyi E.I.R.L., interpuso Recurso de Apelación contra la resolución mencionada en el párrafo precedente, señalando que el inciso a) del artículo 3° del Decreto Legislativo N° 716 era una norma standard y que, como tal, sus alcances debían ser precisados con flexibilidad por la autoridad en cada caso particular. Así, consideró que la Comisión había incurrido en una distinción indebida allí donde la Ley no distingue.

7.7.2.- RESOLUCIÓN DE LA SALA DEL TRIBUNAL DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

En primer lugar, el asunto en discusión, es determinar si el denunciante es un consumidor o usuario en los términos establecidos por el inciso a) del artículo 3° del Decreto Legislativo N° 716, es decir, si puede ser considerado destinatario final del bien adquirido.

El inciso a) del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 716 define al consumidor o usuario como la persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta como destinatario final productos o servicios. Esta definición, en principio bastante simple, puede prestarse a interpretaciones muy diversas. La interpretación correcta de esta definición, y en especial del término “destinatario final” constituye, a fin de cuentas, la determinación de una de las fronteras reales de las normas de protección al consumidor, y por tanto de la competencia de la Comisión y, en segunda instancia administrativa,

de la Sala del Tribunal de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

Siguiendo el razonamiento, el inciso a) del artículo 3° del Decreto Legislativo N° 716 limita el ámbito de protección subjetivo de la Ley de Protección al Consumidor a la tutela de los consumidores o usuarios, entendidos éstos como aquellas *“personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como **destinatarios finales** productos o servicios”*. Así, para que una persona, ya sea natural o jurídica, sea considerada como consumidor, es necesario que concurren 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.

En lo concerniente a la **primera condición**, cabe destacar que el ámbito de protección del Decreto Legislativo N° 716 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 defectuoso. Lo mismo ocurriría con el caso del padre que compra juguetes para sus hijos. Sin bien los hijos no son parte de la relación contractual con el proveedor, sí son consumidores de los juguetes. Nada justifica distinguir estos supuestos del de un consumidor-comprador.

Conforme a la **segunda condición**, no basta que una persona adquiera, utilice o disfrute un producto o un servicio, para que ésta sea considerada consumidor. Para ello, será además necesario que esa persona sea destinatario final de los mismos. Esto implica identificar qué personas jurídicas o naturales pueden ser considerados consumidores de acuerdo a la ley.

En este orden de ideas, 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 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.

En el caso bajo comentario el denunciante es el titular de un establecimiento abierto al público. En este establecimiento el denunciante decidió prestar el servicio de revelado de fotos, lo que hace que su situación encaje en la definición contenida en el artículo 3°, inciso b.4 del Decreto Legislativo N° 716, es decir, que pueda ser considerado un proveedor, más específicamente un prestador.

La máquina objeto de la denuncia fue adquirida para brindar un servicio de revelado. Es decir, fue adquirida por el denunciante para el desarrollo de fines propios de su actividad como proveedor. Dicha máquina es incorporada al proceso económico para permitir prestar un servicio. Por tanto la denunciante no puede ser considerada

destinatario final para efectos de aplicación de la Ley de Protección al Consumidor. Siendo que la denunciante acciona en defensa de su propio interés y habiéndose producido la adquisición para desarrollar una actividad propia de un proveedor, la denuncia debe ser declarada improcedente.

En conclusión, la Sala del Tribunal de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI, confirmó la Resolución N° 5, del 05 de octubre de 1995, dictada por la Comisión de Protección al Consumidor, que declara improcedente la denuncia presentada por Cheenyi E.I.R.L. contra Konica S.A.

7.8.- JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA.- RESOLUCIÓN N° 102-96-TRI-SDC/INDECOPI.- MATERIA: PUBLICIDAD COMERCIAL.

7.8.1.- ANTECEDENTES

Los días 15 y 16 de mayo de 1996, AFP Profuturo difundió un anuncio en los diarios Ojo, Expreso, Gestión y El Comercio, en el que señalaba haber registrado el mayor índice de rentabilidad, en cuatro de las últimas cinco mediciones anuales publicadas por la Superintendencia de AFP – en adelante SAFP, afirmando que ello representaba “una mayor pensión”, al momento de la jubilación de sus afiliados. Asimismo, en éstos se mostraba un cuadro en que se comparaba la rentabilidad anualizada nominal de las diferentes AFP del sistema, al inicio de sus operaciones y en los últimos 12 meses, ubicándose Profuturo en el primer lugar durante ambos periodos.

Luego, el día 17 de mayo de 1996, la SAFP remitió una comunicación a la Comisión de Represión de la Competencia Desleal

en adelante, la Comisión- informándole que, en los anuncios mencionados en el párrafo precedente, ASFP Profuturo faltaba a la verdad cuando manifestaba haber registrado el mayor índice de rentabilidad en cuatro de las últimas cinco mediciones anuales publicadas por dicha Superintendencia. Asimismo, expresó que de compararse la rentabilidad real de las diferentes AFP, el orden del ranking variaría totalmente. Por otra parte, manifestó que la comparación efectuada no permitía apreciar en conjunto el comportamiento de las principales variables del Sistema Privada de Pensiones y que, por último, el anuncio podría confundir a los afiliados y al público en general al relacionar la rentabilidad de Profuturo con la pensión de jubilación.

Por ello, la Secretaría Técnica de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal emitió un Informe sobre el anuncio en cuestión, y, mediante Resolución N° 1, inició un procedimiento de oficio contra AFP Profuturo y contra Pragma DMB&B, en su calidad de agencia de publicidad, por presunta infracción al artículo 8° del Decreto Legislativo N° 691, Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, por la difusión del mismo. Posteriormente, la Comisión ratificó la referida resolución en todos sus extremos.

AFP Profuturo, en su escrito de descargo de fecha 28 de mayo de 1996, manifestó que la información vertida en el anuncio materia del proceso había sido tomada de los boletines editados por la SAFP y que formaba parte de una campaña informativa que debía ser analizada en conjunto, tomando en consideración el cuadro comparativo que fuera publicado el 20 de mayo de 1996 en otro

anuncio, en donde sí se incluían cinco (5) mediciones de la rentabilidad anual en términos reales de las diferentes AFP del sistema, realizadas por la SAFP. Asimismo, afirmó que, teniendo en cuenta que la inflación es un parámetro no controlable por las AFP y, además, es igual para todos, la utilización de la rentabilidad nominal – supuesto en el que, a diferencia de la rentabilidad real, no se considera la inflación, no afectaría el orden del ranking presentado si los períodos de medición son iguales. Por último, sostuvo que el anuncio cuestionado cumplía con el requisito de dar una apreciación de conjunto de los principales aspectos del servicio comparado dado que la rentabilidad sería la “característica más relevante para que el consumidor realice una elección de consumo eficiente”.

Pragma DMB&B manifestó que en la resolución que motiva el procedimiento se cuestionaba que Profuturo sea la AFP con el mayor índice de rentabilidad, que la comparación efectuada se a completa pues no presentaría las principales variables del sistema y, que establecer una relación entre rentabilidad y pensión de jubilación confunde a los usuarios del sistema. Pragma sostuvo que dichos aspectos eran sumamente técnicos y escapaban al control de una agencia de publicidad, la que en principio sólo se “limita a transmitirle de manera agradable y persuasiva al público el mensaje que el anunciante quiera dar, en base a la información proporcionada por el propio anunciante”.

Finalmente, expresó que era una práctica usual en la publicidad de las AFP vincular la rentabilidad con la jubilación y

realizar comparaciones en base a determinados aspectos de las AFP sin contemplar las principales variables del sistema.

El 20 de Junio de 1996, mediante Resolución N° 052-96-C.C.D., la Comisión de Represión de la Competencia Desleal sancionó a las empresas denunciadas con amonestación por haber incurrido en infracción al requisito de brindar una apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos o servicios comparados, contenido en el artículo 8° del Decreto Legislativo N° 691; y, ordenó el cese definitivo del anuncio materia de proceso. Para ello, la Comisión consideró que no existía relación entre la referencia de que AFP Profuturo había obtenido la mayor rentabilidad en cuatro de las últimas cinco mediciones realizadas por la SAFP y el cuadro comparativo difundido en el anuncio. Asimismo, consideró que si bien en un anuncio publicado con posterioridad se incluyó un cuadro relativo a las últimas cinco mediciones efectuadas por la SAFP”, un consumidor razonable que efectuara una apreciación superficial del primer anuncio no estaría en capacidad de inferir que el cuadro comparativo al que había referencia aparecía en un anuncio posterior. En tal sentido, evaluó que “si bien es cierto que las campañas publicitarias pueden estar conformadas por diversas secuencias diferenciadas entre sí y que la autoridad debe realizar una apreciación integral de los mensajes contenidos en los anuncios que componen una misma campaña, dicho criterio de interpretación no puede ser trasladado a los consumidores como una carga para la comprensión de la información contenida en la publicidad comercial, siendo que estos consumidores realizan una apreciación superficial de los

anuncios”. Así, la Comisión consideró que si bien AFP Profuturo había acreditado ser la primera en rentabilidad real en cuatro de las últimas cinco mediciones efectuadas por la SAFP, la forma en que se había difundido esta información había resultado ser parcial e incompleta toda vez que el cuadro comparativo contenido en el anuncio materia de proceso no guardaba relación con lo expresado en el anuncio.

Respecto a la responsabilidad solidaria de la empresa Pragma DMB&B como la agencia de publicidad que había elaborado el anuncio, la Comisión consideró que el hecho que la información vertida en el anuncio “ se encontraba referida a temas vinculados al Sistema Privado de Pensiones, que, en algunos casos pueden resultar de carácter exclusivamente técnico y especializado, el prever que no se ofrezca información incompleta a los consumidores, no excede el ámbito de responsabilidad razonablemente exigible a una agencia de publicidad en la elaboración de los anuncios” . Así, la Comisión consideró que formaba “parte de los deberes profesionales de las agencias de publicidad vigilar que la información contenida en los anuncios sea completa y no genere confusión entre los consumidores”.

El 021 de Julio de 1996, la empresa Pragma interpuso recurso de apelación contra la resolución final de la Comisión, sosteniendo que la responsabilidad que se le imputa no se ajustaría a la ley, ya que el artículo 13 del Decreto Legislativo N° 691 sólo responsabiliza a las agencias publicitarias cuando la infracción se encuentre en un contenido publicitario distinto de las características propias del producto anunciado.

7.8.2.- RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (20 – DICIEMBRE – 1996).

El artículo 8° del Decreto Legislativo N° 691 establece 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. Asimismo, señala que toda comparación debe ser específica, veraz y objetiva, y debe dar una apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados.

Si bien toda publicidad comercial lleva implícita una vocación comparativa, en tanto persigue llamar la atención de los consumidores hacia los productos o servicios anunciados a fin de que el consumidor, en base a su experiencia en el mercado, los adquiera o contrate; en la publicidad comparativa propiamente dicha (aquella regulada en el artículo 8° del Decreto Legislativo N° 691), los anuncios son estructurados para que su receptor se percate de la comparación efectuada antes que cualquier otro contenido publicitario. Así, el anunciante busca confrontar de manera directa sus bienes, precios o condiciones de venta con las de sus competidores, mostrando las diferencias, ventajas y desventajas de los mismos. En este sentido, la doctrina señala que “En la publicidad comparativa el anunciante contrapone la propia oferta a la oferta del competidor. Con el fin de mostrar la inferioridad de las mercancías ajenas con respecto a las propias, el anunciante se esfuerza por mostrar las diferencias

existentes entre las mercancías o servicios propios y las mercancías o servicios del competidor”.

En el presente caso, el anuncio materia de proceso constituye una publicidad comparativa, en el sentido establecido en el artículo 8° del Decreto Legislativo N° 691, por la cual el anunciante busca confrontar la rentabilidad de su servicio privado de pensiones con el de las demás AFP que concurren en el mercado.

Si bien es cierto que la Sala de Indecopi reconoce que la rentabilidad no es la única variable en el servicio que brindan las AFP, existiendo otras que pueden ser de igual importancia para un consumidor como, por ejemplo, la solidez de la empresa o su atención al cliente, también reconoce que cada anunciante es libre de destacar qué aspectos de su servicio lo distinguen de sus competidores. En este contexto, es imprescindible tener en cuenta que la actividad de órganos funcionales del Indecopi se desarrolla en el ámbito de una economía social de mercado; esto es, en el ámbito de un sistema en que la interacción entre ofertantes y demandantes orienta finalmente la asignación de los recursos, determinando la calidad y los precios de los bienes y servicios que se incorporan al mercado. Dentro de esta concepción, no es función del Estado ni de ninguna institución que lo conforma, sustituir las decisiones de los ofertantes y demandantes; cada anunciante es libre de destacar qué aspectos de sus productos o servicios lo distinguen de sus competidores y cada consumidor es libre de comparar los bienes o servicios que concurren en el mercado y elegir el que mejor satisfaga sus intereses o necesidades. Por ello, la Sala considera que en el presente caso tampoco se habría

incumplido con el requisito de dar una apreciación en conjunto de los principales aspectos de los productos o servicios comparados.

Finalmente, en lo expresado por la Comisión, no existe una obligación legal de sustentar las afirmaciones difundidas en un anuncio con cuadros comparativos vinculados, salvo que su omisión pudiese resultar engañosa, supuesto que. Es ajeno al presente caso.

Por todo lo expuesto, la Sala resolvió revocar la Resolución N| 052-96-CCD de fecha 20 de Junio de 1996, por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, declarando infundada la denuncia iniciada de oficio contra Profuturo AFP y Pragma DMB&B.

8. CONTRATACIÓN DE CONSUMO

8.1 ORÍGENES DEL CONTRATO

8.1.1 El contrato como deber contraído

En Roma, el *contractus* no tuvo el significado técnico que hoy tiene. Como lo expresa Díez Picazo, “lo contraído es un negocio o una obligación, una situación que da lugar a un *vinculum iuris*. Pero para que surgiera ese ligamen era necesario proveerse de actos rituales a los cuales se les podía llamar *contractus*. Al lado de esas solemnidades que daban lugar a una *obligatio*, se encuentran aquellos deberes surgidos de la entrega de una cosa (*recontrahitur*) y, por obra del derecho pretorio, en un momento ulterior, los *iudicia bona fideim* que eran supuestos excepcionales en los que se admitió el nacimiento de obligaciones por el solo consentimiento.”¹⁰⁵

También el derecho romano conoció las convenciones en las que una de las partes daba o hacía algo para recibir algo a cambio (una cosa o un hecho) que inicialmente fueron sometidos a las reglas de la *condictio indebiti* hasta llegar a tener acciones propias que les concedió la categoría de contrato (innominado), así como los pactos que, tras estar desprovistos de acción llegaron a recibir protección.

En Roma, la idea de *contractus* no tuvo el significado de acuerdo de voluntades que hoy en día entendemos. Tampoco en el Medioevo se transformó la idea del deber contraído que fluye de las fuentes del derecho romano.

¹⁰⁵ DIEZ PICASO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. Madrid, España, Civitas, Volumen Primero, 1993, pp. 118 y 119.

8.1.2 El contrato como instrumento de la voluntad

“La influencia del derecho canónico, de la escolástica tardía (Escotto y Occam), del racionalismo jurídico y del antropocentrismo enciclopedista, que pusieron el acento en la razón y en la voluntad humanas, que la idea del consenso contamina toda explicación del contrato, abriendo paso al dogma del acuerdo de voluntades. Instituciones como la sociedad y el Estado se explican por medio del contrato.”¹⁰⁶ Los filósofos de la Escuela Moderna del Derecho Natural, además acotaron en la razón humana el origen del derecho y secundaron el principio del voluntarismo o consensualismo como explicación de las instituciones, al cual se adherirán, entre otros, los precursores de la codificación francesa: Domat y Pothier.

Estos filósofos, gracias a su marcada adhesión a la voluntad humana como motor del obrar humano, proveyeron de argumentos para una relectura de las fuentes del derecho romano.

8.1.3 El contrato y la autonomía de la voluntad

La igualdad y libertad forman el alma del individualismo moderno, su esencia, individualismo que exigía el reconocimiento de la autonomía de la persona, una suerte de capacidad de autodeterminación. “Libertad que tenía un cargado contenido filosófico, por estar enraizada en la persona misma, pero también un sentido político en contra del Antiguo Régimen (y sus vinculaciones) y un tinte económico conectado directamente con la libertad de comercio y el

¹⁰⁶ VEGA MERE, Yuri. Op. cit. p.25.

recurso de esa especie de fe en el orden natural (y libre de trabas) con la que se concibió al mercado.”¹⁰⁷

Esa libertad fue trajinada como argumento del concepto de la autonomía de la voluntad (hoy autonomía privada), de aquella posibilidad de la persona considerada como poder de autorregulación o autorreglamentación, de creación de preceptos privados de conducta para ejercer facultades y conformar relaciones jurídicas por la sola decisión del individuo, para ejercer derechos subjetivos o actuar a través de la idea del negocio jurídico (cuyo paradigma siempre fue el contrato, al menos en esta etapa de la historia de los dogmas).

Por otro lado, para Adam Smith las instituciones sociales debían entenderse como el resultado de las acciones individuales, es que el individuo y su libertad se encuentran al final de la explicación de toda cuestión social.

La libertad y la igualdad postuladas en el terreno político debía involucrar la igualdad económica y, por efecto mágico, la igualdad social y jurídica. En este contexto, el contrato, concebido en la filosofía de los iusnaturalistas como acuerdo de voluntades, pasó a ser entendido como producto de la libertad y de la igualdad”¹⁰⁸

El contrato como instrumento de la libertad del acuerdo libre, en un contexto en el cual se predicó a los cuatro vientos la igualdad, se convirtió en una herramienta de la justicia en los cambios.

¹⁰⁷ DE CASTRO Y BRAVO, Federico. El negocio jurídico. Madrid, España, Civitas, 1985, pp. 12 y ss.

¹⁰⁸ VEGA MERE, Yuri. Consumidor, contrato y sociedad postindustrial. Lima, Perú, Universidad de Lima, 1998, pp. 20 a 23.

La voluntad como piedra angular del contrato no podía prestarse a interpretaciones antojadizas que atentasen contra la seguridad del tráfico, razón por la cual se fue abriendo paso las tendencias que hacían prevalecer la declaración.

En suma, el contrato se caracterizó por lo siguiente:

- a) Ser fruto de la libertad y, en especial de la autonomía de la voluntad, autonomía privada, según la cual los individuos pueden celebrar las más variadas convenciones para intercambiar bienes y servicios a fin de satisfacer sus necesidades.
- b) Ser el mecanismo de mayor autenticidad para la asociación entre los hombres.
- c) Al ser producto de la libertad jurídica y económica, requería de una dosis de igualdad que la ley también garantizaba.
- d) Los individuos pueden crear, para sí, derechos y obligaciones.
- e) Debe reinar sin la intervención del Estado, los conceptos de orden público, buena fe, buenas costumbres, etc., son sediciosos y deben ser proscritos.
- f) Los individuos, en un mercado libre, gozan de la posibilidad de crear relaciones obligatorias sin que coincidan con los tipos contractuales.
- g) Las normas que regulan la materia contractual son supletorias de la voluntad de las partes. Estas pueden pactar en contrario en tanto no contradigan principios superiores de convivencia. También se les daba el carácter de normas interpretativas de la intención de los contratantes en caso de ausencia de acuerdo sobre puntos

específicos que no tienen que ver con el consentimiento alcanzado sino, más bien, con el contenido del acuerdo.

8.1.4 La igualdad de las partes

Siempre se ha pregonado la igualdad presupuesta entre los contratantes; igualdad que les permitía negociar y definir, comúnmente, los alcances de sus derechos y obligaciones: de determinar el contenido del contrato. A la libertad de contratar le era consustancial la libertad contractual o la libertad de configuración del entero contrato. Los hombres de derecho (muchos de ellos de vida monacal o entregados a la Universidad y, por tanto, ausentes de lo que acontecía en el tráfico comercial) imaginaban el contrato como un procedimiento de conciliación entre pares, entre iguales, entre dos seres con la misma capacidad de influir en el contenido del contrato, de darse – sin someterse - reglas de conducta derivadas de la autonomía privada que traducían un equilibrio de posiciones.

En el siglo XIX, el Estado liberal no podía intervenir el contrato por ser expresión de la voluntad libre y la igualdad de los individuos. El contrato se presumía justo por ser hijo de la decisión de los interesados; no importaba que existiese desproporción entre las prestaciones: eso era lo querido por las partes. No importaba si, en los hechos, existían diferencias reales entre la condición económica de los contratantes; posiblemente la representación que se tenía del contrato era la de un acuerdo pasado entre dos mercaderes que concertaban un acuerdo en una feria, en el marco de una economía agrícola y no tecnificada, o entre dos propietarios.

Aquella igual presupuesta (y casi indiscutida) entre las partes se sostuvo aún después de la erosión de las relaciones sociales provocada por la revolución industrial. Incluso, durante las primeras décadas (y posiblemente durante casi todo el siglo) del maquinismo, el contrato continuaba exhibiendo su temperamento de conciliador y de ente aséptico a las diferencias entre las partes. Se pregonaba la igualdad a todo pulmón, no importaba si era igualdad formal: ésta extendía su manto a la (des)igualdad sustancial y ello era suficiente.

8.1.5 La masificación del contrato

El capitalismo decimonónico no tardaría en transformar de raíz el substrato de todas las relaciones interpersonales convirtiéndolas en relaciones de cambio basadas en transacciones; en cambiar el telón de fondo y erigir un nuevo oráculo : el mercado. El paroxismo por el comercio, apoyado por el auge de la producción industrial, trastocaría los moldes habituales para el tráfico de bienes y servicios. Los productores invadirían con sus bienes facturados en serie toda esfera otrora reservada a los artesanos. Entonces aparece la sociedad de masas, en la que prevalece lo impersonal, el anonimato, la despersonalización.

Con el objeto de obtener mayor presencia en la red de intercambio, los comerciantes y luego las empresas de grandes capitales, estructuraron estrategias y planeamientos orientados a gozar de una posición preponderante en el mercado. A este proceso de mercatización de las relaciones sociales le era indispensable despojarse de los obstáculos que restringiesen tal tendencia. Uno de

los obstáculos que había que dejar de lado era del concepto de contrato, que era entendido (en la doctrina legal) como un acuerdo igualitario, libre, consensuado, determinado en sus alcances por las partes que lo concluían. Era fundamental estandarizar los procesos de comercialización de los bienes que salían en masa de las fábricas. Pero, como a veces ocurre con estos hechos, nadie avizó, tan rápidamente que la figura del contrato celebrado con un “apretón de manos” estaba siendo radicalmente subvertida: la aparición de contratos con contenido predispuesto por empresas que ostentaban posiciones monopólicas u oligopólicas (empresas de gas, de carbón, de electricidad, etc.) o por productores en serie de diversas clases de bienes y servicios, se imponía con el correlato de la organización de las empresas.

De otro lado, se acentuó la diferencia de roles entre los productores y consumidores. Aquellos producen, éstos consumen. Aquellos deben crear necesidades de toda índole, éstos deben consumir todo cuanto se ofrezca en el mercado. Los industriales hacen uso de los procedimientos más adecuados para fomentar y masificar el consumo: más clientes, más consumo por cada cliente. Los hombres de derecho vienen en su apoyo para idear crear nuevas formas de contratación que signifiquen una racionalización – y reducción – de costos, una previsión (cuando no disminución o eliminación) de riesgos, una pareja interpretación y un trato similar a todo cliente, una menor inversión de horas – hombre en las ventas, etc. Los productos requieren ser colocados rápidamente en el mercado, sin trabas, sin ataduras, sin necesidad de negociar de modo diverso bienes similares:

el contrato de los Códigos debe ser reemplazado por el contrato prerredactado por las empresas, por sus previsiones, por sus cláusulas de aplicación general a todos sus acuerdos, aún a costa de la preciada libertad contractual de una de las partes (la anónima, la masificada, la que sólo vale en las estadísticas, en los números). Es decir, la contratación se ha masificado.

Para muchos hombres de derecho, especialmente los más sensibles - pero también ceñidos a las nociones tradicionales- la contratación estandarizada suponía un grave atentado al dogma de la autonomía de la voluntad. Si el contrato era producto de la decisión libre de contratar, de la capacidad de autodeterminación, la simple adhesión a un estatuto elaborado por las empresas, hacía añicos el fundamento último de la contratación. No faltó quien señalara (como hasta hoy) que el contrato había entrado en crisis; que la masificación de las relaciones económicas había echado por los suelos la igualdad y el trato paritario que se presumía de las partes al celebrar un negocio jurídico; así como la libertad para darse preceptos privados de comportamiento o de autorreglamentación de intereses. El contrato se ha masificado, las relaciones pasaban, una tras otras, como cortes de tela o prendas de vestir facturadas por la misma máquina. Sólo quedaba espacio para aceptar o no esta nueva forma de acceso a los bienes y servicios ofertados por las empresas en el mercado: take it or leave it, (tómalo o déjalo) mermándose la libertad y la igualdad tan pregonadas por el consensualismo que precedió a la codificación.

8.1.6 El dirigismo contractual

La estandarización de las relaciones contractuales no erosionó, al contrario, era una respuesta casi necesaria a la industrialización.

El origen es producto de la dinámica social y del fenómeno de la producción en escala, la contratación estandarizada ha revelado en no pocos casos, la desigualdad económica y de negociación entre la empresa y el consumidor.

“El impulso de la masificación contractual que proviene del lado de las empresas tiene dos tendencias: una saludable, que consiste en racionalizar los medios o instrumentos jurídicos de colocación de productos en el mercado; otra, que tiene un efecto concentrador que, al unirse al espíritu de lucro consustancial a la empresa privada, puede llevar al abuso de la posición de predominio en el mercado, al utilizar aquellos mecanismos de racionalización contractual para sacar provecho indebido de ellos.”¹⁰⁹

Por otro lado la evolución del capitalismo moderno condujo hacia una sociedad de masas en la que la despersonalización y el anonimato eran las reglas; en la que los contratos con los consumidores eran dictados por las grandes empresas; en la que las relaciones laborales eran fuente de frecuentes abusos; en lo que mas importaba era “el haber” que “el ser” de la persona. El derecho heredado del siglo XIX era un derecho de estructura individualista y patrimonialista. Los códigos civiles, inclusive pese a haber sido

¹⁰⁹ GARCÍA AMIGO, M. Condiciones generales de los contratos. Madrid, España, Editorial Revista de Derecho Privado, pp. 14 y 15.

superados por la realidad, eran Códigos de propietarios de tierras, de herederos, de contratantes ingenuos y creyentes en la igualdad y el trato paritario.

Por ello, el Estado entiende que no debe presenciar impasible el aniquilamiento de las voluntades, que el contrato no es sólo un instrumento de cambios sino también; en no pocos casos, de abusos, que no debían quedar liberados única y exclusivamente a la decisión de los particulares; el contrato compromete el interés social, es un instrumento de colaboración y de convivencia, cumple una función y debe adaptarse al orden público económico profesado por el Estado en el que la autonomía privada no es el único cimiento ¹¹⁰, ni se basta a sí misma, especialmente cuando hay diferencias sociales irreductibles.

El Estado asume una política dirigista, invade la contratación, pone en vigor un mayor número de normas imperativas. En casos extremos, llega a diseñar el contenido de los contratos (contratos normado o reglamentado) y en otros impone “la obligación de contratar”, (contrato forzoso) a despecho de la esencia de la figura: el voluntarismo.

Mas adelante, la palabra empeñada como dogma, cede a la revisión judicial del contrato, admitiéndose la cláusula *rebus sic stantibus*; el Estado permite que la posición particular de una de las partes como el Estado en peligro, legitime la recomposición heterónoma de los intereses en juego; que se admitan las prórrogas

¹¹⁰ STIGLITZ, Rubén y STIGLITZ, Gabriel. Contratos por Adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor. Bs. Aires, Argentina. Edit. Depalma, 1985, pp. 182 y 183.

forzosas; que se den moratorias: en una palabra, que se desencadene la decadencia de ese contrato presumido pero no necesariamente justo, paritario, libre, producto de dos voluntades concordes.

Es decir, la masificación de las relaciones contractuales tradujo, en suma, una suerte de paroxismo por mercatizar el contrato y erigirlo en un mecanismo hecho únicamente para la empresa. La contratación masiva no escapó a la invasión estatal y hubo de ser sometida a los dictados del legislador, cuando ya teníamos muy cerca a alguien hoy en día muy ligado al Derecho, que es el consumidor.

8.1.7 Características de las cláusulas generales de contratación.

Las características más importantes de las condiciones generales, son las siguientes:

- a) **Son contractuales.**- En el sentido de que son formularios con el propósito de ser integradas a un número indefinido de contratos que la empresa que los utiliza celebrará en el futuro.
- b) **Son predisuestas.**-Porque son elaboradas unilateralmente o utilizadas por la empresa que ha de celebrar una serie indefinida de contratos futuros con arreglo a ellas, razón por la cual se redactan siempre de modo previo a la conclusión de los negocios previstos por el interesado. Algunos señalan que se redactan antes de la negociación de los contratos que se concertarán en adelante; pero lo cierto es que la predisposición en sí misma no permite hablar de negociación.
- c) **Son abstractas y generales.**- Se trata de condiciones a ser incorporadas en una pluralidad de negocios. Su generalidad no

significa, necesariamente que pasarán a formar parte de todos los contratos que una determinada empresa se propone celebrar.

- d) **Son inevitables.**- Esta depende de las condiciones del mercado en el cual se ofrecen productos y servicios bajo ciertos términos contractuales, dado que en un mercado abiertamente competitivo y al cual concurren diversos proveedores, el interesado podrá optar por cláusulas menos onerosas o menos desfavorables y con ello no tendrá que someterse a las mismas de modo ineluctable.

8.2 LAS CLÁUSULAS GENERALES DE CONTRATACIÓN

La estandarización de las cláusulas generales de contratación siempre fue y sigue siendo un sinónimo de la masificación contractual. La introducción de formularios ocasionó una serie de problemas doctrinales que obligó a los juristas más atentos a tomar una posición respecto de estas nuevas modalidades de contratación.

Una de las críticas ha sido la limitación de la autonomía de la voluntad a la desaparición de la etapa de negociación de los contratos. Posiblemente esa reacción se debió a que el liberalismo decimonónico concibió una libertad ilimitada de parte de los individuos, libertad que nunca llegó a ser acérrima. De igual manera “se cuestionó, con severidad, el alejamiento del derecho dispositivo en los módulos contractuales (que es, el sector sobre el cual suelen concebirse soluciones diversas por parte de las empresas, siempre a su favor), con lo cual se desconocía la eficacia de dicho derecho y su importancia en la contratación, teniendo en cuenta que las normas dispositivas han sido concebidas por el legislador no como un derecho estrictamente supletorio, sino como el “derecho justo” en los

contratos, como el paradigma de la conmutabilidad de los contratos; al grado de haberse afirmado su obligatoriedad en defensa de su restricción por medio de los formularios”.¹¹¹

Adicionalmente, con la aparición del Estado promotor, los conceptos de orden público y de buenas costumbres, cuando no al principio general de la buena fe, habían ensanchado sus fronteras y se prestaban, con suma facilidad (especialmente la noción de orden público económico: el nuevo orden público de entonces), a los intereses del Estado interventor de la economía.

A pesar de estas críticas, las cláusulas generales (o la adhesión a las mismas), constituyen hoy en día el mecanismo mas corriente para la celebración de contratos y, por ello, cumplen determinadas funciones que no se pueden soslayar y que, mas bien, pueden considerarse legítimas.

La polémica sobre la validez y la calificación jurídica de las condiciones generales es una polémica superada. Las condiciones sólo pueden ser contenido contractual, pues su obligatoriedad no deriva de ninguna otra fuente; no existe poder reglamentario de las empresas, ni son usos normativos. Las cláusulas generales integran el contrato en la medida que concretan, en cada caso, los dictados de la buena fe.

Entre las funciones legítimas pueden mencionarse, como señala Alfaro ¹¹², las siguientes:

¹¹¹ DE CASTRO Y BRAVO. Las cláusulas generales de contratación y la eficacia de las leyes. Madrid, España, Edit. Civitas, 1985. pp. 80 y ss.

¹¹² ALFARO AGUILA REAL, Jesús. Las condiciones generales de la contratación. Madrid, España, Civitas, 1991, pp. 28 y ss.

- a) Constituyen una racionalización de la actividad contractual masificada a través de la estandarización de las transacciones homogéneas que llevan a cabo las empresas.”¹¹³
- b) Reducción de costos de celebración y regulación de los contratos celebrados por la empresa, dado que el uso de condiciones generales simplifica y acelera la celebración de contratos, multiplica el número de contratos a celebrarse, crea una disciplina para un número indefinido de contratos y reduce los costos de negociación asociados a la contratación individual, el proceso de conclusión de contratos se convierte en una práctica automática en la que el acuerdo se reduce a las prestaciones esenciales, renunciando el adherente a discutir (y en verdad a leer a tomar conocimiento) el condicionado en general.
- c) Facilitan la división del trabajo, al aprovechar mejor la labor de las personas implicadas, pues se usa de manera eficiente las capacidades jurídicas y gerenciales caras; el trabajo propiamente jurídico se concentra en los asesores mientras que los agentes de venta sólo aplican los formularios (sin discutirlos o negociarlos), concentrándose en las ventas, ahorrando tiempo, independientemente de que se encuentren en lugares distantes o recónditos.”¹¹⁴
- d) Agiliza la coordinación del trabajo dentro de la empresa, porque reduce las necesidades de comunicación interna; se adapta la actuación de los terceros a la planificación de la empresa (a quienes se les trata de modo

¹¹³ DIEZ-PICAZO, Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho privado. Madrid, España, Civitas, 1979. p.43.

¹¹⁴ Mosset Iturraspe, Jorge. Contratos. Bs. Aires, Argentina, Ediar, p. 134.

igual) y permite que se cumpla las instrucciones impartidas por la organización.

- e) Se calcula anticipadamente los costos, porque se conoce con anticipación las contingencias y aquello que puede significar un costo para la empresa, tanto los de producción como los relativos a los riesgos.

Además de estas funciones, se considera la función de seguridad jurídica, pues hace previsible la actuación en el tráfico en general. Las condiciones generales suministran una reglamentación más exhaustiva, técnica, analítica y clara, pues remueven la incertidumbre que, en no pocos casos provendría del derecho dispositivo, así como sus lagunas.

8.3 LOS PRINCIPALES DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

Los principales derechos de los consumidores está ligado a la teoría de los intereses difusos, que ampara la defensa colectiva autónoma de parte de los consumidores y usuarios.

Los derechos de los consumidores están prescritos en la Ley de Protección al Consumidor, artículo 5° y que son los siguientes:

- a) Derecho a la Salud.-** El consumidor tiene: *“derecho a una protección eficaz contra los productos y servicios que, en condiciones normales o previsibles, representen riesgo o peligro para la salud o la seguridad física”.*

Este derecho tiene una directa relación, como es de advertirse, con la salud e integridad psicosomática de los usuarios finales. La salud es entendido como un interés fundamental de la persona y de la comunidad., de aplicación inmediata y no sujeta a normas que lo desarrollen; es decir, no se trata de una norma programática. La Salud,

como bien lo ha precisado la Organización Mundial de la Salud, no es equivalente a ausencia de enfermedad. Se trata de un estado de bienestar general de la persona; de equilibrio perfecto entre su estructura psíquica y orgánica que le permite el goce de la vida.

b) Derecho a la Información y Publicidad.- El consumidor tiene “*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*”.

La información permite una elección suficientemente conciente y racional de parte de los consumidores. El tema se vincula con la asimetría informativa que existe en los mercados y que tiende a ser combatida debido a la imperfección de los mercados para ofrecer todos los datos esperables del mismo.

En el mercado, los proveedores colocan señales por medio de publicidad, con el propósito de alcanzar a los potenciales consumidores. A pesar que los operadores suministran información al mercado, ella no siempre suele ser completa. El consumidor se encuentra en una situación desventajosa ya que, generalmente, sólo recoge la información que las empresas arrojan.

De otro lado, la información para cualquier recurrente, tiene un costo que no es sostenible por un sujeto de intereses típicos como el consumidor. Ni siquiera las empresas son capaces de asumir el costo de toda la información que les interesaría acumular.

Algunos economistas consideran que la asimetría informativa se produce en el caso de mercados imperfectos. En realidad la asimetría informativa es parte de todo mercado.

Uno de los mecanismos neutralizantes de la asimetría informativa está dado por la información que proporcionan los proveedores de bienes y servicios ¹¹⁵, con el objeto de efectuar: a) una adquisición informada y, b) un uso adecuado, una vez practicado el acto de consumo, tal como lo precisa la norma.

c) La libre competencia como presupuesto de la libertad y variedad de elección del consumidor.- El consumidor tiene: *“derecho a acceder a una variedad de productos y servicios, valorativamente competitivos, que les permitan libremente elegir los que deseen”*

Es indispensable que exista un mercado, si no perfecto, caracterizado por la existencia de una pluralidad de agentes que concurren y cuya actividad se encuentra enmarcada dentro del principio (económico antes que jurídico) de la libre competencia.

“Los más remotos antecedentes de la libre competencia, se encuentran en la *Ley Chapellier*, como una de las conquistas de la revolución francesa que eliminó las restricciones al libre comercio y a la libertad de empresa (suprimiendo las antiguas corporaciones gremiales), tomó fuerza con el advenimiento de la revolución industrial en Inglaterra, país

¹¹⁵ VEGA MERE, Yuri. Contratos de Consumo. Ob. cit. pp. 96-97.

en el que el liberalismo económico del escocés Adam Smith encontró gran acogida y auge.”¹¹⁶

La libertad de empresa y la economía de mercado no son posibles si no existe libre competencia, toda vez que aquellas terminarían arrastradas por las concentraciones de poder económico (si el mercado es incapaz de dar respuesta a ella) o bien por el Estado invasor que simularía las leyes del mercado, con elevados costos sociales, como lo ha demostrado el intervencionismo de hace algunos pocos lustros.

Teniendo en cuenta la actual adhesión de las economías a la economía de mercado, las constituciones más modernas protegen decididamente la libre competencia. Tal es el caso del artículo 61° de la Constitución peruana de 1993. De igual modo, el artículo 58° de la misma prescribe que la iniciativa privada es libre y que se ejerce en el marco de una economía social de mercado.

El Derecho de los consumidores a una variedad de productos y servicios sólo es actuable si se encuentra asegurada la libre competencia de proveedores en condiciones de competencia. La libre competencia es una garantía para los consumidores y usuarios, los empresarios y el sistema económico en su totalidad, toda vez que cada vez se hace mas evidente la competitividad.

d) La protección de los intereses económicos de los consumidores.-

El consumidor goza del “*derecho a la protección de sus intereses económicos, mediante el trato equitativo y justo en toda transacción*”

¹¹⁶ BARRON FLORES, María Katia. Competencia Desleal y economía. En: Revista Peruana de Derecho de la Empresa. N° 46 (monográfico sobre Mercado y Empresa) Lima, 1997. pp. 157 y ss.

comercial; y a la protección contra métodos comerciales coercitivos o que impliquen desinformación o información equivocada sobre los productos o servicios”.

La garantía de los intereses económicos del consumidor se expresa - en el trato equitativo y justo de las transacciones comerciales, la protección contra métodos comerciales coercitivos y la proscripción de la desinformación o información equivocada.

El trato equitativo y justo tiene una variedad de aplicaciones. Así constituye un canon hermenéutico para rechazar condiciones generales de contratación abusiva o vejatoria, independientemente de lo que expresa el Código Civil.

En lo que se refiere a las prácticas comerciales, coercitivas, éstas pueden prevenir entre otros casos, del condicionamiento de un reclamo a una empresa que presta servicios públicos al pago previo de la retribución facturada materia de reclamo; de 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, que constituye una hipótesis tanto de abuso de posición dominante como de práctica restrictiva de la competencia.

e) La reparación de daños.- El consumidor tiene *“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”.*

Es interesante destacar, en razón que, en el ciclo de producción – comercialización pueden intervenir diversos proveedores, que el artículo 32 responsabiliza a todos los intervinientes por los daños causados a la

integridad física de los consumidores o a sus bienes por los defectos de los productos.

Se consideran productos defectuosos aquellos que no ofrecen seguridad a los usuarios, tomando en cuenta todas las circunstancias, tales como su diseño, la forma cómo han sido puestos en el mercado, la publicidad, el empleo de instrucciones o advertencias, el uso previsible del producto, los materiales, el contenido y la condición del producto.

Teniendo en cuenta la multiplicidad de proveedores que intervienen desde la fábrica hasta el consumidor, la ley ha querido facilitar el derecho a la reparación de los daños causados a éste. Por lo tanto, atendiendo a que en no pocos casos es difícil o casi imposible determinar al responsable del daño, el deber de la reparación a favor del consumidor es impuesto de manera solidaria a todos los proveedores del producto defectuoso.

Lo trascendente de esta solución es la superación de la distinción entre la responsabilidad civil contractual o extracontractual, dada la solidaridad establecida entre los proveedores en relación al deber resarcitorio.

La solidaridad se condice con el proceso de producción y comercialización de los bienes facturados en serie. No se trata de un capricho del legislador. Y es que, en las relaciones de consumo, el contrato, aún siendo contrato de consumo, no debe ser el esquema para definir la legitimación pasiva o activa del deber resarcitorio. Es la relación de consumo el concepto clave; entendiendo por ésta a aquella que se inserta en la cadena de producción – comercialización que tiene diversos eslabones, necesarios los unos respecto de los otros, y sin los cuales los productos no llegarían al consumidor.

El inciso e) del artículo 5° de la Ley de Protección al Consumidor, hay que concordarlo con el artículo 32° de la acotada ley, porque la indemnización a que se refiere este último artículo, es total, pues comprende el daño emergente (sin mencionarlo, pero es obvio que es la consecuencia patrimonial más importante del perjuicio), el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral. Esta norma tiene gran influencia del artículo 1985 del Código Civil, sin embargo, la Ley de Protección al Consumidor no contempla un plazo prescriptivo propio para los casos de responsabilidad civil por productos defectuosos.

f) La defensa heterónoma y autónoma de los consumidores.- El consumidor tiene *“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”*.

Teniendo en cuenta el razonamiento expuesto por “Alfredo Bullard Gonzáles, podemos distinguir, entre los mecanismos de protección de los consumidores en el campo de contratación masiva, mecanismos de protección heterónoma y mecanismos de protección autónoma individual o colectiva”.¹¹⁷

El primero, la protección heterónoma, es aquel en el que la protección es puesta en manos de terceros distintos a los agentes que actúan directamente en el mercado, es decir, consumidores o proveedores.

¹¹⁷ Bullard Gonzáles, Alfredo. Firme primero, lea después. La contratación masiva y la defensa del consumidor. En: Revista Estudios de análisis económico del derecho, ARA, Lima, Perú, 1996. p.256 y ss.

Quien asume el rol de protector es el Estado por medio de diversos órganos o a través de la distribución de competencias.

El segundo mecanismo de protección (autónomo) apunta a la transmisión de información a los consumidores de modo que no importe el control del contenido de las cláusulas generales de contratación cuando la posibilidad de que dichas condiciones sean conocibles para los usuarios, quienes serán los que decidan aquello que le sea conveniente.

g) Derecho a efectuar pagos anticipados de las cuotas o saldos en forma total o parcial.- El consumidor tiene *“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”*.

Anteriormente, cuando un usuario efectuaba un pago anticipado de una cuota o saldo en forma total o parcial en un banco o entidad financiera, dichas entidades financieras, no efectuaban la liquidación de los intereses en la fecha de pago, es más, cobraban los intereses normales como si no se estarían pagando en ese momento, sino en el plazo final del contrato. De este modo, los usuarios se veían perjudicados; felizmente este inciso del artículo 5° de la Ley de Protección al Consumidor, ha recogido este clamor y reclamo a la vez, lo cual es justo.

8.4 EL CONSUMIDOR EN INTERNET

En el mundo globalizado en que vivimos, el comercio electrónico es una realidad, por la lista interminable de ofertas para los consumidores, llamados los ciberconsumidores, en el ciberespacio, a través de Internet.

Es muy simple, basta acceder a una página web de Internet y encontramos una larga lista y opciones; basta marcar los productos que se ofrecen, introducir el número de una tarjeta de crédito y escoger el medio de envío para comprar lo que se quiera.

A los consumidores que les parecía sumamente difícil acceder a cierta clase de productos, les basta navegar y recorrer los más diversos y extraños sitios, aquellos grandes almacenes virtuales, sin necesidad de desplazarse, para encontrar cosas insospechadas.

Las empresas son conocedoras del acortamiento de distancias que brinda la realidad virtual de los cibermercados, de la provocadora sencillez con la que se puede jalar la atención de los consumidores, de la superación de las fronteras, de la indiferencia por los idiomas. Los proveedores han creado una nueva realidad: el ciberconsumidor, el navegante comprador por Internet y hoy vuelcan en esta verdad sus mejores esfuerzos.

La revolución telemática (telecomunicaciones e informática) ha afectado notablemente los modos de conclusión de un contrato. En el ciberespacio las ofertas se muestran sobre soportes ajenos al papel; las intenciones de contratar se revelan a través de formas digitales, figuras, dibujos, imágenes, canastillas de elección. Las respuestas no involucran voluntades declaradas sino por medio de impulsos electrónicos, los contratos se concluyen en almacenes virtuales sin interesar el espacio

físico, el idioma y la distancia. El lenguaje jurídico se enriquece y se nutre del lenguaje telemático.

La protección que merece el ciberconsumidor atraviesa por la posición que ha de asumirse ante el fenómeno llamado **comercio electrónico o e.commerce** (hoy e.business), que conlleva a favorecer las transacciones comerciales *on line*, tratando de llegar hasta una autorregulación que provenga de los propios actores, con poca injerencia de los diversos Estados y tendiendo hacia la uniformidad de la regulación legal, sin que ello implique no tomar en cuenta los intereses de los consumidores.

Lo más importante de todos los instrumentos, es que el derecho de consumidor muestra su vocación expansionista a los más recientes logros de la tecnología, pues la preponderancia que hoy en día juega la protección de los intereses de los consumidores no se encuentra ausente en el comercio electrónico.

8.5 LA DESJUDICIALIZACIÓN DE LOS PROCESOS DE RECLAMACIÓN DE LOS CONSUMIDORES.

Los consumidores, muchas veces por prácticas mercantiles ilegales o irregulares, no concretan sus reclamos contra las empresas. Existe, como dicen los hermanos Stiglitz “una soledad del consumidor, pues éste, aisladamente, es un ser desarmado. Su falta de conciencia sobre sus derechos y su ignorancia sobre cómo debe actuar cuando son vulnerados, la ausencia de conocimientos técnicos y jurídicos, su falta de recursos para invertir en un Abogado y reconocerse menos por su falta de información, la exigüidad de la lesión, el carácter misterioso de la justicia, la lentitud de la justicia, los gastos, etc., contribuyen a que su aislado propósito de reclamo

caiga en un saco roto y que antes de formular sus quejas y defender sus derechos, inclusive, renuncie a cualquier intento de atravesar por todo este tortuoso camino".¹¹⁸

Esta explicación, concuerda con lo prescrito en el artículo 38° de nuestra Ley de Protección al Consumidor, que señala que la Comisión de Protección al Consumidor en coordinación con el Directorio del INDECOPI, establecerá directamente o mediante convenios con instituciones públicas o privadas, mecanismos alternativos de resolución de disputas del tipo de arbitraje, mediación, conciliación o mecanismos mixtos, que, mediante procedimientos sencillos y rápidos, atiendan y resuelvan con carácter vinculante y definitivo para ambas partes las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios, sin perjuicio de las competencias administrativas.

Es importante destacar, que el acta que contiene el acuerdo celebrado entre consumidor y proveedor, en virtud de los medios alternativos de resolución de controversias, constituye Título Ejecutivo conforme a lo dispuesto por el artículo 693 del Código Procesal Civil. De igual modo, el laudo arbitral firme emitido en virtud de los mecanismos alternativos (conciliación, arbitraje, etc.), constituye Título de Ejecución conforme a lo señalado en el artículo 713 del Código Procesal Civil.

Mas adelante el acotado artículo 38° prescribe que el incumplimiento de un acuerdo o laudo celebrado entre consumidor y proveedor constituye una infracción a la Ley de Protección al Consumidor. El que no cumpla el acuerdo a laudo se hará acreedor a una sanción hasta el máximo de la multa permitida.

¹¹⁸ Stiglitz y Stiglitz. Contratos por Adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor. Ob. cit. pp. 251 y ss.

Este artículo 38° concuerda con el artículo 42° de la referida ley, prescribe que, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiere lugar, la Comisión de Protección, actuando de oficio o a pedido de parte, podrá imponer a los proveedores que incurran en alguna de las infracciones tipificadas en la Ley, una serie de medidas correctivas que van desde el decomiso y destrucción de la mercadería hasta la devolución de la contraprestación pagada por el consumidor.

Gracias a la utilización de los medios alternativos de resolución de controversias como la conciliación y el arbitraje (todavía la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOP no utiliza el arbitraje) y las medidas correctivas que contiene el artículo 42° de la Ley, se ha logrado la desjudicialización de los reclamos contractuales de los consumidores, lo cual es muy importante.

9. FILOSOFÍA DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR

9.1 ANTECEDENTES

El derecho del consumidor, nace cuando el fallecido Presidente de los Estados Unidos de América anunció en 1962 ante el Congreso de su país lo siguiente: "Ser consumidor, por definición nos incluye a todos (...) Somos el grupo económico más grande en el mercado, que afecta y es afectado por casi todas las decisiones económicas públicas y privadas... pero es el único grupo importante cuyos puntos de vista a menudo no son escuchados".

Por otro lado, en una libre economía de mercado, el individuo ha de poseer una formación sustancial a la hora de ejercer sus derechos como consumidor. De ahí que el establecimiento de unas pautas legislativas que defiendan este concepto, sea un eslabón esencial en la frágil cadena que compone la formación de un estado desarrollado.¹¹⁹

9.2 DERECHOS DEL CONSUMIDOR

El Día Mundial de los Derechos del Consumidor (15 de marzo de 1983) tiene su origen en una declaración hecha por el ex presidente de Estados Unidos, John F. Kennedy, sobre cuatro derechos básicos:

Derecho a productos y servicios seguros

Derecho a ser informado/a

Derecho a elegir Derecho a ser escuchado/a.

¹¹⁹ (http://adeuco.unsl.edu.ar/el_dia_del_consumidor/informe_diacons2.htm)

Posteriormente se agregaron nuevos derechos a los anteriores, debido al trabajo del movimiento de consumidores a través de Consumers International:

Derecho a la satisfacción de necesidades básicas

Derecho a ser compensado/a

Derecho a la educación

Derecho a un medio ambiente saludable.

- a. **Derecho a productos y servicios seguros.**- Ser protegido/a contra productos, procesos de producción y servicios peligrosos para la salud y/o la vida.
- b. **Derecho a ser informado (a).**- Recibir datos e información para hacer una compra (elección) adecuada, y ser protegido/a contra el etiquetado deshonesto o incompleto.
- c. **Derecho a Elegir.**- Poder seleccionar de un agama de productos y servicios, ofrecidos a precios competitivos con la garantía de de calidad satisfactoria.
- d. **Derecho a ser escuchado(a).**- Tener los intereses de los consumidores representados en el quehacer y la ejecución de políticas de gobierno y en la producción de bienes y servicios.
- e. **Derecho a la satisfacción de necesidades básicas.**- Tener acceso a bienes y servicios esenciales, alimentos adecuados, ropa, vivienda, atención de salud, educación, servicios públicos, agua y saneamiento.
- f. **Derecho a ser compensado (a).**- Recibir un trato justo por demandas apropiadas, incluyendo compensaciones por bienes defectuosos o servicios insatisfactorios.

- g. Derecho a la educación.-** Adquirir conocimientos y habilidades necesarias para decidir opciones informadas y confiables sobre bienes y servicios, y, asimismo, ser informado/a sobre los derechos básicos y la forma adecuada de actuar.
- h. Derecho a un medio ambiente saludable.-** Vivir y trabajar en un ambiente que no amenace el bienestar presente y de las futuras generaciones.

9.3 ANÁLISIS FILOSÓFICO AL DERECHO DEL CONSUMIDOR

Aquella definición honesta de la libertad que Kennedy instauró en el seno de una sociedad avanzada, recogía como punto de partida germinal el "derecho a la educación del consumidor". Esto significaba hacer hincapié en la formación de los consumidores; el motivo que lo sustentaba era, simplemente, el de no ser engañados. Para qué mayores palabras cuando la economía mundial, esa constante pugna de las sociedades aventajadas, avanzaba como un monstruo de siete cabezas arrasando sistemáticamente los cimientos de la moderación social.

Por razones obvias, la historia de la economía mundial ha sido el propio detonante de la creación de los derechos humanos. Para solventar semejante caos casi institucional, determinados líderes y expertos en salud pública, auténticos gurus del S. XX, tuvieron que instaurar novedosas realidades sociales que solventaran, de algún modo, semejante cúmulo de despropósitos afincados en un capitalismo intempestivo y radical.

Al consumidor, indefenso ante tal avalancha de intereses mercantiles, no le quedaba otra opción que usar la única arma que le permitiría enfrentarse a este efecto contranatural de la economía: el conocimiento

necesario que lo formaba para iniciar "acciones" legales -debidamente asesoradas y respaldadas por entidades oficiales- contra aquellos elementos que perjudicaran sus derechos no ya como consumidor, sino como ser humano.

La economía imperante es una corriente abrupta de propósitos mercantiles, a veces un auténtico desbarajuste comercial de cambios y contrastes, que en muchas ocasiones sólo confunden al comprador. ¿Quién no se ha sentido ofuscado, en alguna ocasión, ante el laborioso plantel de precios, ofertas, garantías, nulas reparaciones, defectos del producto no reconocidos o supuestos beneficios a largo plazo de las casas comerciales?

Esto ratifica unas líneas extraídas de uno de los numerosos documentos creados con motivo del día 15 de Marzo: aquí se recoge que es necesaria la información y educación del consumidor para que éste posea "un papel relevante que le cabe en una economía de mercado: en el proceso de compra para una mejor distinción entre las necesidades reales y las ficticias creadas por la sociedad de consumo desenfrenada. Por lo tanto, la realización de un análisis permanente del papel del consumidor con respecto a las relaciones de consumo es pues, un proceso diario para el mejoramiento de la calidad de vida del ciudadano".

La creación de entidades que defienden los derechos del consumidor, que informan y asesoran sobre los distintos cauces que hacen valer sus intereses, ha sido un verdadero hito histórico en el ascenso de una sociedad civilizada. Su razón principal estriba en la posibilidad de que el consumidor establezca sus compras a partir de un criterio racional de lo que hace, que sean "capaces de realizar elecciones informadas y conscientes de sus derechos y responsabilidades".

La educación del consumidor se estructura así a partir de varios puntos que resumen la política de compra que debe seguir el individuo, sobre todo el sujeto que, socialmente, se encuentra en mayor desventaja: "Conocer los derechos del consumidor; desarrollar en sentido asociativo como medio para la defensa de los intereses de los consumidores; aprender y adquirir experiencia para gastar sus ingresos de la mejor y más sensata manera; saber entender y hacer análisis comparativos; comprender el funcionamiento del sistema producción-consumo; conocer y desmitificar los medios publicitarios".

Los expertos en salud pública Jean Halloran y Michael Hansen, en un informe emitido sobre los derechos del consumidor, determinaban que "los alimentos no son como cualquier producto de consumo. Diariamente tenemos que ingerirlos para poder crecer y vivir, forman parte fundamental de nuestra cultura y nuestras tradiciones, y constituyen, por tanto, una preocupación muy importante para nosotros. Es un derecho básico de los consumidores saber con qué se están alimentando, y qué tan seguro es lo que comen". En la actualidad, algunas normas cardinales fomentan el respeto de los Derechos del Consumidor y, asimismo, este concepto sagrado de la alimentación en la sociedad.

Hoy día, el consumidor debidamente informado no concibe el hecho de que los grandes intereses comerciales, le impongan una regla concreta en la selección y compra de los productos. Ese aspecto arcaico que la economía quería expedir en el consumidor a través de la publicidad, y que incluso actualmente expresa una diferenciación paradójica y absurdamente moral entre lo bueno y lo malo, es un aspecto discordante con la seguridad alimenticia que la persona ha logrado entender.

La seguridad es, ante todo, un derecho asumido que incita al ciudadano a intervenir libremente en el proceso de selección, compra y acaso una posible reclamación, en caso de alguna anomalía en el producto adquirido, o en los cauces comerciales que envuelven el hecho en sí de la compra. Según el experto Stephen Leeder, "ya no bastan los argumentos de autoridad como garantía de la seguridad en los alimentos".

El consumidor ha renegado del posible riesgo que podría correr su salud, "sólo para que las corporaciones puedan lanzar nuevos alimentos al mercado antes de que los reguladores tengan tiempo de reaccionar". De igual modo, incluso en aquellas casas comerciales donde la seguridad en el tratamiento de los alimentos es de una solidez exacerbada, no está totalmente asegurado el control de la salud humana, puesto que los avances tecnológicos todavía se hallan en constante desarrollo.

Por otro lado, la educación a la que antes se hacía referencia, no es una garantía fidedigna de seguridad alimenticia, sin embargo, impone en el consumidor una conveniente filosofía selectiva de compra: "Una información completa sobre el proceso de producción permite a los consumidores más precavidos elegir sus alimentos con mayor cuidado, y también hace posible detectar posibles riesgos para la salud".

El comprador deberá poner sumo cuidado en el etiquetado de los alimentos. Pero esto no es suficiente. Además, es importante para el consumidor el saber que en las etiquetas, junto al origen del alimento, deben aparecer las posibles modificaciones genéticas que el producto hubiera sufrido. Esta indicación, igualmente, se ha de acompañar por distintos medios, "como letreros en los escaparates, folletos o líneas telefónicas de

información al consumidor (...) No proporcionar esta información constituye una práctica comercial engañosa y deshonestas.

La inexistencia de etiquetas terminará por perjudicar a algún sector de la industria alimenticia". Gary Goldberg, portavoz de los productores estadounidenses de maíz, argumentó en un debate público llevado a cabo por la Administración Federal de Drogas y Alimentos, que "muchas cosas hemos aprendido desde que todo esto comenzó a ser discutido. En primer lugar, que el consumidor siempre tiene la razón. Aunque sus razones no siempre parezcan razonables, él siempre tendrá la razón".

10. LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR EN LA DOCTRINA Y EL DERECHO POSITIVO COMPARADO

10.1 LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR EN LA ARGENTINA

Con fecha 22 de setiembre de 1993, el Congreso de la Nación Argentina sancionó la Ley N° 24240, de defensa del consumidor.

La Ley fue parcialmente promulgada por el Presiden de la Nación, con fecha 13 de Octubre de 1993, mediante decreto 2089/93, articulo 11), por el cual se produjo el veto de partes importantes del articulado sancionado por el Congreso.

La ley rige en todo el territorio argentino desde el 15 de octubre de 1993, fecha de su publicación en el Boletín Oficial.

Los antecedentes se remontan a siete años de tramitación parlamentaria, a partir del proyecto de ley presentado en el Senado de la Nación Argentina. A través de sucesivas modificaciones introducidas en ambas Cámaras, se arribó al texto definitivo sancionado por el Congreso, con la salvedad del veto parcial del Presidente de la Nación.

10.1.1 Contenidos

Teniendo en cuenta la técnica legislativa, la ley de defensa del consumidor contiene tres títulos, separando nítidamente el reconocimiento de los derechos de los consumidores y las soluciones sustanciales del derecho de fondo (Título I), de los mecanismos instrumentales de implementación (título II y título III, primera parte).

El título I, sobre “Normas de protección y defensa de los consumidores”; el título II, sobre “Autoridad de aplicación, procedimiento y sanciones”, y el título III, con “Disposiciones finales”.

El título I, comprende nueve capítulos. El cap. I sobre “Disposiciones generales”, regula el ámbito de aplicación y hermenéutica de la ley (arts. 1° y 3°). El cap. II, trata sobre “Información al consumidor y protección de su salud” (arts. 4° y 6°). El cap. III regula las “condiciones de la oferta y venta” (arts. 7° a 10°); carácter vinculante de la oferta al público y del contenido de la publicidad, instrumentación de las ventas, etc. El cap. IV, sobre “Cosas muebles no consumibles”, disciplina el régimen de garantías (arts. 11 a 18). El cap. V incorpora la regulación “De la prestación de los servicios” (arts. 19 a 24) y el cap. VI, atañe a las normas sobre “Usuarios de servicios públicos domiciliarios” (arts. 25 a 31). El cap. VII introduce el régimen “De la venta domiciliaria, por correspondencia y otras”. (arts. 32 a 35) y el cap. VIII se ocupa “De las operaciones de venta de crédito”. (art. 36). Finalmente, el cap. IX disciplina el sistema de control judicial y administrativo “De los términos abusivos y cláusulas ineficaces” (arts. 37 a 39). El cap. X, sobre “Responsabilidad por daños” (art. 40) fue íntegramente vetado por el Presidente de Argentina.

El título II regula en el cap. XI, sobre la “Autoridad de aplicación” (arts. 41 a 44) y en el cap. XII, sobre “Procedimiento y sanciones” (arts. 45 a 51). El cap. XIII, “De las acciones”. Incluye normas sobre demandas judiciales preventivas y sancionatorias, legitimación y procedimiento (arts. 52 y 53), habiendo sido íntegramente vetado el art. 54 sobre efectos de la sentencia (cosa juzgada colectiva). Finalmente, el cap. XIV introduce el régimen “De las asociaciones de consumidores” (arts. 55 a 58) y el cap. XV disciplina el “Arbitraje” (art. 59).

El título III, sobre “Disposiciones finales”, regula la “Educación al consumidor” (cap. XVI, arts. 60 y 61) y contribuciones estatales a las asociaciones de consumidores (art. 62); culminando con el cap. XVII, “Disposiciones finales” sobre el contrato de transporte aéreo (art.63), la autoridad de aplicación de la ley de lealtad comercial (art. 64), la vigencia de esta ley (art.65) y de forma (art. 66).

10.1.2 El derecho del Consumidor. Características y Sistema Argentino

a) *Los grados de evolución del derecho del consumidor.-* La vigencia de la ley de defensa del consumidor, termina de consolidar la presencia de un sistema de protección jurídica, que anteriormente estaba fundado sólo en normas sustantivas y adjetivas generales, no dirigidas directa y específicamente al amparo de los consumidores (Códigos Civil, de Comercio y Procesal), leyes de abastecimiento, lealtad comercial y defensa de la competencia, etcétera).

El derecho del consumidor es un sistema global de normas, principios, instituciones e instrumentos de implementación, consagrados por el ordenamiento jurídico a favor del consumidor, para garantizarle en el mercado una posición de equilibrio en sus relaciones con los empresarios.

De modo que en orden a la evolución de los sistemas jurídicos nacionales de protección de los consumidores, se pueden describir algunos eslabones suficientemente nítidos.

Una primera etapa, durante la cual las relaciones de consumo comienzan a revelar al consumidor como parte débil

(masificaciones, desigualdades reales, desinformación, etc.), menesterosa de tutela jurídica, pero aún sin respuesta alguna del derecho positivo.

Un segundo período, a partir de la vigencia de las citadas normas, permite diseñar un sistema de protección del consumidor, a través de soluciones que, aunque genéricas y no específicamente dirigidas a aquel fin, importan de todos modos un avance notorio en orden a la equidad en las relaciones de consumo.

b) La ley especial y el sistema protección jurídica del consumidor.

La tercera etapa en la evolución del derecho del consumidor, se inicia en la Argentina con la vigencia de la ley N° 22.240.

La Ley de Defensa del Consumidor desenvuelve las diferentes notas que deben necesariamente caracterizar el derecho del consumidor como sistema, esto es, incorporar normas portadoras de soluciones: 1) de protección; 2) específicas; 3) preventivas; 4) colectivas; 5) efectivas.

1) Normas de protección y defensa del consumidor (título I de la Ley).- El legislador parte del supuesto de la debilidad de los consumidores en las relaciones con los empresarios. Una debilidad motivada en desigualdades reales que la colocan naturalmente en una posición de desequilibrio (en el poder de negociación, en la inequivalencia del contenido del contrato, derechos y obligaciones recíprocos, etc.) y esencialmente, en una desinformación del consumidor en torno al objeto de la relación (sobre la operación realizada, los bienes y servicios proveídos, condiciones de negociación, etc.).

- 2) Normas específicas.-** Porque las reglas que persiguen la equidad en el derecho económico (buena fe, abuso del derecho, etc.), no imponen soluciones concretas a favor del consumidor, sino que quedan siempre sujetas a la interpretación y aplicación de jueces y administradores. La ley especial de defensa del consumidor trae en cambio respuestas concretas: nulidad de cláusulas abusivas (art. 37); control de prácticas de comercialización (arts. 32 a 35), etcétera.
- 3) Normas preventivas.-** Porque el sistema clásico sólo genera la reacción jurídica frente al daño ya producido. Y ello es absolutamente estéril en el ámbito de la protección del consumidor, pues los costos sociales que dejan como secuela los accidentes de consumo y las prácticas abusivas, no son reparables a través de los mecanismos sancionatorios tradicionales. Por consiguiente, la ley de defensa del consumidor, habilita las pretensiones de cariz preventivo, cuando los intereses de los consumidores y usuarios “resulten amenazados” (art. 52).
- 4) Soluciones colectivas.-** Porque los intereses amenazados o afectados de los consumidores, habitualmente revisten una naturaleza supraindividual (colectivos o difusos) y entonces la reacción jurídica debe arrojar una respuesta igualmente grupal. Así por ejemplo, poco aporta la nulidad de una cláusula abusiva utilizada por una empresa en relación con la generalidad de sus clientes, si sólo es obtenida individualmente por un consumidor aislado y subsiste en el mercado respecto de todos los demás. A

este respecto, la ley 22.240 plantea una nítida evolución, consagrando la legitimación colectiva de las asociaciones de consumidores, del ministerio público, etc., para obrar en representación del interés supraindividual de los consumidores (arts. 52 y 53).

5) Soluciones efectivas.- Porque el mero reconocimiento de los derechos de los consumidores y de soluciones sustanciales del derecho de fondo, serían de por sí inoperantes, si no vienen acompañadas por la incorporación legal de mecanismos instrumentales de implementación que aseguren la aplicación concreta de las normas de protección. Y la ley de defensa del consumidor así lo hace, previendo un verdadero sistema que garantice el acceso real del consumidor a la solución de sus conflictos, al regular:

- Procedimientos administrativos específicos para la solución de conflictos, con fuerte presencia de una instancia conciliatoria previa (arts. 45 a 47).
- El acceso del consumidor a la justicia (legitimación para obrar, procedimiento abreviado, etc.), arts. 52 y 53.
- El arbitraje en materia de consumo como mecanismo alternativo de solución. (art. 59).

c) Integración del sistema con leyes generales.- Este sistema de protección jurídica, se integra también con las normas generales referidas del Código Civil y de las leyes especiales de lealtad comercial y defensa de la competencia, cuyas soluciones protectoras del consumidor se mantienen subsistentes.

d) Derecho del consumidor y reglas del mercado. Deberes del Estado. El veto presidencial a la ley.- En síntesis, la integración de la nueva ley de defensa del consumidor, junto con las normas generales antes vigentes, termina por colocar el sistema argentino dentro de un grado de evolución considerable del derecho del consumidor.

Entonces, esta ley es oportuna en el marco de un contexto nacional, político y socioeconómico, poco propicio para el desarrollo del derecho y la persecución de sus fines humanistas y solidarios, estrangulados por una concepción sobre el modelo de sociedad, individualista y economicista a ultranza, que procura dejar la suerte del consumidor librada a las reglas del mercado, al libre juego de la economía.

En este contexto, emerge la ley de defensa del consumidor, nutriendo el derecho argentino de una concepción solidarista, a través de una normativa de orden público (art. 65) y dotada de una pauta hermenéutica de máxima protección. En caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor (art. 3°).

10.1.3 La noción conceptual de consumidor. La noción legal. Importancia de la distinción: Ámbito subjetivo de aplicación.

- a) Noción conceptual y noción legal.-** En el análisis del tema, se deben distinguir dos cuestiones:
- La primera está referida a la noción doctrinaria sobre qué se debe entender por consumidor.
 - En segundo lugar, cuál debe ser la noción legal de consumidor.

No necesariamente habrán de coincidir, pero habremos de concordar en que la importancia del tema radica en que el ámbito de aplicación (protección) sólo está referido a la categoría de personas a las cuales haga referencia la ley.

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

En este sentido se tiene expresado, que “el consumidor es una persona física o moral que adquiere, posee o utiliza un bien o un servicio emplazado en el seno del sistema económico por un profesional, sin proseguir ella misma con la fabricación, la transformación, la distribución o la prestación.”¹²⁰

En algunas ocasiones, las normas legales sobre defensa de los consumidores incluyen, dentro de su ámbito de aplicación, únicamente a las personas físicas, por ejemplo, las directivas de la Unión Europea, de 1985, sobre responsabilidad por el daño causado por los productos defectuosos, y de 1993, sobre cláusulas abusivas. En el mismo sentido, el anteproyecto Alterini – López Cabana – Stiglitz, limitaba la noción legal de consumidor a las personas físicas. En otros casos, si bien se incluye a las personas jurídicas, determinados regímenes especiales quedan limitados a las personas físicas.

¹²⁰ BOURGOIGNIE, Thierre. Elements pour une theorie du droit de la consommation. En: " Droit et Consommation", Story Scientia, Bruselas, Belgica, 1988. p. 17.

Por otro lado, la circunstancia de que no se incluya expresamente a las personas jurídicas en el ámbito de aplicación de una ley de defensa de los consumidores, no significa que se encuentran desprovistas de protección..

Tienen a su disposición, para defenderse del abuso contractual, todo el arsenal normativo, sustancial y adjetivo del derecho común. Pueden oponer todas las defensas provenientes de los principios básicos de nuestras normas de fondo: las reglas generales de la responsabilidad civil, la buena fe, la moral, las buenas costumbres, el orden público, el abuso del derecho, la lesión, el derecho necesario (las normas absoluta y relativamente imperativas y las normas dispositivas sin eficacia supletoria), etc., en suma, la totalidad de las existentes hasta la sanción de la ley de defensa del consumidor.

b) Noción del consumidor en la ley argentina.- La ley de defensa del consumidor N° 24.240, establece: “*Se consideran consumidores o usuarios, las personas físicas o jurídicas....*” (Art.1°), de donde se optado por un criterio amplio, sin realizar ningún tipo de distinciones.

b.1.- Según la referida ley, consumidor, es la persona individual o jurídica ubicada al agotarse el circuito económico, y que, a través del consumo o del uso pone fin a la vida económica del bien o servicio.

b.2.- Sin embargo, el artículo 1° de la ley acota estrictamente la noción legal de consumidor, al designar de este modo a quien

contrata a título oneroso, para su consumo final, beneficio propio, o de su grupo familiar o social:

I) La adquisición o locación de cosas muebles.

II) La prestación de servicios.

III) La adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda, inclusive los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a persona indeterminada.

La restricción pasa en primer lugar por la referencia excluyente de a “quien contrata”. De esta manera, quedarían fuera del ámbito de aplicación de la ley, las relaciones extracontractuales entre empresarios y consumidores. El anteproyecto Alterini - López Cabana – Stiglitz establecía genéricamente (art. 1º) la aplicación de la ley a todas las relaciones jurídicas establecidas entre empresarios y consumidores, incorporando, por ende, también a las de naturaleza extracontractual.

En segundo término, la limitación del concepto legal radica en el acotamiento a los contratos onerosos. Asimismo, en los contratos sobre cosas muebles, se refiere sólo a adquisición o locación, dejando al margen otros contratos típicos o atípicos de consumo. Finalmente, en los contratos sobre inmuebles, la ley sólo se aplica a los que siendo nuevos, están destinados a vivienda y sean ofrecidos al público.

Entonces, la ley debió ser amplia, y referirse genéricamente a quien contrata sobre cosas o servicios.

b.3.- Exclusión del consumidor empresario.- Sin perjuicio de la referida conceptualización legal del “consumidor final”, el artículo

2° de la ley dispone 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.

Esto significa que quedan excluidos del concepto el consumidor industrial o revendedor, ya que se hallan en el mercado en un nivel similar, o próximo, al del fabricante, y compiten entre sí.

En cambio, el consumidor que requiere protección es aquel que carece de intenciones que apunten a que el bien o el servicio continúen su vida económica en actividades de fabricación, producción, distribución o prestación.¹²¹

Gráficamente, el consumidor se halla situado en el último tramo del eje constituido por la producción, la distribución y el consumo, los que sintéticamente son enunciados como *consumidores finales*.

b.4.- Finalidad del Consumo.- En otro orden de cosas, el artículo 1° de la ley N° 24.240 de defensa del consumidor, plantea indistintamente la finalidad de consumo final, beneficio propio, o grupo familiar o social. Debe quedar claro entonces, que al referirnos al consumo, uso o utilización de bienes o servicios, es indistinto que se efectúe a título personal, familiar o social, en cambio, sí es relevante, como ha quedado expresado, que el

¹²¹ Se trata, en última instancia, de otra técnica definitoria, la que lo hace por descarte. Por ejemplo, la que define al consumidor como la persona que, al adquirir bienes o servicios, no lo hace como formando parte de una actuación empresarial o profesional, sino que está actuando fuera de dicho ámbito. Este es el criterio adoptado por la directiva 93/13 del 15-04-93 de la Ex Comunidad Europea, hoy Unión Europea, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. " A los efectos de esta directiva se entenderá por ...b) consumidor, toda persona física que, en los contratos regulados por la presente directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional " (art.2ª, inc. b).

propósito final no lo constituya disponer del bien o del servicio con carácter profesional, o sea, para a su vez comercializarlo, tal como lo obtuvo, o transformado.¹²²

Lo anteriormente expuesto importa afirmar que consumidor es el destinatario final de los bienes y servicios, que son producidos para su destrucción o utilización en forma inmediata o continuada.

b.5.- Relaciones con empresarios.- Otra característica de la figura del consumidor, es que la protección que merece se aplica en el ámbito de sus relaciones con productores de bienes o de servicios, en condición de agentes económicos que concurren al mercado con carácter profesional.

El artículo 2º de la ley así lo establece, al destacar como sujetos obligados al cumplimiento de la ley, a las personas físicas o jurídicas (públicas o privadas) que en forma profesional, aun ocasionalmente, produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas, o presten servicios a consumidores o usuarios.

b.6.- Exclusión de profesionales liberales.- Finalmente, la ley establece que no están comprendidos en su ámbito de aplicación los servicios de profesionales liberales, que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente, o autoridad facultada para

¹²² MALINVAUD, Ph. *La Protection des consommateurs*. Paris, La France, Recueil Dalloz, Sirey, 1981, nº 2, p.49, quien señala, haciendo suya la acepción restringida de consumidor, que es aquél que contrata para satisfacer sus necesidades personales o familiares, quedando excluidos quienes contratan con un fin profesional para las necesidades de su profesión o empresa.

La Ley española contiene una disposición que así lo dispone: " 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" (art. 3ª).

ello. Sin perjuicio de la publicidad que efectúen ofreciendo sus servicios, que sí está comprendida. (art. 2° , in fine).

10.1.4 Las normas de fondo de la Ley de Defensa del Consumidor

La ley N° 24.240 introduce en el sistema argentino de protección jurídica del consumidor, una serie de normas de fondo que arrojan soluciones sustanciales novedosas y arraigadas en el derecho comparado, que persiguen la tutela de la salud, seguridad e intereses económicos de los consumidores y usuarios.

Atañen a las diferentes problemáticas que se despliegan en las distintas etapas que abarcan las relaciones de consumo, desde el período precontractual (deber de información, deber de seguridad, publicidad, técnicas de comercialización), formación del contrato (contenido, cláusulas abusivas) y etapa de ejecución (prestación, garantías, responsabilidades).

10.1.5 Las normas instrumentales de implementación de la Ley de Defensa del Consumidor.

a) Solución de conflictos.- La Ley de Defensa del Consumidor de Argentina, prevé un sistema que garantice el acceso real del consumidor a la solución de sus conflictos, al regular los siguientes puntos:

a.1 Procedimientos administrativos.- Procedimientos administrativos específicos para la solución de conflictos, con fuerte presencia de una instancia conciliatoria previa y la atribución de la autoridad competente, para aplicar sanciones en caso de infracción

y para remitir las actuaciones al juez competente si del sumario surgiese la eventual comisión de un delito (arts. 45 a 51).

a.2 Acceso a la justicia.- Sin perjuicio de la atribución de la autoridad administrativa para sancionar infracciones e intentar la conciliación entre empresarios y consumidores, la ley establece un sistema de acceso del consumidor, directamente, a la justicia, para la sustanciación de las cuestiones del derecho común (nulidades, interpretaciones judiciales, rescisiones, cumplimiento de contratos, reparaciones, prevención de daños, etcétera).

En ese ámbito, la ley prevé:

- i)** La legitimación para obrar, reconocida individualmente al consumidor y colectivamente a favor de las asociaciones de consumidores, el ministerio público y la autoridad de aplicación (art. 52).
- ii)** La vigencia del procedimiento más abreviado que rija en la jurisdicción del tribunal ordinario competente (art. 53).
- iii)** La prescripción de las acciones emergentes de la ley, que se unifica en el plazo de tres años (art. 50).

a.3.- Arbitraje.- El arbitraje en materia de consumo como mecanismo alternativo de solución de conflictos, es previsto por el art. 59 de la ley, que insta a la autoridad de aplicación a promover la organización de tribunales arbitrales, que actuarán según el caso, como amigables componedores o como árbitros de derecho.

a.4.- Reclamaciones extrajudiciales.- Finalmente, la ley propicia el desenvolvimiento de instancias extrajudiciales para la solución de conflictos.

En general, habilita a las asociaciones de consumidores a recibir reclamos, facilitar el acercamiento de las partes e instar a la conciliación extrajudicial. (art.58).

En materia de servicios públicos, exige específicamente a las empresas prestadoras de habilitación de registros de reclamos de los usuarios, que deberán ser satisfechos en plazos perentorios que fijará la reglamentación. (art. 27).

b) Educación y organización de los consumidores.- Sin perjuicio del acceso a un sistema de solución de conflictos, la implementación del derecho del consumidor, a través de la ley 24.240, se plantea adecuadamente mediante mecanismos instrumentales primarios y fundamentales, que actúan en un campo eminentemente preventivo, formativo y orientador de los consumidores, en función del ejercicio de sus legítimos derechos a la educación y organización.

b.1.- Educación para el consumo.- El art. 3º, inc. d), de la directriz de las Naciones Unidas para la protección del consumidor, de 1985, consagra el derecho a la educación del consumidor.

Los arts. 60 y 61 de la ley 24.240 imponen la formulación de planes generales de educación para el consumo en la enseñanza primaria y media, para orientar a los consumidores desde edad temprana, en pos de su participación en el mercado, comprensión de la información, prevención de riesgos, etc. La educación del consumidor garantiza de modo previo y global, la real y concreta implementación de los derechos reconocidos por la ley.

b.2.- Asociaciones de consumidores.- La actitud asociativo de los consumidores constituye un presupuesto insoslayable del movimiento de protección y de la consiguiente implementación del sistema jurídico de soluciones creado por la ley.

El art. 3º, inci. F, de las directrices para la protección del consumidor de las Naciones Unidas, de 1985, consagra la libertad de constituir grupos u otras organizaciones pertinentes de consumidores y la oportunidad para esas organizaciones, de hacer oír sus opiniones en los procesos de adopción de decisiones que las afecten.

La ley argentina de defensa del consumidor regula la conformación, funciones y legitimación de las asociaciones de consumidores (arts. 55 a 58).

Esencialmente, se trata de perseguir una participación activa de la población en defensa de sus intereses, y por ello la ley propende a la creación de multiplicidad de organizaciones que garanticen el pluralismo y democracia del movimiento asociativo argentino, recaudos inexistentes antes de la sanción de la ley. A esos fines, el artículo 60 impone al Estado el fomento a la creación y funcionamiento de las asociaciones de consumidores y la participación de la comunidad en ellas y el art. 62 prevé el otorgamiento de contribuciones financieras a aquéllas para el cumplimiento de sus objetivos.

10.2 LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR EN BRASIL

El 1º de marzo de 1991 entró en vigor el Código de Defensa del Consumidor de Brasil, el cual, tomando como base las recomendaciones de

la Organización de las Naciones Unidas y las directivas de la Comunidad Económica Europea, sistematiza las normas nacionales sobre relaciones de consumo.

El Código comprende los siguientes títulos: I. De los derechos del consumidor; II. De los delitos; III: La defensa del consumidor en juicio; IV. Del sistema nacional de defensa del consumidor; V. De los convenios colectivos de consumo, y VI. Disposiciones finales.

La autora se ocupa de analizar fundamentalmente las disposiciones del título tercero. Aclara que la denominación de éste (la defensa del consumidor en juicio):

Responde al espíritu del código, que es de *defensa del consumidor* y debe ser entendida en sentido amplio: no se trata sólo de la defensa procesal *stricto sensu*, con las excepciones opuestas por el consumidor, sino más bien de cualquiera de las actividades desarrolladas en juicio, sea en la posición de demandado, sea en la de actor, a título individual o por personas y entes legitimados para las acciones colectivas (p. 1059).

Ada Pellegrini señala que la parte procesal del Código atiende básicamente dos aspectos: el de las acciones individuales y el de las acciones colectivas. Del primero menciona algunas de las nuevas reglas, entre las cuales podemos destacar las siguientes: la configuración de las acciones que tengan como objeto obligaciones de hacer o de no hacer; la utilización de la cosa juzgada del proceso colectivo a favor de pretensiones individuales; al inversión, *ope iudicis*, de la carga de la prueba a favor del consumidor; la implementación de los tribunales para la justicia de menor

cuantía; la asistencia jurídica integral y gratuita a los consumidores de pocos recursos, etcétera.

En relación con las acciones colectivas, la destacada procesalista brasileña advierte que éstas ya habían sido contempladas en la Ley núm. 7347 de 24 de julio de 1985 que se encargó de la tutela jurisdiccional de los intereses difusos propiamente dichos, relativos al medio ambiente y a los consumidores, en su dimensión colectiva e indivisible (véase, de la propia autora, "Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores: a Lei núm. 7347, de 24 de julho de 1985", en *Novas tendências do direito processual*, Río de Janeiro, Forense Universitaria, 1990, pp. 148-164).

En el Código de Defensa del Consumidor se introduce una nueva clase de acción colectiva, aparte de la prevista en la Ley 7347 de 1985; la acción colectiva resarcitoria de los daños individualmente sufridos por los consumidores o las víctimas de los productos o servicios, inspirada en las *class actions for damages* del sistema de *common law*. Para una mejor comprensión de la regulación brasileña, la autora analiza las *class actions* del sistema norteamericano y sus desarrollos en otros países, como Australia, Canadá (particularmente en la provincia de Quebec) e Israel.

“Ada Pellegrini afirma que en la regulación de esta nueva acción colectiva: el legislador brasileño se ha preocupado particularmente de las garantías de acción y defensa, proveyendo, entre otras cosas, una disciplina de la cosa juzgada que toma como fundamento los valores constitucionales del proceso justo (p. 1066).

El Código de Defensa del Consumidor conserva la solución que la legislación anterior había dado a las acciones colectivas en relación con la cosa juzgada, al extender los límites subjetivos de ésta *erga omnes* o *ultra*

partes, por lo que concierne a los procesos colectivos para la tutela de los intereses difusos y colectivos propiamente dichos, de naturaleza indivisible, con la modalidad de que considera inexistente la cosa juzgada en caso de insuficiencia de pruebas.

Pero para los procesos colectivos por acciones de reparación de daños individualmente sufridos por los consumidores y las víctimas de infortunios de consumo, la extensión de la cosa juzgada a terceros prevé sólo para favorecer las acciones personales, pero no para perjudicarlas; es decir, se adoptó la cosa juzgada *secundum eventum litis*, permitiendo la extensión de aquélla sólo en caso de que se declare fundada la demanda hecha valer a través de la acción colectiva. La autora también examina los problemas relativos a la legitimación, la adecuada representatividad, la litispendencia y la continencia de la causa.

Será muy interesante conocer los resultados de esta nueva experiencia brasileña en el terreno de la protección de los consumidores. Es preciso reconocer desde ahora que el Código de Defensa del Consumidor constituye uno de los más importantes y valiosos esfuerzos para ordenar y avanzar en el reconocimiento de los derechos de los consumidores y en el diseño de instrumentos adecuados para buscar su protección en el proceso jurisdiccional. Cabe señalar que no por casualidad la profesora Pellegrini fue la coordinadora de la comisión encargada de elaborar el proyecto original del Código.

Por otro lado, el código de defensa del consumidor instituyó un régimen especial de responsabilidad objetiva, en efecto el artículo 12 se refiere a *el fabricante, el productor, el constructor, nacional o extranjero y el importador, responden, independientemente de la existencia de culpa, por*

la reparación de los daños causados a los consumidores por defecto derivados del proyecto, fabricación, construcción, montaje, fórmulas, manipulación, presentación o acondicionamiento de sus productos , así como por informaciones insuficientes o inadecuadas sobre su utilización y riesgos.

El artículo 14º del mencionado código atribuye idéntica responsabilidad al prestador de servicios y en el artículo 13º atribuye responsabilidad subsidiaria al comerciante. Asimismo en los artículos 18º y 20º estipula que todos los integrantes de la cadena de producción y distribución responden por vicios redhibitorios.¹²³

10.3 EL DERECHO DEL CONSUMIDOR EN COLOMBIA

El tema del Derecho del Consumidor, no está todavía muy desarrollado en algunos países latinoamericanos, como en el Brasil que tiene su legislación especializada o nuestro país, que también tenemos nuestra Ley de Protección al Consumidor. En el caso de Colombia, vamos a comentar un caso, resuelto por la Superintendencia de Industria y Comercio, quien tiene a su cargo la protección del consumidor, la que se declaró incompetente para conocer la posible violación de los derechos de un consumidor colombiano que había efectuado una compra por Internet. Según la Superintendencia, no podía pronunciarse sobre una posible violación de las normas de protección al consumidor ya que el contrato había sido celebrado con una sociedad extranjera, subordinada y regulada

¹²³ PELLEGRINI GRINOVER, Ada. Il nuovo proceso brasiliano del consumatore. Revista di Diritto Processuale, Papua, Italia, núm 4, octubre – diciembre de 1991. Pp. 1057 – 1073.

conforme a las reglas de su país, y que dichas conductas al parecer antijurídicas ocurrieron por fuera de los límites del territorio. Este antecedente es especialmente grave si consideramos que más del 80% de las compras hechas por Internet por consumidores colombianos se efectúan en sitios que no se encuentran domiciliados en Colombia y que muchos bienes o servicios no pueden ser adquiridos sino en la Red.

10.3.1 El caso

Un consumidor colombiano había adquirido un nombre de dominio en Internet desde su computadora en Barranquilla, un poco más de un año después se le informó que había perdido una demanda ante el centro de arbitraje de una organización internacional en Ginebra, Suiza, y que ya no tenía derecho a utilizar el dominio que había adquirido. Al sentirse vulnerada esta persona presentó una queja ante la Superintendencia de Industria y Comercio entidad responsable de la protección del consumidor en Colombia.

Un nombre de dominio es el conjunto alfanumérico que sirve para distinguir un sitio Web, por ejemplo, solucioneslegales.com. Estos dominios se pueden registrar por menos de 10 dólares al año en varios sitios dedicados a esta actividad (register.com y directnic.com), por un proceso tan sencillo que cualquier ama de casa con conocimientos básicos de computadores y una tarjeta de crédito puede efectuar. Al momento de adquirir el dominio el adquiriente tiene que aceptar un contrato determinado en su totalidad por la empresa sin posibilidad alguna de negociación. De acuerdo con una de las cláusulas de dicho contrato el adquiriente acepta que

en caso que un tercero se sienta afectado por el registro de ese dominio el adquirente acepta que el tercero someta el caso a un proceso de solución de controversias. Igualmente el consumidor acepta que el registrador puede modificar unilateralmente las condiciones en que la controversia debe ser solucionada.

10.3.2 El problema

Un consumidor que adquiere un servicio de 10 dólares en la red no puede razonablemente esperar que ese contrato lo obligue: someterse a la decisión de un panel del centro de arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Industrial, al mejor estilo de una multinacional; a que el demandante pueda escoger el fuero que más le convenga; a que el tribunal sea especialmente favorable al demandante (como estudios serios lo demuestran); a que no tenga posibilidad de apelar la decisión, y, a que de todas formas el registrador del dominio pueda en cualquier momento modificar la cláusula compromisoria del contrato. Con estos elementos podemos considerar que nos encontramos frente a una cláusula abusiva.

Aunque el auto no lo establece, la Superintendencia al parecer basa igualmente su decisión en el artículo 1 del decreto 3466 de 1982 (estatuto del consumidor) que establece en el literal a. que “los importadores se reputan productores respecto de los bienes que introduzcan al mercado nacional”. Para la Superintendencia el hecho que un consumidor por Internet haya efectuado la compra o adquirido el servicio lo pone en posición de productor y por lo tanto él se hace responsable de su propia compra.

Ningún navegante, incluso un profesional, puede conocer la localización exacta de la contraparte que puede estar en cualquier parte. En este sentido la misma Superintendencia ha dicho que: “no existe una ley que le permita a esta Entidad determinar la nacionalidad de una página cuyo TLD sea .com. Igualmente, téngase en cuenta que de acuerdo con la doctrina no existe un límite territorial para el funcionamiento del Internet, lo que permite que un dominio registrado en un país sea implementado y usado en un país diferente”. Lo que sí es fácil de establecer es que el consumidor se encontraba en el territorio colombiano al momento de hacer la compra. Luego no se le puede imponer una obligación casi imposible a un simple consumidor; él no tiene porque saber si está actuando como productor o como consumidor en cada caso.

En varios y acertados conceptos de la Superintendencia, se declara competente para conocer de conflictos ligados a la protección al consumidor en Internet ya que estas son normas de orden público que no pueden ser derogadas por las partes. La explicación es que al ser el consumidor la parte débil el Estado debe protegerlo de manera especial. Por ello, de acuerdo con las normas de derecho internacional privado cuando una de las partes en un contrato es un consumidor el juez competente es aquel del domicilio habitual del consumidor. Sin embargo, al presentarse el primer caso verdadero decide no proteger al consumidor.

El mensaje que está enviando la SIC es peligroso ya que por un lado está desestimulando a los consumidores a favorecer el crecimiento del comercio electrónico al no ofrecerles ningún tipo de

garantía de respeto a sus derechos, y por otro lado, está invitando a las empresas que quieran vender sus productos o servicios a consumidores colombianos a que se establezcan por fuera de nuestro territorio y de esta manera pasarse por un lado las obligaciones surgidas del derecho de consumidores.¹²⁴

10.4 EL DERECHO DEL CONSUMIDOR EN CUBA

El interés y la necesidad de crear una legislación jurídica acorde para proteger las nuevas relaciones de consumo hoy en día no tiene límites, pues el consumismo ya es parte integrante y determinante de todas las sociedades modernas. Tomando como base esta necesidad, nuestro Derecho no puede estar exento de formular disposiciones jurídicas muy particulares; pues la protección del consumidor garantiza la seguridad individual y colectiva de los ciudadanos.

El ciudadano cubano en cuanto a consumidor, y tomando en cuenta la heterogeneidad del mercado, puede también ser lesionado por políticas mercantiles dañinas, por engaños o situaciones no previsibles en las que se ve afectado en sus intereses concretos en el mercado de bienes de consumo y servicios. Por ello, es comprensible que en nuestra sociedad se considere y se sienta que las instituciones gubernamentales, legislativas, judiciales y otras, trabajen y se orienten en función de los intereses del pueblo y de su seguridad y protección. De ahí, que resulte lógico y conveniente que el Estado Cubano, que está en favorables condiciones por

¹²⁴ MUELLER, Milton. An Analysis of ICANN's Uniform Dispute Resolution Policy Syracuse University School of Information Studies. Convergence Center. 2000,p.89

razones de su proyección política y socioeconómica, dé impulso a un vasto y coherente programa de protección al consumidor no dejando a la espontaneidad, la buena fe o a las características del sistema, la solución de un sinnúmero de situaciones conflictivas y contradictorias que puedan desarrollarse.

Dada las circunstancias económicas en que el país ha tenido que desarrollarse, con la aparición de una economía multisectorial con diversidad de formas de propiedad, aunque con el predominio de la propiedad estatal sobre los medios fundamentales de producción; coexistiendo el mercado estatal, cooperativo, privado y mixto, así como un mercado donde se opera en dos monedas, se diversifica el modo de actuación del proveedor. En tales circunstancias el consumidor puede encontrarse hoy día más desprotegido, debiendo en consecuencia, realizarse acciones de mayor alcance en el empeño de orientarlo y protegerlo.

La Constitución de la República de Cuba del 24 de Febrero de 1976 y reformada por la ANPP en Julio de 1992, en su artículo 14 y siguientes establece que " El Estado organiza, dirige y controla la actividad económica nacional conforme a un plan que garantice el desarrollo programado del país, a fin de fortalecer el sistema socialista, satisfacer cada vez mejor las necesidades materiales y culturales de la sociedad y los ciudadanos y promover el desenvolvimiento de la persona humana y de su dignidad, el avance y la seguridad del país y precisa que " El Estado administra directamente los bienes que integran la propiedad socialista de todo el pueblo o podrá crear y organizar empresas y entidades encargadas de su administración cuya estructura, atribuciones, funciones y el régimen de sus

relaciones son reguladas por la Ley... El Estado no responde a las obligaciones contraídas por las empresas, entidades u otras personas jurídicas y éstas tampoco responden de las de aquél."

El Código Civil regula en su Art. 320 y siguientes las disposiciones comunes a los contratos de Prestación de servicios y dispone " que los servicios pueden ser prestados por entidades estatales o por personas debidamente autorizadas"; según los requisitos, por supuesto, que establece el Reglamento sobre la actividad por cuenta propia vigente en Cuba. Establece un conjunto de contratos donde aparece la figura del consumidor; así tenemos las relaciones de prestación de servicios, incluyendo los que requieren la entrega del objeto; la compraventa en establecimientos de comercio minorista, con independencia del contrato de compraventa, los servicios de transportar pasajeros, el hospedaje y los servicios bancarios. En su regulación establece Derechos de los usuarios y los consumidores que deben ser observar por la otra contraparte tales como la garantía de la calidad, la obligación del proveedor en responder por ésta, el Derecho a la resolución del contrato, la rebaja de precio, el derecho a la reparación de daños e indemnización de perjuicios sufridos, el derecho a la reclamación ante la entidad que vende o presta el servicio; el derecho a ser informado de las características y condiciones en que se presta el servicio, etc.

Como se puede apreciar para lograr una protección adecuada de la relación productor- consumidor, ya no es suficiente el perfeccionamiento de las normas del Derecho Civil, pues también se necesita de la intervención estatal cuando las reglas de Derecho Civil clásicas resultan insuficientes. Para lograr una protección efectiva de las relaciones de consumo en Cuba,

la legislación en esta materia deberá garantizar la materialización de los llamados Derechos Básicos de los consumidores: la seguridad, la educación para el consumo, la información, la protección contractual, la indemnización, un medio ambiente saludable y la mejoría en los servicios.

El sistema de economía socialista de nuestro país que tiene su fundamento económico básico en la preponderancia de formas socialistas de propiedad y de producción determina, sin dudas, que aunque semejante, no representa de igual forma la problemática de los consumidores en Cuba que en el resto de América Latina. Se manifiesta como elemento distintivo el hecho de que casi la totalidad de los servicios a la población y venta de artículos de uso y consumo tiene como proveedor, a Empresas y organizaciones económicas estatales. Esto motiva que el problema fundamental de la protección a los derechos de los consumidores no es el de protegerlos de empresarios o monopolios que buscan el lucro a toda costa y poco importa las necesidades y posibilidades de su contraparte; sino el de proteger a los consumidores del desequilibrio jurídico que se deriva de la superioridad económica y de poder de las entidades estatales, de las consecuencias de la utilización generalizada de formas de contratación por adhesión a condiciones establecidas y de la proliferación de disposiciones normativas sobre los diferentes contratos que no llegan a ser de conocimiento y dominio de los consumidores.

En nuestra sociedad como en muchas otras de América Latina, el consumidor no encuentra multiplicidad de fuentes para satisfacer sus necesidades pues el grado de desarrollo de su economía y la crisis económica actual motivada por múltiples factores, no lo permiten así. Luego el usuario o consumidor tiene que someterse imperiosamente a la voluntad

de este único proveedor y aunque el mismo está obligado a responder a los intereses generales de nuestro Estado de garantizar las necesidades básicas de sus ciudadanos y de proporcionarle un desarrollo físico y espiritual adecuado y ascendente, en lo particular el consumidor individual es débil ante estas profesionales y organizadas entidades y no todos logran ver por igual garantizadas y satisfechas con calidad sus variadas necesidades. El grado de desarrollo económico es la clave para garantizar en este país de forma creciente los derechos de los consumidores. A pesar de estas limitaciones y en el marco de ellas, se presenta la desigualdad jurídica, económica y psicológica entre los diferentes sujetos de derecho, por lo que escapamos al problema universal de la protección de los derechos de los consumidores. Por demás este es un mecanismo que lejos de estar reñido con el sistema de homogeneidad de intereses que le es propio, sirve como motor impulsor para su perfeccionamiento, como retroalimentación a la gestión de las empresas de producción, comercio y servicios.

Por otro lado, el sistema de protección jurídica en el orden sustantivo de los múltiples derechos de los consumidores y en el orden procesal del derecho o defensa adoptado por nuestro ordenamiento jurídico hasta el momento es bastante fraccionado, encaminado a reglamentar la actividad de los diferentes organismos de la Administración Central del Estado y la observancia por las entidades de las disposiciones de estos que en última instancia dan protección en distintos aspectos a los ciudadanos que se hagan consumidores o usuarios de alguna entidad. Así también otros organismos reglamentan en particular determinados contratos, por lo general de servicios que se prestan masivamente y de forma estable,

determinándose a priori las condiciones en que estos se ofrecen aunque el objetivo central de dicha regulación no es el de proteger al consumidor sino de darle el servicio según las posibilidades e intereses de las entidades. De esta manera se incorporan a la actividad de protección al consumidor, organismos estatales, tales como; el Ministerio de Finanzas y Precios, Ministerio de Salud Pública y el Ministerio de Comercio Interior.

Sin embargo es necesario constatar que en la práctica son múltiples los problemas que se encuentra el consumidor y por lo general, se siente desamparado e imposibilitado de lograr efectivamente que se observen sus derechos y de satisfacer con calidad su requerimiento:

El Consumidor no puede llegar a conocer toda esa legislación dispersa de donde se derivan sus derechos; pues la Ley Sustantiva Civil que es la más asequible y especializada regula múltiples instituciones, no sólo lo referido a estos contratos y a los derechos de los consumidores.

El Consumidor se encuentra sólo frente a la entidad, se siente débil, no tiene dominio del respaldo jurídico y si la entidad no es receptiva a su reclamación, le resulta engorroso y desconocido la vía judicial para continuar su reclamación.

A nuestro juicio, la regulación de forma general de este tipo de contrato genera una profusa legislación complementaria por medio de actos normativos que en ocasiones provocan contradicciones, superposiciones y omisiones de aspectos importantes, tales como: ¿ante quién reclamar en

caso de incumplimiento del contrato, en la vía administrativa o civil?; cuestión no resuelta que perjudica los derechos del consumidor.¹²⁵

10.5 EL DERECHO DEL CONSUMIDOR EN ESPAÑA

En España la primera legislación promulgada en virtud de la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios lo constituyó la Ley 26/1984 del 19 de julio de 1984, la cual estableció un marco jurídico adecuado para la protección a los consumidores abarcando garantías y responsabilidades con derecho a la indemnización a los usuarios por parte de los productores y proveedores de productos y servicios. A esta ley le sucedió la Directiva 93/13 del CEE del Consejo de 5 de abril sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

El 13 de abril de 1998 en correspondencia con el desarrollo alcanzado en el comercio y al auge del movimiento de garantías al consumidor dictó la ley 2/1998 Ley de CGC la que transpuso la Directiva 93/13 /CEE y modificó la ley 26/1984. A nuestra consideración una ley que recoge ampliamente los preceptos de CGC; consideración basada en que la ley establece un concepto amplio de consumidor abarcando no solo a la persona física sino también a la jurídica destinataria de bienes y servicios; establece un registro de CGC, concepto de las mismas, concretó la creación de un régimen más amplio de regulación de la cuestión de las CGC, alcanzando como resultado la existencia de dos normativas con un

¹²⁵ www.monografias.com/trabajos. p. 16

ámbito de aplicación similar, pudiendo implicar ello dificultad para la determinación de las normas aplicables a cada caso concreto .

No obstante la doctrina española a pesar de los avances que implica la promulgación de dicha ley critica algunos aspectos como: la duplicidad de normas que puede generar dudas, perdiendo de vista la base unitaria de la materia sometida a reglamentación a la contratación predispuesta; la falta de protección del pequeño y mediano empresario frente a las cláusulas predispuestas; la distinción entre “condiciones generales” y “cláusulas abusivas” como base para la opción por alguna de las dos leyes. Resulta interesante destacar, que con las oportunidades que se han abierto en Internet y en especial la contratación electrónica en 1999 se promulga el Real Decreto 1906/99 sobre contratación electrónica con CGC, un paso de avance en el ámbito del Derecho Informático y el Derecho de Contratos.

Teniendo en cuenta la amplitud del tema, vamos hacer un somero análisis doctrinario y legislativo.

En España no se ha seguido la línea progresiva y ascendente de los países desarrollados en materia de la defensa de los consumidores, por razones diversas, lo que ha supuesto un considerable retraso y unas curiosas peculiaridades. La preocupación de los consumidores españoles por sus derechos es reciente y aún no demasiado generalizada. Por tal razón, el movimiento ha evolucionado en sentido inverso al de aquéllos, empezando por desarrollos normativos específicos e inexistencia de fuerza asociativa. Para poder entender las causas de estas singularidades es conveniente tomar como punto de partida de análisis la promulgación de la Constitución de 6 de diciembre de 1978 con objeto de examinar la situación antes y después de ese momento.

En época anterior, las asociaciones de consumidores eran prácticamente inexistentes, por no darse una conciencia social en este sentido, ya que sólo se conocen en esta etapa la Federación Nacional de Amas de Casa creada en 1968 y la creación, un año más tarde, la Federación Nacional de Consumidores. Ambas han desarrollado planteamientos de mera formulación teórica y una labor ineficaz desde la perspectiva de la defensa de los derechos de los consumidores en general. No ha sido mejor el papel desempeñado por la Administración, ya que en este campo sólo pueden citarse la creación en 1971 de un Comité Consultivo de los Consumidores y la formación en 1975 del Instituto Nacional del Consumo, órgano técnico al servicio del consumo en general. Tampoco la evolución legislativa presente en esta época hitos importantes pues sólo de forma indirecta se favorecen sus intereses a través de normas que tienen otra finalidad. Así, la *Ley de Defensa de la Competencia de 1963* puede ser considerada como un primer paso, seguido por la *Ley de Asociaciones de 1964* que permite la creación de las asociaciones de consumidores. Tan sólo la jurisprudencia, en ocasiones, favorece los intereses de los consumidores, mediante la adopción de soluciones innovadoras en la cuestión de la formación del contrato, considerando integrada la publicidad en la oferta.

La Constitución de 6 de diciembre de 1978, incorpora en el artículo 51 por vez primera la defensa de los consumidores en el ordenamiento jurídico y lo hace no a través de su configuración como derecho fundamental, sino como principio rector de la política social y económica. Sin embargo, el detonante de un apresurado desarrollo legislativo del citado principio, se produce como consecuencia de un trágico suceso, conocido

como *Caso Colza* o síndrome tóxico causado por el consumo en un sector de la población de aceite de colza desnaturalizado causante de muertes y lesiones, caso que origina gran alarma social y ejerce un impacto inmediato en los poderes públicos, quienes de forma apresurada desarrollan lo dispuesto en el mencionado precepto constitucional. El resultado ha sido la promulgación de *la Ley 26/1984, de 19 de Julio, Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (desde ahora LGDCU)*, bastante deficiente desde el punto de vista técnico y jurídico, cuya Exposición de Motivos se marca unos objetivos sumamente ambiciosos que analizaremos algunos de ellos. Posteriormente se ha ido completando con un amplio conjunto normativo, en parte derivado de su propio desarrollo o de la necesaria transposición al Derecho interno de la normativa comunitaria específica, que tratan con mejor o peor fortuna esta materia, nido a un conjunto de normas reguladoras de la transparencia del mercado que indirectamente afecta a la protección de los intereses de los consumidores, como sucede con la Ley 34/1988 de 11 de Noviembre, General de Publicidad, la Ley 16/1989 de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, reformada por Ley 52/1999, de 28 de diciembre, o la Ley 3/1991, de 10 de Enero, de Competencia Desleal dan como resultado un amplio conjunto normativo que hasta fechas recientes ha sido insuficientemente aprovechado en aplicaciones concretas y un grado de asociacionismo limitado, con un número de asociaciones que con similares fines y en los mismos ámbitos territoriales, actúan disgregadamente y no con demasiada eficacia, pero con progresiva presencia social, lo que parece indicar que el consumidor español pierde el temor o reclamar ante organismos privados,

administrativos o judiciales debido al aumento de su formación en todos los niveles, introduciendo así de forma paulatina sus exigencias en el mercado.

10.5.1 La defensa de los consumidores y la Constitución española de 1978

El artículo 51° de la Constitución Española, a semejanza del antecedente introducido por la Constitución portuguesa de 1976, marca un hito histórico en un país sin tradición en el protagonismo de los consumidores en la defensa de sus derechos. Ubicado entre los principios rectores de la política social y económica, constitucionaliza la defensa de los consumidores y usuarios en los siguientes términos:

“1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que pueden afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca.

*3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales”.*¹²⁶

¹²⁶ DE LEON ARCE, Alicia. Derechos de los consumidores y usuarios. (Doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios). Valencia. España. Tirant lo Blanch, 2000. pp. 60-61.

Se introduce con él en el ordenamiento jurídico español una modalidad de principio general del Derecho, denominado por la doctrina “principio proconsumidor”. En cuanto a su contenido, resulta innegable resaltar que los pos primeros apartados se encuentran directamente inspirados en la Resolución del Consejo de la CEE de 14 de abril de 1975, por la que se establece el Programa Preliminar para una política de protección y de información a los consumidores que enumera los derechos fundamentos de aquéllos y los clasifica en las cinco categorías tradicionales: salud y seguridad, intereses económicos, información, educación y representación, exigiendo además que sean debidamente asegurados. Sin embargo, el constituyente español considera conveniente distinguir dos tipos o jerarquía entre ellos, puesto que como puede observarse, en el artículo 51.1 de la Constitución Española se exige a los poderes públicos que garantice la defensa de los consumidores y protejan con eficacia su seguridad, su salud y sus legítimos intereses económicos, mientras que en el número 2, a los poderes públicos sólo se les pide que promuevan la información y la educación, que fomenten las asociaciones y las escuchen en todo lo relativo a los intereses de sus asociados, pero todo ello, según lo dispuesto en las leyes que desarrollen tales derechos, en consonancia con la ubicación del precepto y lo dispuesto en el art. 53.3 de la Constitución Española.

De lo expuesto parece desprenderse que existen dos categorías en los derechos reconocidos constitucionalmente a los consumidores: los del número 1, que parecen ser considerados

derechos sustantivos y los del número 2, contemplados como derechos instrumentales que van a servir para lograr la consecución de aquéllos, todo ello sin hacer mención alguna al derecho a la reparación de los daños derivados del consumo, omisión que puede ser perfectamente integrada en su contexto, porque cuando se reconoce expresamente el derecho a la protección de la salud y de la seguridad y particularmente, de los intereses económicos, hay que entender implícito el derecho a la reparación de daños, puesto que sin el quedaría sumamente reducido el contenido de los derechos enunciados y la exigencia constitucional de que la protección de los derechos reconocidos a los consumidores debe de hacerse mediante procedimientos eficaces, que implican el cauce de las posibles reclamaciones.

El artículo 51.1 de la Constitución Española, recoge como derechos esenciales o sustantivos de los consumidores y usuarios, cuya defensa ha de ser garantizada por los poderes públicos, el derecho a la seguridad y a la salud y el derecho a los legítimos intereses económicos. Sin embargo, el derecho a la seguridad y a la salud se reconoce en términos absolutos, no ocurre lo mismo con el derecho de protección de los intereses económicos, estableciéndose que para que esta se pueda exigir es necesario que aquellos sean legítimos. Como se aprecia, se ha querido dejar en claro que los intereses económicos de los consumidores, por sí solos, no pueden suponer la actuación de los poderes públicos, ya que estos deben de tener en cuenta así mismo los intereses económicos de los demás partícipes en la economía del país.

El artículo 51.2 de la Constitución Española, al reconocer los llamados derechos instrumentales o accesorios de los consumidores: el derecho a la información, a la educación y el derecho a la representación, entendido éste en un doble sentido, como derecho a organizarse y a que sus organizaciones sean oídas, si bien puntualiza que éstas deberán ser oídas en los términos que la ley establezca. La doctrina ha señalado, como razón de esta salvedad, el intento de evitar que cualquier norma legal pudiera ser tachada de inconstitucional simplemente porque en relación con la misma las organizaciones de consumidores no hayan sido oídas. Junto al reconocimiento de estos derechos instrumentales a favor de los consumidores, el texto legal impone una importante obligación a los poderes públicos, la de promocionarlos o promoverlos, considera doctrinalmente como una especial concreción del reconocimiento genérico de las garantías jurídicas del artículo 9.3 de la Constitución española.

El apartado 3º del artículo 51 de la Constitución Española, ha sido objeto de numerosas críticas. Se ha dicho de él que es innecesario decir *la ley desarrollará lo dispuesto en los apartados anteriores*, ya que evidentemente esto es lo que se espera respecto de un precepto constitucional en el que se reconoce un principio.

En este sentido, resulta ser inútil, además de inexacto e insuficiente decir también que *la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales*; inexacto, porque la regulación del comercio interior no es materia exclusiva de los consumidores e insuficiente, porque la regulación del régimen de

autorización de productos comerciales no es suficiente para lograr una adecuada protección de los consumidores, ésta exige un campo de actuación mucho más amplia.

10.5.2 La distribución de competencias en materia de consumo

La protección del consumidor no está directamente contemplada en la distribución de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas contenida en los artículos. 148 y 149 de la Constitución Española, explicable por el hecho de ser una materia multidisciplinaria. Sin embargo, si se ha producido es asignación competencial en determinados Estatutos de Autonomía en atención a lo dispuesto en el artículo 149.3 de la Constitución Española:

Las materias no atribuidas directamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del Derecho de las Comunidades Autónomas.

Lo cierto es que las competencias genéricas sobre protección de las consumidores fueron asignadas en ciertos Estatutos de Autonomía que accedieron inicialmente por la vía del artículo 151.1 de la Constitución Española, como Andalucía; por la de la Disposición Transitoria 2º de la Constitución Española, como

Cataluña, País Vasco o Galicia; por la de la Disposición Adicional 1º de la Constitución Española como Navarra, o sin aparente apoyo como Valencia, conculcando en ocasiones alguna de las competencias exclusivas asignadas al Estado como sucede con la legislación civil y mercantil, con las bases de la unidad de mercado o con aspectos relativos al Derecho penal. En este sentido, es fundamental distinguir en una fase inicial, entre los Estatutos de aquellas Comunidades Autónomas en donde se reconoce competencia legislativa en materia de comercio interior y defensa del consumidor de los de aquellas otras Comunidades de competencias inicialmente limitadas a la función ejecutiva de la legislación del Estado en dicho materia (así por ejemplo, Estatutos para Asturias, art. 12.e, Aragón, art. 36.1.c; La Rioja, art.10.1.4). En el primer grupo se encontraban los Estatutos del País Vasco (art. 10.27 y 28), Cataluña (art. 12.5); Galicia (art. 30.4); Andalucía (art. 18.6), Valencia (art.34.5), y la ley de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (art. 56.1.d).

10.5.3 Las Fuentes del Derecho del Consumidor en España

Son varias las fuentes del Derecho del Consumidor. Estas emanan o se derivan de la normativa estatal, autonómica y comunitaria, pero también de la jurisprudencia. Examinaremos brevemente cada una de ellas:

- a. **Fuentes estatales.-** El ordenamiento estatal tiene como núcleo fundamental de la protección de los consumidores y usuarios la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios

(LGDCU) y las normas que la desarrollan, así como aquéllas que tienen como fin la regulación del mercado aspectos que de forma indirecta los benefician. Por eso, puede hablarse, según el contenido de las norma, de Derecho de consumo estatal de carácter general y de carácter sectorial. El conjunto normativo básico estatal general está formado, además de la citada LGDCU, por las siguientes normas, las también citadas *Ley 7/1996, de 15 de Enero, de Ordenación del Comercio Minorista*, complementada por *Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero*, aprobada de acuerdo con lo dispuesto en el art. 81 de la Constitución española en relación con el 150.2, además de *Real Decreto – Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de bases para la regulación de horarios comerciales*, *Real – Decreto 287/1991, de 8 de marzo, por el que se aprueba el catálogo de Productos, Bienes y Servicios a determinados efectos de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*.

- b. Derecho autonómico.-** Las Comunidades Autónomas en el desarrollo de sus competencias, han legislado de forma un tanto irregular, dotándose en la mayoría, de un conjunto de disposiciones generales de protección de los consumidores, generalmente, de carácter administrativo. Como ejemplo, citaremos las más genéricas:

Andalucía (*Ley 5/1985 de 8 de julio, de Consumidores y Usuarios*, *Ley 9/1988, de 25 de noviembre, del Comercio Ambulante*, *Ley 1/1996, de 10 de enero, de Comercio Interior*), Navarra (*Ley Foral 13/1989 de 3 de Julio, de regulación del comercio no sedentario*),

País Vasco (*Ley 10/1981, de 18 de noviembre, del Estatuto del Consumidor*; *Ley 7/1994, de 27 de mayo, de Actividad Comercial*) y Región de Murcia (*Ley 4/1996, de 14 de junio, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios*).

- c. **Derecho comunitario.**- Está constituido por un ordenamiento jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros “*que goza de efecto directo y de primacía respecto del Derecho interno*”. (STJCE 15 julio 1964 Costa c. En el, asunto 6/64) y cuyos destinatarios no son solamente los Estados miembros sino también los nacionales. Como ha puesto de manifiesto la STJCE 5 febrero 1963, Van Gend & Loos, as. 26/62, “*los Estados han reconocido al Derecho comunitario una autoridad susceptible de ser invocada por sus nacionales ante sus jurisdicciones*”. La evolución del Derecho Comunitario originario hasta llegar a la reforma introducida en el TCE por el Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997 (en vigor desde el 1 de mayo de 1999) que contiene en el art. 153 la política de la Unión Europea en materia de consumo y la incorporación de España a la misma desde el 1 de enero de 1986 ha significado la asunción directa de un conjunto normativo en nuestro ordenamiento que alcanza un especial significado en la protección de los consumidores. La asunción del acervo comunitario se realiza a través de los distintos instrumentos utilizados técnicamente con diferente alcance jurídico.
- d. **La Jurisprudencia.**- Tanto en el ámbito estatal, autonómico y comunitario, las resoluciones de determinados tribunales

asegurando el respeto del Derecho en la interpretación y en la aplicación de su respectivo ordenamiento jurídico, tiene una importancia decisiva en la configuración del Derecho de consumo. En relación con el Derecho estatal y autonómico son las resoluciones del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo las que realmente sientan jurisprudencia, aunque pueden servir de orientación práctica las emanadas de órganos jurisdiccionales inferiores como las derivadas de Audiencias Provinciales.

10.5.4 La Ley General para la Defensa de consumidores y Usuarios

Esta ley es la piedra angular de todo el conjunto normativo español dedicado a la protección de los consumidores, como desarrollo legislativo del principio rector de política social y económica recogido en el artículo 51 de la Constitución española dentro de las exigencias marcadas por el artículo 53.3 de la Constitución española. Es una ley importante en lo que respecta a su generalidad debido a que ve la luz en un país de escasa tradición histórica del movimiento asociativo y reivindicativo de los consumidores, especialmente en comparación con otros países desarrollados en los que las soluciones legislativas se hacían sectorialmente. De sus luces y sombras es responsable un trágico hecho, el conocido "Caso Colza" que causando tremenda alarma social produjo un rápido empeño legislativo en los poderes públicos de la época.

Formalmente está compuesta por una Exposición de Motivos en la que se justifican las influencias comunitarias y se reconoce su compatibilidad normativa con otros cuerpos legales y otros órganos competenciales, además de fijar unos ambiciosos objetivos de la misma; diez capítulos con 41 artículos, uno de ellos, el artículo 40 declarado nulo por Sentencia del Tribunal Constitucional 15/1989 por razones competenciales, cuatro disposiciones finales y una disposición derogatoria de todas las disposiciones que se opongan a lo en ella dispuesto.

10.5.4.1 **Objetivos.-** La exposición de motivos concreta los objetivos de la LGDCU, entendidos como cauce teleológico por el que deben discurrir las interpretaciones de sus preceptos en tres ambiciones grupos:

- 1.- Establecer sobre bases firmes y directas, los procedimientos eficaces para la defensa de los consumidores y usuarios.
- 2.- Disponer del marco legislativo adecuado para favorecer un desarrollo óptimo del movimiento asociativo en este campo.
- 3.- Declarar los principios, criterios, obligaciones y derechos que configuran la defensa de los consumidores y usuarios y que, en el ámbito de sus competencias, habrán de ser tenidos en cuenta por los poderes públicos en las actuaciones y desarrollos

normativos futuros, en el marco de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional.

10.5.4.2 Imperatividad de sus normas.- El carácter imperativo de los derechos reconocidos en la LGDCU se manifiesta en el artículo 2.3, párrafo 1º, al establecer : “*La renuncia previa de los derechos que esta Ley reconoce a los consumidores y usuarios en la adquisición y utilización de bienes y servicios es nula*”; norma clásica e indispensable en una regulación de carácter tuitivo y que en cierta manera constituye una especialidad de la regla general de validez de la renuncia contenida en el artículo 6.2 CC. “*La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros*”.

10.5.4.3 Fraude de ley.- La protección de los derechos básicos de los consumidores se complementa con la prohibición y sanción del fraude de ley, al establecer el artículo 2.3 in fine de la LGDCU: “*Así mismo son nulos los actos realizados en fraude de esta ley, de conformidad con el art. 6 del Código Civil*, ante esta remisión surgen problemas de interpretación al examinar el precepto a la luz del art. 6.4 del Código Civil. “*Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se consideran ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida*

aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir”, ya que si en este caso la sanción del fraude es la aplicación de la norma defraudada, en la norma destinada a evitar el fraude en la defensa de los consumidores la sanción es la nulidad del acto.

10.5.4.4 **Ámbito de aplicación.-** Teniendo en cuenta la organización política de España, es importante determinar el ámbito de aplicación, empezando por el ámbito territorial, luego determinar el objeto de tal aplicación y finalmente, quiénes son los destinatarios o sujetos de la protección jurídica establecida, en definitiva quiénes son las partes de la relación de consumo y cuál de ellas va a ser la parte débil y tener la consideración legal de ser consumidor o usuario.

a) Ámbito territorial.- El ámbito territorial consiste en la determinación del espacio físico en el que se va a aplicar una determinada norma y al tener la ley el calificativo de general, en principio parece que debería ser aplicada en todo el Estado español sobre todo teniendo presente la sujeción de la misma a lo dispuesto en el artículo 139 de la Constitución Española que proclama: *“Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio español,”* explícitamente declarada en el art. 1º. LGDCU. Sin embargo, el problema competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas

constitucionalmente asumido en los arts. 148 y 149 del Código Civil, con las peculiaridades ya comentadas en materia de consumo y la doctrina sentada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en especial por la Sentencia de la Tribunal Constitucional 15/1989 implica que este artículo 1.1 LGDCU no es de aplicación directa a las Comunidades Autónomas que hayan asumido constitucionalmente la competencia plena sobre defensa de los consumidores y usuarios, en virtud de sus respectivos Estatutos de Autonomía, por lo que cabe afirmar que la territorialidad de esta ley estará determinada por las siguientes coordenadas: La Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios constituye un mínimo en la defensa de los consumidores y usuarios que debe ser común en todo el territorio español, es directamente aplicable en las Comunidades Autónomas que no tengan asumida competencia legislativa plena en materia de consumo y es también aplicable en aquellas otras Comunidades Autónomas en que habiendo asumido competencias en materia de protección de consumidores en sus respectivos Estatutos de Autonomía no la hayan desarrollado. Como Derecho supletorio, en atención a lo dispuesto en el artículo 149.3 de la Constitución española, se aplica en aquéllas Comunidades Autónomas que habiendo asumido competencia plena

en materia de defensa de los consumidores y la hayan desarrollado, integrando así sus lagunas. Como derecho integrador cuando los derechos reconocidos por la Ley general los consumidores tengan un nivel superior que los reconocidos en los estatutos autonómicos en atención a ese contenido mínimo que debe imperar en todo el territorio, derivado del principio rector entendido como principio general del Derecho que actúa a favor del consumidor.

b) Ámbito objetivo.- En toda norma o ley, el ámbito objetivo viene determinado por el objeto cuyas características específicas son exigibles para que la ley sea aplicable. En la LGDCU se exige un criterio subjetivo y objetivo para su aplicabilidad pues el artículo 1.2 requiere que el sujeto al que se le brinda la tutela en ella establecida reúna unos requisitos y llevar a cabo unos actos, a los que por tal razón se denominan actos de consumo, por lo que objetivamente, la Ley se aplica a los actos de consumo. *Un acto de consumo es un acto jurídico que permite al consumidor entrar en posesión de un bien o disfrutar de un servicio, pero también es el acto material consistente en utilizar el bien o el servicio objeto del contrato, incluyendo con ello relaciones contractuales y extracontractuales.* Por ello, mas importante que la delimitación del objeto es la del acto de consumo y la de la relación jurídica en la que

aquél se incardina, y en este sentido, el artículo 1.2 de la LGDCU describe los actos y bienes que se protegen en el marco de esa relación jurídica de consumo: Actos de adquisición, utilización o disfrute, derivados de cualquier título o negocio jurídico que ponga al consumidor en relación con el bien, producto o servicio, cuyo objeto puede ser un bien mueble o inmueble, productos o servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, faciliten, suministren o expidan.

Todos los bienes que son objeto de contrato pueden ser objeto de un acto de consumo cuando son adquiridos o utilizados con fines no profesionales, ya sean consumibles en sentido estricto (se destruyen en un solo uso) o de naturaleza duradera, de naturaleza mueble o inmueble. En idéntico sentido, todos los servicios, entendidos como todas aquellas prestaciones que puedan ser evaluadas económicamente, ya sean de carácter material (reparaciones, limpieza, etc.), intelectual (cuidados médicos, asesoramiento jurídico, etc.) o financiero (seguros, créditos, etc.). Queda claro por tanto, que en el marco de protección de la Ley se encuentra el comercio de bienes muebles e inmuebles y los servicios de cualquier especie que sean (comercio inmobiliario de venta de viviendas, servicios bancarios,

de seguros, de hospitales y cualesquiera otros que quepa imaginar). Como se podrá observar, el legislador y la jurisprudencia reiteran día a día esta afirmación.

c) Ámbito subjetivo.- Este criterio es determinante en la aplicación de la LGDCU. Además de determinar donde y cuando se aplica, el destinatario principal de la protección, de los derechos y acciones que contiene es en definitiva, el sujeto protegido merecedor de esa tutela otorgada por el ordenamiento al que denomina consumidor, pero también usuario. Por eso vamos a examinar en primer lugar quien puede lograr ese calificativo para ser protegido y frente a quien se le otorga tal protección.

Sujetos protegidos: consumidores y usuarios. La LGDCU establece en el art. 1º.1, inciso 1. *“En desarrollo de los arts. 51.1 y 2 de la Constitución, esta Ley tiene por objeto la defensa de los consumidores y usuarios”*. Consecuentemente, es la noción de consumidor la que va a ser determinante para delimitar su ámbito de aplicación subjetivo, concretando quienes son considerados consumidores y usuarios para así saber a quién va en realidad dirigida la protección legal. Partiendo de que, en ocasiones, las leyes especiales protectoras de intereses de los consumidores parten de su propia noción en relación con el ámbito de protección que pretenden establecer, y antes de pasar a examinar cual es la seguida por la

LGDCU, vamos a ver los tipos de nociones de consumidor que han ido surgiendo a lo largo del movimiento, partiendo de la base de que no existe una clara y única noción científica jurídica sobre consumidor. Esto no significa que no exista relación alguna entre las nociones legales existentes, pues en todas ellas subyace el mismo tipo de consumidor que se trata de proteger.

La distinción más generalizada se centra en considerar una noción abstracta o amplia frente a una noción concreta o estricta. Una noción abstracta es aquella que equipara al consumidor con el ciudadano en cuanto persona que aspira a tener una adecuada calidad de vida. Según este concepto, todos somos consumidores. Esta noción sirve para atribuir derechos a los ciudadanos en general, en su condición de consumidores, típica de los inicios del movimiento y es la utilizada cuando se reconocen a los consumidores el derecho a la educación, a la información, o a la salud.

Una noción concreta, que sirve para atribuir a los consumidores derechos que pueden ejercitar individualmente. Pero, existen fundamentalmente dos clases de nociones concretas. Una más amplia, equiparla consumidor con el cliente, incluyendo, a todos aquellos que contratan con un empresario para adquirir los bienes o servicios ofrecidos por él, tanto si la adquisición la realizan para atender a sus necesidades privadas, como si se hace

dentro del marco de una actividad empresarial. En este sentido puede considerarse como consumidor a un empresario que actúa en condición de tal. Mucho más restringida es la noción de consumidor como destinatario final, entendiéndose por este a la persona que adquiere bienes o servicios para su uso privado, incluyendo en ese uso privado, un uso familiar o doméstico. La diferencia entre ambas nociones esta es que el consumidor final no puede ser un empresario que realice la operación dentro del ámbito de la actividad de su empresa y esa es la noción contenida en el artículo 13° del Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil de 27 de setiembre de 1968 al señalar: *“En materia de contratos celebrados por una persona para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional, en lo sucesivo denominada “el consumidor”, la competencia quedará determinada por la presente Sección, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 4 y en el punto 5 del art. 5”*.

10.5.5 Derechos reconocidos en la Ley

El artículo 2.1 de la LGDCU señala que son derechos básicos de los consumidores y usuarios:

- a) La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud y seguridad. Desarrollado en el Capítulo II de la propia Ley (arts. 3 a 6), dedicado especialmente a los riesgos para la salud que

tienen su origen en el consumo de productos alimenticios, como sabemos, causa y origen de ella misma, compuesto por un conjunto de normas en su mayor parte de carácter administrativo, desarrollado en el ámbito del Derecho público.

- b)** La protección de los intereses legítimos económicos y sociales, en particular, frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos (redacción, conforme al punto 1. de la Disposición Adicional 1º de la Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación). Desarrollado en el Capítulo III (arts. 7 a 12) cuyas normas son eminentemente civiles, especialmente en materia contractual que introduce importantes modificaciones en la conclusión y forma del contrato,. Su contenido y efectos, principalmente en lo referente a la vinculación de la publicidad e integración en la oferta, control de las condiciones generales de los contratos (art. 10 modificado y ampliado con el I art. 10 bis por Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales la contratación) el régimen de garantía de los efectos del contrato (art. 11, complementado por el art. 12 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista.
- c)** La indemnización o reparación de los daños y perjuicios sufridos. Derecho de especial importancia, viene contenido en el denostado Capítulo VIII (arts. 25 a 31), estableciendo un oscuro régimen de responsabilidad que a veces es netamente objetivo para el fabricante o sujeto asimilado (art. 28) y en ocasiones parece subjetivarse con inversión de la carga de la prueba.

Modificado por Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil del fabricante por daños de productos.

- 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. Se dedican a tal fin los Capítulos IV, destinado al derecho a la información propiamente dicho (arts. 13 a 17) y V, cuyo contenido es el derecho a la educación y formación en materia de consumo (arts. 18 y 19).
- e)** La audiencia en consulta, la participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que les afecten directamente y la representación de sus intereses, todo ello a través de las asociaciones, agrupaciones o confederaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas. Contenido en el Capítulo VI (arts. 20 a 22) bajo la rúbrica – Derecho de representación, consulta y participación, desarrollado por Real Decreto 825/1990.
- f)** La protección jurídica, administrativa y técnica en las situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión. Recogido en el Capítulo VII (arts. 23 y 24) y a diferencia de los anteriores, no aparece como tal en el art. 51 de la Constitución Española.

Estos derechos necesitan un desarrollo normativo más pormenorizado si se pretende que sean eficaces, ya que con ellos se establecen los objetivos a conseguir por una política jurídica de protección de los consumidores y proporcionan un marco de referencia teórico a las actuaciones de los poderes públicos dirigidas a conseguir esos objetivos y a sus concretas plasmaciones

normativas. El mandato impuesto por el art. 51 de la Constitución Española, en orden a la necesidad de dictar leyes que desarrollen la protección del consumidor, no puede entenderse cumplido en su totalidad tras la promulgación de la LGDCU. Indudablemente, esta ha sido un punto de partida para alcanzar dicho objetivo, pero sigue siendo necesario la elaboración de leyes que complementen dicha labor. En este sentido, un sector doctrinal considera que el cauce más apropiado para haber hecho verdaderamente efectiva la protección de los consumidores debería de haber sido la de dictar leyes específicas para los distintos ámbitos o problemas que se planteasen en relación con el consumidor, en lugar de haberse dictado una ley de carácter general como es la que nos ocupa. Que la LGDCU no agota la normativa protectora de los consumidores en nuestro ordenamiento viene reconocido en el propio Preámbulo de la misma. *“Con el fin de dar cumplimiento al citado mandato constitucional, la presente ley aspira a dotar a los consumidores y usuarios de un instrumento legal de protección y defensa, que no excluye ni suplanta otras actuaciones y desarrollos normativos derivados de ámbitos competenciales cercanos o conexos, tales como la legislación mercantil, penal o procesal y las normas sobre seguridad industrial, higiene y salud pública, ordenación de la producción y comercio interior”.*

10.6 LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR EN ECUADOR

“La situación de los consumidores en el Ecuador ha experimentado un cambio en las últimas décadas, especialmente a partir de los años 70's,

cuando se pasó de una sociedad fundamentalmente agraria a una urbana. Debido a los grandes desplazamientos del campo a la ciudad, se generaron cambios substanciales en los hábitos de consumo de amplios sectores de la población, los que abandonaron las tradicionales estrategias de autoabastecimiento, estableciéndose muy claramente la diferencia entre productores y consumidores.

Así, han surgido problemas en la alimentación, la salud, la educación y los servicios, debido principalmente a que, por una parte, los nuevos consumidores se encontraron sin educación e información suficiente para exigir satisfacción correcta a sus necesidades, atendidas a través de la adquisición en el mercado de bienes y servicios.

Por su lado, los productores, en muchos casos no contaron con la infraestructura, tecnología y conocimientos para atender de manera adecuada a la demanda del consumidor.

En tanto que, ni en el Estado ni en la sociedad civil existieron suficientes y adecuados mecanismos e instancias de control que aseguraran el cumplimiento de los derechos del consumidor.

Esta situación se expresa en algunas cifras que revelan que no se cuenta con alimentos que cumplan con parámetros de calidad óptimos. Un análisis de productos alimenticios realizado por la Organización Panamericana de la Salud en la ciudad de Guayaquil, evidencia que el 23 % de los productos que se expenden contienen una carga bacteriana mayor que la máxima permitida. Igualmente, un análisis de muestras de 11 marcas de leches en funda, efectuado en octubre de 1998, por la Tribuna Ecuatoriana de Consumidores y Usuarios, revela que ninguna marca cumple a cabalidad lo establecido por las normas técnicas ecuatorianas.

En el país hubo iniciativas estatales en pro de la defensa del consumidor, como lo fue en el año 1970, la creación del Instituto Ecuatoriano de Normalización – INEN - , con las funciones de elaborar normas nacionales para la producción y comercialización de bienes y servicios, controlar el cumplimiento de estas normas y educar y proteger al consumidor.

Asimismo, en 1990 se promulgó la Ley de Defensa del Consumidor, en la que se recogieron diversas iniciativas y leyes de varios cuerpos legales, como el Código de Salud. Sin embargo, ésta prácticamente no ha sido aplicada debido a que se fundamentaba en un sistema de fijación oficial de precios que ya no está vigente. A esto se suman profundos vacíos legales, además de no ser muy conocida por la ciudadanía en general.

En la actualidad, aprovechando la creación de la Comisión Permanente del Consumidor, del Usuario, del Proveedor y del Contribuyente al seno del Congreso Nacional, se está trabajando para conseguir una reforma a la Ley de Defensa del Consumidor.

10.6.1 Evolución Constitucional

En el ámbito constitucional, la inclusión de la temática del consumidor es reciente. Hasta 1996, no se hacía referencia expresa a este sector.

Una reforma a la Carta Política, que entró en vigencia a comienzos de 1996, dispuso que entre los derechos civiles se plasme el “derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad, así como a ser informado sobre su contenido y características. La ley establecerá los mecanismos de control de calidad de bienes y

servicios, los procedimientos de defensa del consumidor y las sanciones correspondientes por la violación de estos derechos (art. 22, numeral 3).

Esta reforma representó un gran paso para la protección del consumidor, y sirvió como instrumento para que algunas organizaciones de consumidores, como la Tribuna Ecuatoriana de Consumidores y Usuarios, propongan ciertos cambios a la legislación, sobre todo a la Ley de Defensa del Consumidor.

Sin embargo, esta disposición resultaba escueta por lo que apenas conformada la Asamblea Constituyente, que se encargaría de codificar la nueva Constitución Política, se hicieron esfuerzos para lograr ampliar el marco protector a los consumidores y usuarios.

Como resultado de estas gestiones, desde agosto de 1998, se cuenta con una Carta Suprema que recoge la mayoría de principios rectores de la temática del consumidor.

La primera referencia, la encontramos cuando se enumeran los derechos civiles que el Estado reconocerá y garantizará a las personas. El artículo 23 numeral 7 establece “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”.

Este artículo representa un avance respecto del anterior, porque se incluyen a los servicios públicos como objeto de protección y por lo tanto se abre la posibilidad para que los consumidores reclamen por servicios básicos brindados por el Estado, como luz o agua, de mala calidad.

Por primera vez en la historia constitucional del Ecuador, aparecen los derechos colectivos. Se entiende que estos derechos no son atribuibles a personas tomadas individualmente, sino que se reconocen a una comunidad con características especiales y definidas.

A los derechos colectivos se los ha dividido en tres: de los pueblos indígenas y negros o afroecuatorianos, del medio ambiente y de los consumidores. El hecho de incluir a los consumidores dentro de esta categoría significa que se está reconociendo que cuando se habla de consumidores o usuarios se hace referencia a toda la población, ya que de un modo u otro todos somos consumidores.

Dentro de la sección tercera del capítulo V que aborda la temática del consumidor; el art. 92 inciso primero 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”.

En esta disposición se basa el movimiento ciudadano que se está formando a fin de presionar para que el Congreso Nacional reforme la Ley de Defensa del Consumidor y la convierta en un instrumento completo y eficaz.

Adicionalmente, se establece claramente el derecho que tienen los consumidores a una indemnización en caso de que sus derechos sean lesionados. Este aspecto es nuevo, ya que no constaba en la

anterior Constitución, peor aún en la Ley de Defensa del Consumidor, lo que es una gran falencia de este cuerpo legal.

El art. 92 inciso 2: “Las personas que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la prestación del servicio, así como por las condiciones del producto que ofrezcan, de acuerdo con la publicidad efectuada y la descripción de su etiqueta. El Estado auspiciará la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios y adoptará medidas para el cumplimiento de sus objetivos “.

Este inciso es muy importante ya que, por un lado retoma el hecho de que los consumidores tienen derecho a servicios públicos de óptima calidad y consecuencia de ello, las personas que prestan estos servicios son responsables civil y hasta penalmente por defectos en la calidad.

Por otro lado, se fijan conceptos muy claros respecto de la publicidad. Específicamente se vincula la publicidad al contrato mediante el cual se adquiere un bien o servicio para efectos de las indemnizaciones a que hubiere lugar. Este aspecto tampoco ha sido recogido por la Ley de Defensa del Consumidor vigente.

Es prudente concordar esta norma con el Art. 81 de la Constitución que trata a la Comunicación y establece que: “El Estado garantizará el derecho a acceder a fuentes de información; a buscar, recibir, conocer y difundir información objetiva, veraz, plural, oportuna y sin censura previa, de los acontecimientos de interés general”. Adicionalmente, este artículo en su inciso final dispone que: “Se prohíbe la publicidad que por cualquier medio o modo promueva la

violencia, el racismo, el sexismo, la intolerancia religiosa o política y cuando afecte a la dignidad del ser humano”.

Finalmente, este párrafo recalca que las asociaciones de consumidores son un elemento crucial para que la defensa de los derechos de los consumidores sea una realidad, se dé cumplimiento a la Ley y se acceda a la justicia.

La Ley vigente otorga a estas asociaciones dos finalidades: la educación de los ciudadanos y la recepción y canalización de sus reclamos, pudiendo además ponerlos en conocimiento de las autoridades competentes. Sin embargo, contiene una limitación gravísima al quehacer de las asociaciones, al prohibir que las denuncias puedan hacerse públicas hasta que los hechos no sean comprobados por las respectivas autoridades. (art. 33 inciso final de la Ley de Defensa del Consumidor).

Esta restricción, contraría algunas preceptos constitucionales como el de la libertad de opinión. Es además innecesario, pues si algún proveedor se siente lesionado, cuenta con recursos legales para la reparación de los perjuicios que una denuncia falsa le pudiera ocasionar.

Por otra parte, ¿cómo podría alertarse a la ciudadanía sobre un producto nocivo, si el conocimiento de la autoridad es posterior a la comercialización de dicho bien?

Este es otro aspecto más que esperamos sea revisado y corregido cuando se reforme esta Ley.

Siguiendo por el art. 92 de la Constitución, el inciso 3 dispone que: “El Estado y las entidades seccionales autónomas responderán

civilmente por los daños y perjuicios causados a los habitantes, por su negligencia y descuido en la atención de los servicios públicos que estén a su cargo y por la carencia de servicios que hayan sido pagados”.

Como vemos, una vez más se recalca en el hecho de que el Estado tiene la calidad de proveedor cuando presta servicios públicos.

Cuando la Constitución hace referencia a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en particular el de la Salud, se hace énfasis en la posibilidad de acceso permanente e ininterrumpido a servicios de salud, conforme a los principios de calidad y eficiencia.

Los consumidores están al final de la cadena productiva, por tanto era importante nombrarlo cuando la Carta Política abordaba el tema de los principios generales que deben guiar al sistema económico del país.

Por esta razón, el artículo 244 numeral 8 establece que dentro del sistema económico social de mercado al Estado le corresponde: “Proteger los derechos de los consumidores, sancionar la información fraudulenta, la publicidad engañosa, adulteración de los productos, la alteración de pesos y medidas, y el incumplimiento de las normas de calidad”.

Esta inclusión revierte el criterio según el cual el sistema económico está conformado únicamente por los sectores productivos, dejándose de lado a los consumidores.

Al concluir este análisis, es importante resaltar el paso adelante que se ha dado en la defensa a los consumidores mediante la promulgación de la Constitución.

La base está por tanto dada, ahora hace falta adecuar el resto de la legislación a los mandatos constitucionales, ya que como hemos visto existen algunas incongruencias y vacíos legales en la actual Ley de Defensa del Consumidor.

El reto de las organizaciones de consumidores ecuatorianas es ahora lograr estas reformas a fin de que la Carta Suprema del Estado no sea un simple enunciado”.¹²⁷

10.7 LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

“No es casualidad que este movimiento tenga origen en los Estados Unidos de América. En este país se arraiga, en efecto, antes que en otros, y en las formas más intensas, el capitalismo monopolista y oligopolista. A inicios de los años sesenta el consumerismo hunde sus raíces como movimiento de información, de contraste, de concertación, teniendo como interlocutores a los productores de bienes y de servicios, los protagonistas del sector publicitario, los distribuidores de bienes y servicios sobre los mercados.

En el curso de este siglo el mundo económico – comercial de los Estados Unidos ha sido sacudido tres veces por la explosión de un movimiento de los consumidores: a inicios del primer decenio del siglo XX, hacia la mitad de los años treinta y hacia la mitad de los años sesenta. Las primeras dos de estas manifestaciones explosivas se aplacaron

¹²⁷ CHAMORRO, Carolina e TROYA, María Jose. *Protección constitucional de los consumidores en Ecuador*. Ambito jurídico, marzo, 1999 (Internet). <http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dconsu0013.html> – 16 de Agosto del 2005.

rápidamente. Los observadores económicos, los críticos sociales y de marketing tienen opiniones discordantes respecto a la posible duración y consistencia del último de estos fenómenos sociales. Aquellos que piensan que el movimiento actual presenta las características de una moda pasajera se remiten al ejemplo de los dos que la han precedido, y sostienen también que esto terminará rápidamente con su disolución. Los otros sostienen con el mismo vigor que las cuestiones que han dado origen al último movimiento son tan diferentes por naturaleza e importancia de aquellas del pasado que el actual **consumerism**, es decir, “consumerismo”, podría muy bien adquirir su definitiva estabilidad.

En retrospectiva, es interesante relevar que el primer movimiento de los consumidores fue provocado por factores como el aumento de los precios, los escritos polémicos de Upton Sinclair y los escándalos relacionados con las sustancias farmacéuticas. Ello culminó con la aprobación del *Pure Food and Drug Act* (Ley sobre la pureza de las sustancias alimenticias y farmacéuticas) de 1906, del *Meat Inspection Act* (Ley sobre la inspección de las carnes) del mismo año, y con la creación de la *Federal Trade Comisión* (Comisión Federal para el Comercio) de 1914. La segunda protesta de los consumidores hacia la mitad de los años treinta del siglo XX fue provocada por factores como un incremento brusco de los precios al consumo en la plenitud de la depresión económica, el escándalo de la sulfanilamida y la huelga de las amas de casa de Detroit, que estableció un ejemplo después largamente imitado. Culminó con el reforzamiento del *Pure Food and Drug Act* y con la ampliación de los poderes normativos de la Comisión Federal para el Comercio para combatir las actividades y las prácticas ilícitas o fraudulentas.

El tercer movimiento, actual, es el resultado de una compleja convergencia de circunstancias; una de las más importantes es el contraste que se ha creado entre la práctica habitual del comercio y los intereses a largo término de los consumidores. Los orígenes del movimiento de los consumidores en su forma actual se remontan variadamente a Ralph Nader, al escándalo de la talidomida, al aumento de los precios, a la acción de los *mass media*.

El derecho de consumo y su instrumentación con fines políticos parece ser una preocupación constante de quienes detentan el poder, de esto dan fe los “mensajes” que varios jefes de Estado (primero John Kennedy) y Lyndon Jonson y, más tarde, Giscard d ‘ Estaing) dirigen al público de los electores, erigiéndose en defensa del consumidor.

El “derecho de ser informados” propuesto por el Presidente John F. Kennedy en la directiva formulada en marzo de 1962 por el Consejo de Consulta de los Consumidores, ha suministrado el punto de partida para muchas batallas combatidas en nombre del interés de los consumidores. Las cuestiones debatidas comprenden, por ejemplo, el derecho de conocer el verdadero costo de los intereses sobre un crédito (verdad en las operaciones crediticias), el verdadero costo por unidad estándar de productos de diferentes marcas en competencia (precio unitario), los ingredientes fundamentales de un producto (indicación de la composición), las cualidades nutrientes de los productos alimenticios (indicación del valor nutritivo, la frescura de los productos (indicación de la fecha de elaboración), entre otros.

Las propuestas concernientes a las consideraciones relacionadas a la calidad de vida comprenden una reglamentación de los ingredientes que

entran en la composición de algunos productos (detergentes, bencina) y la elaboración (envases de las bebidas no alcohólicas), reduciendo las proporciones de la publicidad y del “estruendo” promocional, y estableciendo una forma de representación de los consumidores en el seno de los órganos directivos de las sociedades productoras a fin de que el interés de los consumidores sea tomado en cuenta en los procesos de decisión de las haciendas” .¹²⁸

10.8 LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR EN ITALIA

“En los años sesenta y sobre todo en los años setenta del siglo pasado, el movimiento de los consumidores se extiende también en Europa Continental, surgen asociaciones privadas, a veces solicitadas por los mismos organismos gubernativos; se imprimen revistas, opúsculos, artículos en defensa de los consumidores, aparecen las primeras transmisiones radiofónicas y televisivas dedicadas a la información y a la educación de los consumidores; se multiplican los congresos, las mesas redondas, las discusiones sobre la “ posición “ del consumidor y sobre sus derechos; finalmente, organismos administrativos a favor de los consumidores en Francia, Inglaterra, Suecia, Holanda. En este período, la única excepción es Italia, donde nacen algunas asociaciones con intentos valientes aunque con escasos medios (la Unión nacional de consumidores; el Comité de defensa de los consumidores; el Movimiento de los consumidores; la Feder- consumatori); la literatura económica más bien,

¹²⁸ ALPA, Guido. Derecho del Consumidor. (Il Diritto di Consumatori)- Traducido por Juan Espinoza Espinoza. Lima, Perú, Editorial Gaceta Jurídica, 2004, pp. 22-25.

está contenida, la opinión pública aún escasamente sensible a los problemas del consumo.

Sin embargo, es claro ahora que el consumo no es más un hecho privado, sino un hecho público, la tutela de los derechos del consumidor no es más preocupación de pocos, sino se está tornando una exigencia generalizada.

Antes, ha nacido una verdadera y propia "industria" del *consumerism*.

Cerca a las instrumentaciones políticas, existen aquellas exquisitamente económicas. Las empresas, a través de los estudios de marketing, pueden conocer mejor los gustos de los consumidores y adecuar a ellos su producción: el *consumerism* en efecto "favorece el marketing", "eleva la ganancia", se presta a "ser orientado".

Los consumidores se tornan objeto de atención no sólo por parte de las instituciones sino también por parte de los estudiosos de economía, de sociología y finalmente de derecho. Se introducen las primeras leyes que, para particulares sectores, con intervenciones específicas, se preocupan de tutelar a los consumidores de los fraudes y de la publicidad engañosa. Toma fuerza aquel fenómeno, que permanecerá constante y se repetirá en todas las experiencias, de las intervenciones fragmentadas, pero también variadas respuestas de los singulares ordenamientos a las instancias de protección".¹²⁹

Por consiguiente, se abre el problema, para los países que se adhieren a la Comunidad Económica Europea, de asegurar por un lado

¹²⁹ T. WILHELMSSON, Private Law in the EU: Harmonised or Fragmented Europeanisation?. E " European Review of Private Law", 2002, p. 77 y siguientes.

tratamientos equivalentes de los empresarios, que consideran las intervenciones legislativas en los diferentes sectores como un obstáculo a su libre acción, por el otro lado, tratamientos equivalentes a los consumidores, que son tutelados de manera defectuosa según la sensibilidad de los diferentes legisladores nacionales.

La Comunidad interviene con el fin de asegurar la armonización de las reglas del “mercado interno”: el documento base, del que se hablará dentro de poco, está constituido por la resolución de 1975 sobre los derechos y los intereses de los consumidores (C 92/1). Armonización no quiere decir uniformidad, sino solo afinidad, semejanza, proximidad, según un grado de convergencia que varía de momento a momento y de intervención a intervención.

Desde el punto de vista de la organización jurídica surgen los primeros centros universitarios de estudio sobre los derechos de los consumidores, los cuales, paulatinamente, contribuyen a formar una verdadera y propia rama del Derecho, que interseca el Derecho Civil, el Derecho Comercial, el Derecho Administrativo, el Derecho Penal, en Montpellier, París, Lovaina, Liverpool, Bremen, Oxford y después en Génova, Milano, Bologna, Roma y Bari.

Las fases de constitución y la evolución del fenómeno asociativo en Europa se pueden apreciar fácilmente.

- a) En 1973 la Comisión de la Comunidad europea instituye un organismo consultivo sobre los problemas del consumo, denominándolo Comité consultivo de los consumidores, tal Comité expresa dictámenes en orden a la armonización de las disciplinas del sector, y promueve un

intercambio conspicuo de informaciones y de experiencias entre los países miembros de la Comunidad.

- b) En 1989 el Comité asume la denominación de Consejo, y se compone por treinta y tres miembros, elegidos por un trienio; del Consejo forman parte las asociaciones de consumidores, como la BEUC (Bureau Européen des Consommateurs), la COFACE (Comité de las Organizaciones Familiares de la Comunidad Europea), la EUROCCOP (Confederación de las Cooperativas de los Consumidores), la ETUC (European tRAde Unions Confederation) así como expertos de materias jurídicas, económicas y sociales; el Consejo a través del Servicio político de los consumidores expresa orientaciones, establecido por la Comisión de la Comunidad.

El derecho comunitario – basado sobre la política de los consumidores, del cual se hablará – constituye para nuestra experiencia el impulso más fuerte para la introducción de nuevas leyes y para la difusión de los estudios de la materia. También las asociaciones – siempre a partir de los años setenta del siglo pasado – comienzan a asumir un rol importante tanto a nivel institucional como para la promoción de los derechos y de los intereses de los consumidores.

En Italia el asociacionismo en el sector es fenómeno más bien reciente.

Sin embargo, hoy las asociaciones de consumidores se han vuelto más sólidas y más determinadas. Entre las siglas más relevantes se encuentran la Acu, la Adiconsum, la Adoc, la Adu'c, la Adusbef, la Assouteni, el Centro de tutela de los consumidores usuarios, Citadinanzativa, la Codacons, el Comité de consumidores altroconsumo, la

Confeconsumatori, la Federconsumatori, la Liga de consumidores, el Movimiento de consumidores, el Movimiento de defensa del ciudadano, el Teléfono azul, la Unión nacional de consumidores.

Un nuevo impulso a la inserción institucional de las asociaciones italianas está desde ahora por la ley sobre los “derechos fundamentales” de los consumidores y de los usuarios, aprobada el 2 de julio de 1998, objeto de análisis detallado en los próximos capítulos.

Una particularidad que caracteriza la experiencia italiana, a diferencia de otras, está dada por el *movimiento cooperativo*, que ya a partir de los ochocientos (para la cooperación del trabajo y en materia bancaria) y después para todo el novecientos se preocupa de tutelar los intereses de los consumidores involucrándolos en el mundo de la producción y de la distribución, con las *cooperativas de consumo*. Por consiguiente, aquí el consumidor protagonista, actor porque se sustituye el productor y al distribuidor con intentos solidarios, asumiendo un doble rol, del sujeto que crea y del sujeto que consume, pudiendo incluir los precios y controlando la calidad de los bienes y servicios.

“El derecho de los consumidores en Italia, está constituido por fuentes de diversa naturaleza, el sector del consumo da lugar a un verdadero y propio corpus normativo, agregando instituciones, singulares disciplinas, problemáticas que se puedan referir a los consumidores, a la relación de consumo, entre otros.

Por simplicidad, se puede describir este corpus según criterios formales, estos es, en función de la naturaleza jurídica de las fuentes de las cuales son producidas las reglas que lo componen.

10.8.1 Las fuentes del derecho de los consumidores

Se señala que no es correcto distinguir las fuentes de un sector de las fuentes generales del ordenamiento, atendiendo a su carácter unitario. Todavía se puede precisar cuál fuente del ordenamiento tenga, en su estado, mayor espacio, respecto a otras, en la materia que nos ocupa. Los dos factores que componen el derecho de los consumidores están constituidos por el derecho interno y por el derecho comunitario.

El *derecho comunitario* ha sido el verdadero motor para la realización de un derecho de los consumidores en los ordenamientos nacionales en los cuales tal rama no era desarrollada o se encontraba aún en los albores. Para Italia ha sido determinante, incluso se puede decir sin énfasis que solo la adhesión de Italia al mercado común ha permitido impulsar esta rama del Derecho. Las anticipaciones, las propuestas, las indicaciones, pero también las críticas y las protestas por la inercia del legislador y la miopía, entonces propia, de la magistratura, han sido obra de la doctrina. La cultura jurídica ha procedido ampliamente todo otro tipo de elaboración. La doctrina había tomado las señales provenientes de las experiencias más evolucionadas, y por vía de comparación o trayendo de las fuentes internas alcances y orientaciones, había ya encaminado –antes que las directivas comunitarias normen la adecuación. un tentativo de modernización del ordenamiento interno. Se ha tratado de un tentativo vano: en 1978, cuando aparece que los tipos de Il Mulino, la primera edición de esta obra con el título *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa*, se pensaba que la

categoría de los consumidores perteneciese esencialmente al terreno sociológico y no fuese digna de elaboración jurídica.

10.8.1.1.- La Constitución.- En el lenguaje de los Constituyentes las categorías económicas contempladas reflejan la teoría clásica del mercado, sin particular consideración de la libertad de competencia y sin consideración de la dimensión del consumo. Se introducen en la Constitución la terminología y las nociones típicas de una cultura más bien anticuada, se habla en efecto de iniciativa económica, de trabajo y, obviamente de propiedad, de sucesiones, de servicios públicos esenciales, de monopolio, entre otros; no se habla de consumo ni de consumidores. El rol de consumidor se puede construir teniendo en cuenta las disposiciones que se refieren a la persona; la tutela de los consumidores como tutela de la persona (art. 2, Constitución), por consiguiente, deviene un límite interno a la iniciativa económica privada, que no debe ofender la dignidad, la seguridad y la salud de la persona, y debe conformarse a la utilidad social (art. 41, segundo párrafo, Constitución).

10.8.1.2.- La ley ordinaria y los actos a esta equiparados.- Muchas son las disposiciones del Código Civil Italiano que tratan materias que interesan a los consumidores, pero ahora – se precisará posteriormente – también los consumidores en cuanto tales resalen en el vocabulario de las disposiciones del código que dan actuación a directivas comunitarias. Numerosas son las leyes especiales que, siempre en actuación de directivas comunitarias, se preocupan de tutelar los derechos y los intereses de los

consumidores en los diferentes momentos en los que se puede descomponer la relación entre el consumidor y el “proveedor” (término con el cual se alude en el derecho comunitario y en el derecho de actuación al empresario y al libre profesional). Y relevantes, para la rama examinada, son entre otras la disciplina de la competencia, orgánicamente introducida con la ley N° 287 del 10 de Octubre de 1990, la disciplina de reordenamiento de las Cámaras de Comercio (Ley N° 580 del 29 de diciembre de 1993), la reforma del comercio (decreto legislativo N° 114 del 31 de marzo de 1998).

10.8.1.3.- Las leyes regionales.- Una fuente difundida y conspicua de disciplina, es dada por las leyes regionales, que, interpretando de manera extensiva la expresión “ferias y mercados” al cual se refiere el artículo 117 de la Constitución, en la originaria formulación, donde se señalaban las funciones legislativas a las Regiones por materia, han dispuesto disciplinar relaciones de consumo. En realidad, más allá de las enunciaciones de principio, que pueden también considerarse actos optativos, o enunciación de “derechos” que no recibieron después concreta tutela a nivel regional y, por consiguiente, no serían accionables, las diversas disciplinas consideran:

- a) El financiamiento de asociaciones y de actividades a tutela de los consumidores, y, esto es, su información, la educación, etc.
- b) La institución de organismos regionales de naturaleza consultiva en las materias concerniente a los consumidores.

La situación, ahora ha cambiado. La ley constitucional N° 3 del 2001 ha reformulado la relación entre poderes legislativos del Estado y de

las Regiones. No menciona el derecho de los consumidores de manera que en su casi totalidad este conjunto de materias pertenece al *ordenamiento civil*, cuya disciplina está reservada al Estado. Sin embargo, la expresión “ordenamiento civil” es ambigua, como por lo demás aquella de “derecho privado”. En una sentencia de la Corte institucional, redactada por Luigi Mengoni, se aclara que las Regiones pueden tener competencia legislativa en las materias del derecho privado que no inciden sobre las instituciones fundamentales; por ejemplo, para la propiedad, los modos de adquisición y extinción y los modos de verificación, las obligaciones, la responsabilidad civil y, obviamente, los sujetos y la familia. Esta orientación, retomada por otras sentencias de la Corte (ver por ejemplo, Corte constitucional N° 506 del 30 de diciembre de 1991 y N° 82 del 1 de abril de 1998) es compartida por la doctrina privada más atenta a esta temática. Por consiguiente, es probable que el derecho de los consumidores sea rediseñado a nivel regional, y ya que también las Regiones pueden actuar directivas comunitarias, será paulatinamente necesario entender a qué nivel se deba afirmar la actuación de las directivas, qué opciones puedan ser ejercitadas y qué diferenciaciones se puedan permitir entre las distintas disposiciones.

10.8.1.4.- Municipalidades y provincias.- La actividad administrativa en este último período, ha sido intensa: en las Municipalidades y en las Provincias se han establecido oficinas para la tutela del consumidor, usualmente para la información y la educación, o bien para los controles de la policía municipal. De

manera que se puede individualizar una sub-rama de la materia recogida en el derecho administrativo del consumo.

10.8.1.5.- Disposiciones de las autoridades administrativas independientes.- También las Autoridades independientes como la Antitrust, el ISVAP, la CONSOB (Comisión de control sobre las sociedades y la bolsa), la Autoridad de los servicios de utilidad pública, el Garante de los datos personales, la Autoridad de vigilancia sobre las telecomunicaciones tienen poder normativo sub - primario, y adoptan disposiciones que se refieren a la tutela de los intereses de los consumidores en los sectores de su competencia.”

130

10.8.1.6.- La tutela del consumidor en Italia.- A inicios de los años setenta del siglo pasado los juristas han comenzado a interrogarse sobre la razón del surgimiento, en el mundo del derecho, de los intereses de los consumidores. No siempre la interrogante era enfrentada de manera directa y global, antes se subsumía a la discusión crítica del “estado de derecho” en la fase del *welfare State*, y a menudo serpenteaba de manera poco perceptible en los análisis dirigidos a la promoción de un derecho “pluralista”, otras veces en la protección de intereses “débiles”, otras veces aun en la organización jurídica de la protección del individuo entendido en su concepción más lata y garantizadora, en su término, caracterizada por el uso del término persona. Las respuestas han sido de las más variadas, tanto por los contenidos, como por su procedencia cultural y política de

¹³⁰ ALPA, Guido. Op. Cit. pp. 28-33.

quien las había formulado, de manera que es indiferente, a nuestros fines, individualizar a los autores, siendo bastante más productivo razonar sobre su plausibilidad:

- a) Quien ha considerado este *trend* como el resultado de una nueva repartición en clases sociales adecuada a la nueva realidad social.
- b) Quien, en cambio, ha visto una fragmentación perniciosa de la persona.
- c) O de los intereses protegidos por el ordenamiento.
- d) Quien ha descubierto la expresión del “rostro humano” del capitalismo maduro.
- e) Quien, imita, el resultado de las convergentes directivas normativas provenientes de fuentes formales diversificadas.

Obviamente, la interrogante implica una exigencia: aquella, real y crítica, de preguntarse la razón de la tutela, desde el momento que su traducción en norma es hoy un hecho descontado.

Como sucede a menudo, las respuestas arriba sintéticamente señaladas reproducen fragmentos de soluciones razonables. Desde la edad de los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados en la época revolucionaria francesa, se ha pasado a la edad de las reivindicaciones económicas y sociales, y después a la edad de los derechos civiles. Hoy, en una sociedad pluralista en la que los derechos civiles están en fase de expansión, y los derechos de los trabajadores adecuadamente garantizados, uno de los límites que se pueden añadir al gobierno de la sociedad por parte de las reglas del mercado es aquel constituido por la tutela de los intereses

de los destinatarios de los productos y servicios. Por consiguiente, no es una instancia hedonística aquella que sostiene el andamiaje de los derechos de los consumidores, cuando más bien la coordinación y la adaptación de intereses en conflicto y, por lo tanto, susceptibles de mediación. Esta última no se puede obtener de manera, por así decir, natural dejando liberar y prosperar solamente las fuerzas económicas del mercado, porque los portadores de aquellos intereses están en una situación objetiva diversificada, con una desigual distribución del poder, de manera que una de las tareas de las instituciones (desde las comunitarias hasta las estatales e infla – estatales), consiste precisamente en introducir reglas de equilibrios de los intereses en juego. Las reglas en su momento adecuan el “peso” de los diversos intereses, teniendo en cuenta los diferentes sectores.

Aún se ha subrayado recientemente cómo no sea correcto equiparar la posición del consumidor a la del trabajador subordinado, y , por lo tanto, sobrecargar el término “consumidor” de todos los ideales, las problemáticas y también la historia que caracteriza las relaciones económicas, sociales y jurídicas entre dador de trabajo y dependiente. Es evidente que las dos dimensiones puedan también alinearse o sumarse en la misma persona, pero ello no implica que se deba razonar sobre o peor se deban proponer intervenciones normativas tendientes a tratar a los consumidores en su misma proporción. Al concluir la presentación de un volumen que recoge diversas intervenciones de la materia, Stefano Rodotà, precisamente partiendo de este punto, ha subrayado que el sentido de la tutela del

consumidor es propio de la lógica patrimonialista, y sería, por consiguiente, un error enfatizarle los aspectos no patrimoniales”¹³¹

En todos los países de la Unión Europea se han multiplicado las intervenciones y los estudios sobre la tutela del consumidor. En los últimos años se cuentan en millares las contribuciones doctrinales, como testimonia el compendio bibliográfico en dos volúmenes cuidado por Anne Christine Lacoste y Fracoise Maniet, de la Universidad de Louvain – La Neuve (1977). No es posible hacer mención de la impresionante literatura estadounidense, que se podría recoger en decenas de volúmenes. Ahora también la literatura italiana se debe incluir entre las más ricas de las contribuciones sobre la materia.

Las interrogantes sobre las razones que sostienen la política y las intervenciones comunitarias dirigidas a la tutela del consumidor, así como la legislación y la jurisprudencia de los Estados miembros de la Unión se han renovado en el momento en el que las definiciones legislativas de consumidor han ingresado en los códigos civiles. En particular, Hans Micklitz ha subrayado cómo en las definiciones comunitarias se insista sobre el propósito por el cual la persona física actúa, vale decir, dentro o fuera de su actividad económica. Pero también ha puesto en evidencia dos diferentes líneas (o concepciones) de la intervención: una presupone que el consumidor sea “ sujeto débil “ – en sí y por sí – respecto a su contraparte, el “ profesional” ; la otra lo considera como “ parte en desventaja” la cual

¹³¹ RODOTÀ, Stefano. Conclusión. En: Tendenze evolutivi nella tutela del consumatore. Nàpoli, Italia, 1998. P. 189.

debe recibir una acabada y transparente información para poder efectuar sus elecciones en el ámbito de su autonomía privada. De manera de que la primera línea asume valores y tareas de naturaleza social, la otras permanece dentro de los confines de la libertad negocial, por su naturaleza individualista.

Actualmente se puede decir que la noción de consumidor ha asumido los contornos de una fórmula neutra, privada de aquellas características ideológicas que en los años setenta del siglo pasado habían apasionados a los estudiosos, preocupado a los defensores del libre mercado, inquietado a los parsimoniosos legisladores. Si se debiese acoger la definición que evidencia los aspectos sociales del derecho privado, deberemos fragmentar la noción en otros aspectos vinculados con la edad (el consumidor que es menor de edad necesita de tuteladas mas fuertes y aguerridas que aquellas circunscritas a la información, el consumidor anciano es menos sensible a la información y está más expuesto a los halagos de la publicidad o de las ventas agresivas), con el sexo (la mujer consumidora expresa exigencias diferentes respecto a aquellas del hombre consumidor), con las condiciones económicas y sociales (los consumidores menos pudientes están propensos a adquirir productos poco seguros porque son menos costosos y menos instruidos para poder reaccionar a los halagos de los mensajes). Estas son situaciones que también el legislador nacional puede tomar en consideración. Pero constituye ya un enorme progreso el haber reformulado las categorías civilistas introduciendo la fórmula neutra: sus efectos son tales que del derecho del consumo poco a

poco algunos principios, como la transparencia, la información, la competencia leal se han apartado del derecho privado general, perneando en sí todo el ordenamiento.

Se puede coincidir con Francesco Galgano el cual, al considerar “el rostro jurídico de la globalización” ha puesto en evidencia cómo hoy a la autonomía privada se le han abierto “fronteras en el pasado insuperables”. Esto porque “el contrato entre privados toma el puesto de la ley en muchos sectores de la vida social. Se impulsa hasta sustituirse a los poderes públicos en la protección de intereses generales, propios de toda la colectividad, como el interés de los consumidores, que los mecanismos de autodisciplina defienden contra los engaños publicitarios”, interés tutelado contractualmente también en el sector del mercado financiero”.¹³²

10.9 EL DERECHO DEL CONSUMIDOR EN INGLATERRA

Los consumidores han sido siempre, y además inevitablemente, desorganizados, y relativamente inertes. Los productores y los revendedores, cumpliendo cada semana muchísimas operaciones económicas, todas idénticas entre sí, pueden adquirir una notable experiencia, tanto técnica como jurídica. A menudo ellos mismos son expertos del ramo de los negocios que tratan. Todo negocio concluido por el consumidor, por el contrario, aparece en forma de una operación económica aislada. Es bastante extraño que solo recientemente se

¹³² GALGANO, Francesco. Prefazione, en *Il contratto telematico*, a cura de V. Ricciuto y N. Zorzi, en *Tratatto di dir. Comm e di dir. pubbl. dell'economía*. Vol. XXVII, Papua, Italia. 2002. P. XV.

promuevan tentativas para asociar a los consumidores entre sí y para poner conjuntamente sus iniciativas y su experiencia.

En 1955 la *British Standard Institution* estableció un *Consumer Advisory Council* (que fue suprimido cuando se estableció el *Consumer Council* gubernativo) para asegurar también a los consumidores la posibilidad de expresarse sobre materias que hasta entonces habían sido reservadas exclusivamente a los comerciantes y a los productores. Ya en 1957, siguiendo el modelo norteamericano, se iniciaron las publicaciones de la *Shopper's Guide*, que, por primera vez en este país, proporcionaba a los consumidores informaciones críticas sobre los diversos productos, comparándolos entre sí mediante tests rigurosamente aprobados. Y después inició sus publicaciones *Which?*, bajo cuidado de la *Consumer's Association*. Este periódico, a pesar de que podía ser disfrutado solamente por los abonados, obtiene un estrepitoso suceso y hoy es difundido mensualmente, entre más de seiscientos mil miembros. De 1957 a 1962 la *Shopper's Guide*, que después cesó sus publicaciones en 1963, ofrecía también a los lectores un "servicio de reclamos" para obtener un resarcimiento.

En sus nuevas formas organizativas los consumidores se han convertido ahora en una fuerza de la cual productores y minoristas deben tener en cuenta, y muchos productores han seguido las críticas aparecidas en las revistas y han modificado sus productos. El desarrollo más reciente del movimiento ve ahora la formación de grupos locales de consumidores difundidos en diversas partes de este país, que realizan pruebas sobre los servicios y sobre los productos vendidos en la zona.

Este extraordinario suceso del movimiento de los consumidores ha tenido un notable peso sobre la opinión pública. Y todos a uno los partidos políticos han proyectado programas de reforma favorables a los consumidores, y en los años recientes tanto gobiernos conservadores como gobiernos laboristas han introducido medidas de reforma, que se han traducido en diversas disposiciones legislativas.

10.10 EL DERECHO DEL CONSUMIDOR EN PARAGUAY

Luego de un grave retraso que implicó el veto presidencial a un proyecto aprobado por el Poder Legislativo en el año 1993, demoró cinco años en aprobar la ley N° 1.334 de defensa del consumidor, donde claramente ha tomado como fuente la ley modelo de CIROLAC, las conclusiones del CT N° 7, y la legislación de Brasil y Argentina.

La Ley Paraguaya de defensa de los Consumidores y Usuarios, establece en su artículo 4 que se entenderá por consumidor y usuario:

“A toda persona física o jurídica nacional o extranjera que adquiera, utilice o disfrute como destinatario final de bienes o servicios de cualquier naturaleza”.

10.11 EL DERECHO DEL CONSUMIDOR EN URUGUAY

Uruguay, fue el último país de la región en aprobar una ley de protección del consumidor (setiembre 1999), a la cual llamativamente denominaron Ley N° 17.189 de Relaciones de Consumo rompiendo con una práctica casi uniforme de acentuar la protección del consumidor en el título mismo de la ley, no obstante dicha ley fue luego derogada por la N° 17.250 (Agosto 2000), titulada de Defensa del Consumidor.

La Ley de Defensa del consumidor, establece en su artículo 2° que es consumidor:

“Toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final en una relación de consumo o en función de ella.

No se considera consumidor o usuario a aquel que, sin constituirse en destinatario final, adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación o comercialización”

11. OBJETIVOS

11.1 Objetivo General

Analizar que la Conciliación utilizada por la Comisión de Protección al Consumidor y el Tribunal de la Competencia del INDECOPI, es un medio alternativo eficaz en la resolución de controversias entre proveedores y consumidores.

11.2 Objetivos Específicos

- a) Determinar si la Comisión de Protección al Consumidor del **INDECOPI**, a través de los medios alternativos de resolución de controversias, especialmente la **CONCILIACIÓN**, protege los derechos de los consumidores, resarciendo los daños por los actos arbitrarios de los proveedores, protegiendo sus derechos.
- b) Comprobar que la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI, es eficaz, protegiendo los derechos de los

consumidores, resarcido los daños, por los actos arbitrarios de los proveedores, protegiendo sus derechos.

- c) Analizar que la conciliación utilizado por la Comisión de Protección del INDECOPI resulta ser más eficaz que el empleado por el Tribunal de la Competencia del INDECOPI, para resarcir el daño causado por los actos arbitrarios de los proveedores a los consumidores, protegiendo sus derechos.

12. MATERIAL Y MÉTODOS

12.1 MATERIAL DE ESTUDIO

- a) Tratados, libros, revistas, artículos, separatas y folletos sobre el Derecho del Consumidor, nacionales y extranjeros.
- b) Constitución Política del Perú, Código Civil, Código Procesal Civil.
- c) La Ley de Protección al Consumidor y legislación complementaria sobre el tema.

12.2 POBLACIÓN Y MUESTRA

12.2.1 Ámbito territorial

Año 1998 a 2007- Distrito y Provincia de Lima – Dpto. de Lima

12.2.2 Delimitación cuantitativa de la muestra

La muestra se ha determinado, mediante el método aleatorio simple.

Población N = Número de casos resueltos y ejecutados mediante la Conciliación, a través de la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI, en la Provincia de Lima, durante el año 1998.

$$N = N_1 + N_2$$

$N = N_1$: N° de casos.....Conciliación –Com.Prot.Cons.

N_2 : N° de casos..... Conciliación – Tribunal-Comp.

Muestra n:

$$N = \frac{Z^2 \alpha/2 P Q}{d^2}$$

$Z_{\alpha/2}$ = Ordenada de la distribución normal con una confianza del 95%.

$$Z_{\alpha/2} = 1.96$$

P = Porcentaje de casos resueltos y resarcidos del daño causado por los proveedores a los consumidores.

$P = 0.25$ (Obtenido con referencia de una muestra piloto)

$$Q = 0.75$$

D = margen de error = 0.05

$$N = \frac{(1,96) (0,25) (0,75)}{(0,05)} = 288.12 \cong 288$$

Que será repartido proporcionalmente a los casos de conciliación de la Comisión de Protección al Consumidor y también los casos de Conciliación del Tribunal de la Competencia del INDECOPI.

NOTA- Una vez conocido el tamaño poblacional (N) este tamaño de muestra se podrá corregir (reajustar) con la siguiente fórmula:

$$N_c = \frac{N}{1 + \frac{N}{N}}$$

Muestra: De acuerdo a nuestro Proyecto de Investigación, hemos recolectado datos directamente de la fuente, como es la Oficina del INDECOPI de la ciudad de Lima. Para el efecto hemos elaborado un modelo de ficha para vaciar los datos consignados en los expedientes y en especial, las actas de conciliación de la Comisión de Protección del Consumidor y del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

Nuestro universo muestral, comprende el análisis de expedientes tramitados por Indecopi, tanto en la Comisión de Protección al Consumidor, como ante el Tribunal de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, que alcanza un total de 338 expedientes tramitados durante el año 1998, de los cuales 260 pertenecen a la Comisión de Protección al Consumidor y 78 al Tribunal de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, sobre todo las Actas de Conciliación, de acuerdo a nuestro problema e hipótesis, planteados.

También, para el marco teórico hemos recurrido a la técnica documental o bibliográfica, recurriendo directamente a las Bibliotecas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Nacional de Trujillo, entre otras, fichando y consultando libros y revistas, así como fotocopiando lo pertinente para el presente trabajo de investigación.

A los datos obtenidos con los diferentes instrumentos, tales como fichas de expedientes, etc., luego de clasificarlos, hemos asignado

una codificación que facilite el procedimiento posterior de su medición.

Para la medición, hemos recurrido al análisis estadístico.

12.3 MÉTODOS Y TÉCNICAS

La investigación a desarrollar corresponde fundamentalmente al tipo de investigación socio – jurídica, combinando la investigación jurídico formal con la investigación de campo, porque además del marco teórico (doctrina), legislación nacional y extranjera, se va analizar y revisar las actas de Conciliación de la Comisión de Protección al Consumidor y las del Tribunal de la Competencia, del INDECOPI.

12.3.1 Métodos Generales de Investigación

- a) Método Inductivo
- b) Método Deductivo
- c) Método Analítico
- d) Estadístico.
- e) Hermenéutico

a) **Método Inductivo**

Estamos utilizando este método, que se basa en hechos, en fenómenos particulares para tratar de lograr explicaciones o conocimientos generalizados. Partimos de lo singular, para llegar a lo general y según **ARIAS**, a este proceso se le llama también inferencia.

El método inductivo fue preconizado por Francisco **BACON**, en su **NOVUM ORGANON SCIENTIARUM**, que halló su teoría y práctica en la “mecánica” de Galileo. Para Bacon, la inducción constituía el procedimiento metódico que se emplea en la manipulación de los hechos. Es un procedimiento racional por el cual se ordenan los datos de la observación y experimentación.

En la inducción se requiere contar con un número suficiente de casos o fenómenos particulares, abstrayendo de ello los aspectos que son comunes. Eso es lo que estamos haciendo con los expedientes administrativos, que forman parte de nuestra muestra.

En la redacción de este informe, cuando hemos recolectado los datos (expedientes), hemos ido identificando las variables comunes en ellos, para establecer los grupos de expedientes por cada variable.

b) Método Deductivo

Este método en cambio, parte de hechos o fenómenos generales, para lograr explicaciones o conocimientos particulares, es decir, partimos de lo general, para llegar a lo particular. Este método sigue el camino inverso al inductivo que parte de observaciones particulares de la realidad para inferir leyes generales.

Este método nos ha servido en combinación con el método inductivo, para conocer casos particulares muy singulares, entre los expedientes que nos servido como población muestral.

c) Método Analítico

Estamos utilizando este método, para llegar a analizar la sistemática de los expedientes tramitados ante la Comisión de Protección al Consumidor y el Tribunal de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, estableciendo sus características.

d) Método Estadístico

Es un método cuantitativo y a través de él, llegaremos a cuantificar porcentualmente los procesos administrativos tramitados ante la Comisión de Protección al Consumidor y el Tribunal de la Competencia y de la Propiedad Intelectual y nos permitirá tabular, graficar e interpretar la información obtenida en el trabajo de campo.

e) Método Hermenéutico

Este método lo estamos utilizando para el análisis de la legislación sobre la materia, Constitución Política de 1993, especialmente, el Decreto Leg. No. 716, Ley de Protección al Consumidor, modificado por el TUO, D.S. N° 039-2000- ITINCI; el Decreto Leg. 807, Ley de Funciones del INDECOPI, Decreto Leg. No. 691, sobre Normas de Publicidad en Defensa del Consumidor, etc.

12.3.2 Técnicas

- a) **Documental.-** Se procedió al acopio de expedientes de la Comisión de Protección del Consumidor y del Tribunal de la Competencia, del INDECOPI, de Lima.
- b) **Técnica del Fichaje.-** Para la recopilación bibliográfica, utilizamos las fichas de investigación, como los textuales, resumen y comentario, en donde hemos podido plasmar valiosa información sobre nuestro tema de investigación.
- c) **Técnica de la Estadística.-** Esta técnica nos permitió el procesamiento de los datos y su ulterior presentación en cuadros estadísticos.

12.3.3.- Instrumentos

- Ficha de recopilación de datos de expedientes del INDECOPI.

2. RESULTADOS

Cuadro N° 01, Cuadro N° 02, Cuadro N° 03, Cuadro N° 04, Cuadro N° 05, Cuadro N° 06, Cuadro N° 07, Cuadro N° 08.

CUADRO N° 01

UNIVERSO MUESTRAL DE EXPEDIENTES TRAMITADOS POR INDECOPI

LIMA – 1998

INDECOPI	EXPEDIENTES				TOTAL	
	CONCILIADOS		NO CONCILIADOS			
COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR	104	40.0	156	60.0	260	100.0
	99.0	30.8	66.9	46.1	76.9	
TRIBUNAL DE LA COMPETENCIA	01	1.3	77	98.7	78	100.0
	1.0	0.3	33.1	22.8		23.1
TOTAL	105		233		338	
	100	31.1	100	68.9	100	

CUADRO 2
CONDICIÓN DE LOS EXPEDIENTES VISTOS POR LA COMISIÓN DE
PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

Comisión de protección al consumidor (variables)		Expediente				Totales	
		Conciliados		No conciliados			
1. Infracción del proveedor de responder por la calidad e idoneidad del servicio	Producto riesgoso			3	1.2	3	1.2
	Idoneidad del bien o servicio	93	35.8	67	25.8	160	61.6
2. Obligación de información		3	1.2	5	1.9	8	3.1
3. Prácticas coercitivas				1	0.4	1	0.4
4. Reclamos ante empresas de servicios públicos				1	0.4	1	0.4
5. Falsedad de la información		2	0.7	25	9.6	27	10.3
6. Metrología legal				11	4.2	11	4.2
7. Reclamo por objeto vendido (vehículo)		6	2.3	16	6.2	22	8.5
8. Inadmisibilidad de denuncia				10	3.8	10	3.8
9. Desestimiento				17	6.5	17	6.5
TOTAL		104	40.0	156	60.0	260	100

CUADRO 3
CONDICIÓN DE LOS EXPEDIENTES VISTOS POR EL TRIBUNAL DE LA
COMPETENCIA

Tribunal de la competencia (variables)		Expediente		Totales	
		Conciliados	No Conciliados		
1. Infracción del proveedor de responder por la calidad e idoneidad del servicio	Producto riesgoso		1 1.3	1 1.3	
	Idoneidad del bien o servicio	1 1.3	63 80.7	64 82.0	
2. Obligación de información					
3. Prácticas coercitivas					
4. Reclamos ante empresas de servicios públicos			1 1.3	1 1.3	
5. Falsedad de la información			2 2.6	2 2.6	
6. Metrología legal			1 1.3	1 1.3	
7. Reclamo por objeto vendido (vehículo)			9 11.5	9 11.5	
8. Inadmisibilidad de denuncia					
9. Desestimiento					
TOTAL		1 1.3	77 98.7	78 100	

CUADRO No. 04

**CONDICIÓN DE LOS EXPEDIENTES VISTOS POR LA COMISION DE
PROTECCION AL CONSUMIDOR SOBRE INFRACCION DEL PROVEEDOR
DE RESPONDER POR LA CALIDAD E IDONEIDAD DEL SERVICIO.**

Infracción del proveedor de responder por la calidad e idoneidad del servicio	EXPEDIENTES				TOTALES	
	CONCILIADOS		NO CONCILIADOS			
	No.	%	No.	%	No.	%
PRODUCTO RIESGOSO	00	00	3	1.8	3	1.8
IDONEIDAD DEL BIEN O SERVICIO	93	57.0	66	40.6	159	97.6
PROCESO DE OFICIO	00	00	01	0.6	01	0.6
T O T A L	93	57.1	70	42.9	163	100.0

NOTA: Dentro de este rubro de expedientes está el expediente N^o 151-97/C.P.C., con resolución de fecha 10 de diciembre de 1998, de la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI, siendo el denunciante la Comisión de Protección al Consumidor y los denunciados: Electro Atlantic S.A. (Yompián), Créditos Perú S.A. (Credipesa) y Banco Latino, la materia: IDONEIDAD DE SERVICIO, INFORMACIÓN ADECUADA Y PRÁCTICAS COMERCIALES COERCITIVAS.

La decisión final de la Comisión de Protección al Consumidor, es que declara Fundado el proceso iniciado de oficio contra Electro Atlantic S.A. (YOMPIÁN), Créditos del Perú S.A. (CREDIPESA), y el Banco Latino.

CUADRO No. 05

CONDICIÓN DE LOS EXPEDIENTES VISTOS POR LA COMISION DE

PROTECCION AL CONSUMIDOR

Comisión de protección al consumidor		EXPEDIENTES				TOTAL	
		CONCILIADOS		NO CONCILIADOS			
		No.	%	No.	%	No.	%
1. Infracción del proveedor de responder por la calidad e idoneidad del servicio	a. Producto riesgoso			3	1.2	3	1.2
	b. Idoneidad del bien o servicio	93	35.8	67	25.8	160	61.6
2. Obligación de información		3	1.2	5	1.9	8	3.10
3. Prácticas coercitivas				1	0.4	1	0.4
4. Reclamos ante empresas de servicios públicos				1	0.4	1	0.4
5. Falsedad de la información		2	0.7	25	9.6	27	10.3
6. Metrología legal				11	4.2	11	4.2
7. Reclamo por objeto vendido (vehículo)		6	2.3	16	6.2	22	8.5
8. Inadmisibilidad de denuncia				10	3.8	10	3.8
9. Desistimiento				17	6.5	17	6.5
T O T A L		104	40.0	156	60.0	260	100.0

CUADRO No. 06

**CONDICIÓN DE LOS EXPEDIENTES VISTOS POR EL TRIBUNAL DE LA
COMPETENCIA SOBRE INFRACCION DEL PROVEEDOR DE RESPONDER
POR LA CALIDAD E IDONEIDAD DEL SERVICIO**

Infracción del proveedor de responder por la calidad e idoneidad del servicio	EXPEDIENTES				TOTALES	
	CONCILIADOS		NO CONCILIADOS			
	No.	%	No.	%	No.	%
PRODUCTO RIESGOSO	00	00	1	1.5	1	1.5
IDONEIDAD DEL BIEN O SERVICIO	1	1.5	63	97.0	64	98.5
T O T A L	1	1.5	64	98.5	65	100.0

CUADRO No. 07

**CONDICIÓN DE LOS EXPEDIENTES VISTOS POR EL TRIBUNAL DE LA
COMPETENCIA**

Comisión de protección al consumidor		EXPEDIENTES				TOTAL	
		CONCILIADOS		NO CONCILIADOS			
		No.	%	No.	%		
1. Infracción del proveedor de responder por la calidad e idoneidad del servicio	a. Producto riesgoso			1	1.3	1	1.3
	b. Idoneidad del bien o servicio	1	1.3	63	80.7	64	82.0
2. Obligación de información							
3. Prácticas coercitivas							
4. Reclamos ante empresas de servicios públicos				1	1.3	1	1.3
5. Falsedad de la información				2	2.6	2	2.6
6. Metrología legal				1	1.3	1	1.3
7. Reclamo por objeto vendido (vehículo)				9	11.5	9	11.5
8. Inadmisibilidad de denuncia							
9. Desistimiento							
TOTAL		1	1.3	77	98.7	78	100.0

CUADRO N° 08

FORMAS DE CONCLUSIÓN DE PROCESOS EN EL AÑO 2007

Total de Expedientes-2007	2563
----------------------------------	-------------

	CANTIDAD	
ABANDONO	2	A R C H I V A D O S
ACUERDO EXTRAPROCESO	33	
<u>CONCILIACIÓN</u>	384	
CONCLUÍDO POR ODI	1	
DESISTIMIENTO	181	
FUNDADA	759	
IMPROCEDENTE	244	
INADMISIBLE	121	
INFUNDADA	358	
<u>TRÁMITE</u>	480	
	2563	

3. DISCUSIÓN DE RESULTADOS

CUADRO N° 01

En el **Cuadro No. 01**, se presenta el universo muestral de expedientes tramitados por INDECOPI, Lima – 1998, determinándose que en la Comisión de Protección al Consumidor se tramitaron 260 expedientes, de los cuales 104 fueron conciliados y la diferencia, de 156 expedientes, no conciliados y; en el Tribunal de la Competencia y la Propiedad Intelectual, se tramitaron 78 expedientes, de los cuales, 01 fue conciliado y la diferencia, 77 no conciliados. El total de expedientes conciliados fue de 105 y expedientes no conciliados, fue 233 expedientes, lo que hace un total general de 338 expedientes.

Este cuadro representa la generalidad de los 338 expedientes analizados tanto a nivel de la Comisión de Protección del Consumidor como del Tribunal de la Competencia y la Propiedad Intelectual.

Los temas en materia del consumidor son variados, por ello, a partir del cuadro 02 hasta el cuadro 07, vamos analizar un caso conciliado y otro no conciliado, para demostrar nuestra hipótesis, en el sentido de que las resoluciones en materia de conciliación de la Comisión de Protección al Consumidor, tienen carácter vinculante y definitivo.

CUADRO N° 02

En el **Cuadro No. 02**, se presenta la condición de los expedientes vistos por la Comisión de Protección al Consumidor, así tenemos:

La mayor frecuencia absoluta de expedientes (160), tramitados se presentaron por infracción del proveedor de responder por la calidad e idoneidad del servicio , de los cuales 93 expedientes fueron conciliados y no conciliados, 67 expedientes; le sigue en frecuencia absoluta de expedientes, (27) tramitados, que se presentaron por falsedad de la información, de los cuales, 02 expedientes fueron conciliados y 25 expedientes no conciliados, y en tercer lugar, sigue el aspecto de reclamo por objeto vendido (vehículo), con 06 expedientes conciliados y 16 expedientes no conciliados. El total de expedientes conciliados por la Comisión de Protección al Consumidor, fue de 104 y 156 expedientes, fueron no conciliados.

CASO CONCILIADO: COMERCIALIZACIÓN DE AUTOMÓVILES.**Expediente N° 0100-98-CPC.(INDECOPI)**

Denunciante: José Carlos Dextre Chacón

Denunciado : Hyundai Perú Automotriz S.A.

Materia : Cumplimiento de Acuerdo (Conciliación)

1.- HECHOS

El 11 de marzo de 1998, José Carlos Dextre Chacón denunció a Hyundai Perú Automotriz S.A., empresa dedicada a la comercialización de automóviles, por presunta infracción de normas contenidas en el Decreto Legislativo N° 716- Ley de Protección al Consumidor.

El 05 de Junio de 1998, la parte denunciada ofreció una fórmula conciliatoria, la cual fue aceptada por el denunciante a través de su escrito de fecha 15 de Junio de 1998.

Habiendo sido requeridas ambas partes por la Comisión de Protección al Consumidor para que se pronuncien sobre el cumplimiento del mencionado acuerdo, éstas informaron mediante los escritos de fechas 16 y 21 de octubre de 1998, que el mencionado acuerdo había sido cumplido.

2.- ANÁLISIS DEL CASO

Según el artículo 29 del Decreto Legislativo N° 807 (Ley Orgánica del INDECOPI), expresa que la Comisión podrá continuar de oficio el procedimiento, si del análisis de los hechos denunciados considera que podría estarse afectando intereses de terceros.

Si bien los acuerdos conciliatorios ponen fin al conflicto de intereses privado surgido entre las partes, el objeto de protección del Decreto Legislativo N° 716 está además fundado en el interés colectivo de los consumidores. Esto legitima a la Comisión para pronunciarse sobre el fondo de la materia discutida en un procedimiento, a pesar de mediar un acuerdo entre las partes, cuando se pueda estar afectando intereses de terceros consumidores.

Según el acta de la audiencia de conciliación celebrada el 05 de junio de 1998, y del escrito presentado el 15 de Junio de 1998, las partes llegaron a un acuerdo respecto de los hechos materia de denuncia, el mismo que, tal como lo manifestaran ambas partes, a la fecha ha sido cumplido.

Finalmente al no existir una afectación de intereses de terceros que amerite un pronunciamiento en tutela de los mismos, la Comisión de Protección al Consumidor decidió archivar el procedimiento.

CASO NO CONCILIADO: (Idoneidad del producto o servicio)**Expediente N° 044-98-CPC****DENUNCIANTE** : Adela Mercedes Valle Alejos**DENUNCIADO** : J.C. & CIA. WIE S.A.**MATERIA** : Incumplimiento de Acuerdo Conciliatorio**1.- HECHOS**

El 06 de febrero de 1998, la señora Adela Mercedes Valle Alejos interpuso una denuncia contra J.C.& Cía. WIE S.A. por presunta infracción al Decreto Legislativo N° 716- Ley de Protección al Consumidor.

Admitida a trámite la denuncia, se corrió traslado de la misma a J.C.& Cía. WIE S.A., la cual presentó sus descargos dentro del plazo de ley, luego la Secretaría Técnica de la Comisión citó a las partes a audiencia de conciliación, levantándose el acta respectiva. En dicha conciliación realizada el 08 de Junio de 1998, la denunciada se comprometió a devolver a la denunciante la suma de US\$ 1 429,00 (mil cuatrocientos veintinueve y 00/100 dólares americanos). Por su parte, la denunciante se comprometió a devolver los artefactos que adquirió de la empresa denunciada, esto es un televisor marca Panasonic, una refrigeradora marca National y una aspiradora marca Samsung. Las partes acordaron que la ejecución del acuerdo se realice en el domicilio de la denunciante el día 16 de junio de dicho año, contándose para su ejecución con la presencia de un representante de la Secretaría Técnica. Sin embargo, el día acordado el denunciado no se presentó razón por la cual se levantó el acta respectiva. Posteriormente, la Secretaría Técnica requirió al denunciado para que informe sobre el cumplimiento del acuerdo otorgándole un plazo de 48 horas. No obstante, transcurrido el plazo concedido el denunciado no cumplió con acreditar el cumplimiento del acuerdo celebrado con el denunciante.

2.- ANALISIS DEL CASO

El artículo 38 del Decreto Legislativo N^o 716 faculta a la Comisión para sancionar el incumplimiento de los acuerdos conciliatorios que pongan fin a la controversia suscitada entre los consumidores y proveedores. Según ha establecido la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi, esta norma persigue fomentar la conciliación por la vía de generar confianza en los consumidores de que existen mecanismos adecuados para conseguir el cumplimiento de los acuerdos.

En el expediente se observa que las partes celebraron un acuerdo conciliatorio el día 08 de Junio de 1998, mediante el cual J.C. & Cía. WIE S.A. se comprometió a entregar a la señora Valle el valor de la compra la cual ascendía a la suma de US\$ 1 429,00 (mil cuatrocientos veintinueve y 00/100 dólares americanos). Esta entrega debía realizarse, el día 16 de junio de 1998 en el domicilio de la señora Valle. Sin embargo, según el acta de verificación de acuerdo conciliatorio, la empresa denunciada no acudió al domicilio de la señora Valle, incumpliendo de este modo los términos del acuerdo. Aún más, la empresa denunciada no ha demostrado haber cumplido el acuerdo conciliatorio pese al requerimiento realizado por la Secretaría Técnica.

Por ello la Comisión de Protección al Consumidor decidió sancionar a la empresa J.C. & Cía. WIE S.A. con multa ascendente a 1.7 Unidades Impositivas Tributarias, cantidad que deberá ser abonada en la tesorería del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI.

CUADRO N° 03

En el **Cuadro No. 03**, se presenta la condición de los expedientes vistos por el Tribunal de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, así tenemos:

La mayor frecuencia absoluta de expedientes (64) tramitados, se presentaron por infracción del proveedor, de responder por la calidad e idoneidad del servicio, en el aspecto de idoneidad del bien o servicio, de los cuales 01 expediente fue conciliado y expedientes no conciliados fue de 63; le sigue en frecuencia absoluta de expedientes, (9) tramitados que se presentaron sobre reclamo por objeto vendido (vehículo), de los cuales el total (9) fueron no conciliados.

RESOLUCIÓN : 0003-1998-TDC-INDECOPI (Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual)

EXPEDIENTE : N° 040-1997-CPC

PROCEDENCIA : Comisión de la Protección al Consumidor

DENUNCIANTE : Edgardo Roberto López Díaz

DENUNCIADO : Cevatur Perú – Instituto de Altos Estudios Turísticos (CEVATUR)

MATERIA : Protección al Consumidor
Asimetría de la Información

ACTIVIDAD : Enseñanza Superior

1.- ANALISIS DEL CASO

El 27 de Enero de 1997, el señor López denunció a Cevatur ante la Comisión por presuntas infracciones al Decreto Legislativo N° 716, Ley de Protección al Consumidor. Admitida a trámite la denuncia y presentados los descargos correspondientes, se llevó a cabo una audiencia de conciliación, en la cual, sin embargo, no se celebró acuerdo alguno. Mediante Resolución N° 1 de fecha 2 de julio de 1997, la Comisión declaró fundada la denuncia interpuesta por el señor León contra Cevatur por infracciones a los artículos 5 incisos b y 15 de la Ley de

Protección al Consumidor, sancionando a dicho Instituto con una multa equivalente a dos (2) UIT. Dicha resolución fue apelada por Cevatur el 11 de agosto de 1997, por lo que el expediente fue elevado a esta Sala. Habiendo transcurrido el plazo para que el denunciante se pronuncie sobre el recurso de apelación, el expediente se encuentra expedito para ser resuelto.

2.- DECISIÓN DE LA SALA

La Sala resolvió confirmar la Resolución N^a 1, por la cual la Comisión de Protección al Consumidor declaró fundada la denuncia interpuesta por el señor Edgardo López Díaz contra Cevatur-Perú- Instituto de Altos Estudios Turísticos, por infracciones al inciso b del artículo 5 y al artículo 15 de la Ley de Protección al Consumidor, imponiéndole una multa de dos (2) UIT.

CUADRO N° 04

En el **Cuadro N° 04**, se presenta el universo muestral de expedientes tramitados por INDECOPI, Lima – 1998, determinándose que en la Comisión de Protección al Consumidor se tramitaron 163 expedientes, de los cuales, por producto riesgo son 03 expedientes y por idoneidad del bien o servicio corresponden 160 expedientes; de los 03 expedientes por producto riesgoso, no se conciliaron ninguno, por lo que son 03 expedientes no conciliados y de los 160 expedientes por idoneidad del bien o servicio, 93 expedientes fueron conciliados y 67 no conciliados., lo cual hace un total de 163 expedientes.

CASO CONCILIADO: (Idoneidad del bien o servicio)**EXPEDIENTE N° 472-97-CPC**

DENUNCIANTE : Héctor Aranzaens Valencia

DENUNCIADO : Banco Latino y Compumarket SRL

MATERIA : Idoneidad del servicio (**Conciliación**)

1.- HECHOS

El 17 de diciembre de 1997, Héctor Aranzaens Valencia denunció al Banco Latino y a Compumarket S.R.L., por presunta infracción a las normas contenidas en el Decreto Legislativo N° 716- Ley de Protección al Consumidor.

Admitida a trámite la denuncia, se corrió traslado de la misma a las empresas denunciadas, concediéndoles un plazo de 05 días para que la contesten. Transcurrido el plazo otorgado, las empresas denunciadas cumplieron con la presentación de sus descargos. Posteriormente, la Secretaría Técnica de la Comisión citó a las partes a audiencia de conciliación para el día 29 de enero de 1998.

En dicha audiencia, Compumarket SRL, se comprometió a pagar al Banco Latino el saldo de la deuda que el denunciante mantiene por el crédito que recibió del

Banco Latino. Asimismo, el denunciante se comprometió a depositar en la cuenta de Compumarket SRL que mantenía en el Banco Latino la suma de US\$ 798,00 (Setecientos noventa y ocho y 00/100 dólares americanos).

El 06 de marzo de 1998, Compumarket SRL informó a la Secretaría Técnica de la Comisión que ha cumplido con efectuar el depósito acordado en la audiencia de fecha 29 de enero de 1998. Adjuntó a su escrito una carta enviada por el Banco Latino en el que se da cuenta del tal hecho. De igual modo, el 12 de marzo de 1998, el Banco Latino presenta un escrito en el que informa que el pagaré del denunciante ha sido cancelado íntegramente con cargo a la cuenta de la empresa Compumarket SRL.

2.- ANALISIS DEL CASO

El artículo 29 del Decreto Legislativo N° 807 señala que la Comisión podrá continuar de oficio el procedimiento, si del análisis de los hechos denunciados considera que podría estarse afectando intereses de terceros.

Conforme consta en el expediente a través del acta de conciliación, Compumarket SRL, ha cumplido con efectuar el depósito correspondiente al saldo que el denunciante mantenía con el Banco Latino. En tal sentido, la Comisión estima que el acuerdo conciliatorio se ha cumplido con respecto a Compumarket SRL. y al no haber una afectación de intereses de terceros que amerite un pronunciamiento en tutela de los mismos, se archivó este procedimiento.

En este sentido, la Comisión de Protección al Consumidor decidió archivar la denuncia de Héctor Aranzaens Valencia en el extremo referido a Compumarket SRL.

**CASO SOBRE IDONEIDAD DEL SERVICIO, INFORMACIÓN ADECUADA,
PRÁCTICAS COMERCIALES COERCITIVAS (Procedimiento de Oficio)**

Expediente : 151-97/CPC

DENUNCIANTE : Comisión de Protección al Consumidor

**DENUNCIADOS: ELECTRO ATLANTIC S.A. (YOMPIAN), CRÉDITOS PERU S.A.
(CREDIPESA) y BANCO LATINO**

MATERIA: IDONEIDAD DE SERVICIO

INFORMACIÓN ADECUADA

PRÁCTICAS COMERCIALES COERCITIVAS

Del total de expedientes (163), tenemos el Expediente N° 151-97/C.P.C., de fecha 10 de diciembre de 1998, está en el rubro de IDONEIDAD DEL SERVICIO y no está incluido dentro del rubro de conciliados y no conciliados. Sin embargo, es preciso hacer un comentario a dicha resolución que demuestra la eficacia de INDECOPI a través de la Comisión de Protección al Consumidor, en la resolución de controversias a los consumidores, pues su intervención fue de oficio.

1. HECHOS

A partir de enero de 1997 se comenzaron a recibir en INDECOPI una serie de reclamos en contra de Yompián S.A. (denominada después Electro Atlantic S.A.), por información contradictoria respecto al lugar en que debían efectuarse los pagos de las cuotas de los productos adquiridos a crédito en sus tiendas y por supuestos cobros indebidos de cuotas anteriormente canceladas. Es así que la Comisión de Protección al Consumidor inicia de oficio el proceso en contra de Yompián por presuntas infracciones al Decreto Legislativo N° 716 – Ley de Protección al Consumidor en la vena a crédito de artefactos domésticos.

Luego la Comisión decidió incluir de oficio en el proceso a Créditos Perú S.A., en adelante CREDIPESA, y al Banco Latino, - en adelante – el Banco, el existir indicios de su participación en los hechos.

La Comisión convocó a las empresas denunciadas a dos reuniones para propiciar una solución amistosa a la controversia presentada; pero no se llegó a celebrar un acuerdo definitivo.

El origen de los problemas se proviene de dos convenios celebrados entre las empresas denunciadas. El primer convenio es un contrato de otorgamiento de línea de crédito suscrito por Yompián y el Banco el 20 de diciembre de 1994. El segundo convenio es el denominado Contrato de Crédito para Consumo con Establecimientos Afiliados, suscrito por las tres empresas el 23 de enero de 1996. Ambos convenios tenían como finalidad viabilizar un plan de financiamiento para los consumidores interesados en adquirir los productos comercializados en los establecimientos comerciales de la empresa Yompián. Según estos convenios el Banco otorgaría préstamos personales de consumo a los clientes de Yompián que calificaran para ello, abonando el importe aprobado en cada caso, en las cuentas que esta última mantenía en el primero. De otro lado, Yompián, bajo el marco del Convenio 1, y CREDIPESA, bajo el marco del Convenio 2, se encargarían de la cobranza de las cuotas de los préstamos otorgados y procedería a depositar los montos recaudados en el Banco.

Celebrados los convenios, Yompián comenzó a ofrecer a los consumidores la venta de artefactos eléctricos a plazos con entrega inmediata de los productos adquiridos. Para materializar este convenio, los clientes interesados debían suscribir una serie de documentos impresos proporcionados por Yompián, alguno de ellos se encontraba en blanco.

Inicialmente las relaciones entre los clientes de Yompián que adquirieron artefactos electrodomésticos se desarrollaron en forma armoniosa.

Posteriormente comenzaron a surgir discrepancias entre las empresas denunciadas respecto al cumplimiento de la obligación de abonar al Banco los montos recaudados por concepto de los pagos parciales efectuados por los consumidores.

Llegaron los sucesivos reclamos por los clientes afectados a Yompián, ésta empresa les comunicó que debían continuar efectuando los pagos de las cuotas vencidas en sus locales comerciales y no en las oficinas del Banco Latino.

Asimismo, CREDIPESA requirió al Banco que se abstenga de cobrar directamente a los clientes las cuotas pendientes de pago, teniendo en cuenta que dicha labor le correspondía a su empresa.

A pesar de lo informado por Yompián, los clientes afectados volvieron a recibir comunicaciones del Banco en que éste ratificaba el contenido de las cartas que enviara en enero y nuevamente los conminaba a que cancelen las cuotas pendientes en sus oficinas. Asimismo les indicó que los pagos que hubiesen realizado en Yompián y/o CREDIPESA luego de recibida la primera comunicación, al igual que los pagos anteriores que no habían sido acreditados, no serían reconocidos. De igual modo, el Banco les indicó que procedería a reportar las deudas a las centrales de riesgo del país, los certificaría como morosos dentro de su institución y procedería a ejecutar judicialmente las deudas.

Como resultado final de esta situación, el Banco procedió a reportar a 3067 clientes como morosos en el sistema financiero aun habiendo éstos cumplido hasta ese momento con cancelar la totalidad de sus deudas exigibles en los locales de Yompián.

Yompián negó en su oportunidad, haber infringido los artículos 5, incisos b) y d) y 15 de la Ley de Protección al Consumidor, afirmando que brindó información adecuada a los consumidores que deseaban adquirir sus productos. Luego Yompián afirmó que el Banco sería responsable por los hechos, materia de denuncia al haberse dirigido directamente contra los consumidores, incumpliendo lo pactado en los convenios.

A su turno, CREDIPESA manifestó que era la encargada de recaudar y cobrar las cuotas de los clientes de acuerdo con lo pactado en el Convenio 2, así como de depositar el importe respectivo en las cuentas especiales abiertas para dicho fin. Luego manifestó que el Banco Latino sería responsable por la confusión creada en los consumidores y el desorden generado en la recaudación de las cuotas canceladas por éstos, al haber requerido el cobro de las deudas directamente a los consumidores sin respetar lo pactado.

Finalmente, el Banco Latino sostiene en su defensa que su comportamiento respondió al ejercicio legítimo de sus derechos como acreedor de los consumidores.

Así expresa que encargó a Yompián y a CREDIPESA bajo el marco del Convenio 1 y del Convenio 2 respectivamente, la cobranza y recaudación de las cuotas adeudadas por los consumidores, pero al no cumplir éstos con entregarle lo recaudado, suspendió el encargo y decidió realizar estas acciones directamente.

De otro lado, manifestó que había reportado a los consumidores que consideraba morosos ante las centrales de riesgos, en cumplimiento de las normas que supervisan el sistema financiero.

2. Análisis del Caso

2.1 Si el servicio de recaudación y administración de crédito ha sido

idóneo.- En la primera parte del artículo 8 de la Ley de Protección al Consumidor se señala que los proveedores son responsables por la idoneidad y calidad de los productos y servicios que ponen a disposición de los consumidores en el mercado.

Esta norma establece un supuesto de responsabilidad administrativa objetiva. El referido artículo 8 contiene el principio de garantía implícita, es decir, la obligación del proveedor de responder por el bien o servicio en caso éste no resultara idóneo para satisfacer las expectativas de un consumidor razonable. Al respecto la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi mediante Resolución N^o 085-96-TDC (Humberto Tori Fernández contra Kourus EIRL) en el que se señala que:

“De acuerdo a lo establecido en la primera parte del artículo 8 del Decreto Legislativo N^o 716, se presume que todo proveedor ofrece como una garantía implícita, que el bien o servicio materia de transacción comercial con el consumidor es idóneo para los fines y usos previsibles para los que normalmente se adquieren éstos en el mercado, según lo que esperaría un consumidor razonable, considerando las condiciones en las cuales los productos fueron adquiridos o los servicios contratados.(...) La carga de la prueba sobre la idoneidad del (servicio) corresponde al proveedor del mismo”.

Efectuado el análisis del caso, la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI, sostuvo que Yompián no otorgó un servicio idóneo a los consumidores, al momento de tramitar las solicitudes de crédito. Yompián retuvo en su poder las letras de cambio firmadas por los consumidores. Asimismo, no se desprende, ni de las pruebas ofrecidas por Yompián ni de la

extensa investigación realizada por la Secretaría Técnica que dicha empresa entregara a todos los consumidores la documentación referida a la cancelación de sus obligaciones ni los documentos suscritos por el Banco.

En la parte final, la Comisión de Protección al Consumidor opina que un consumidor razonable que celebra una compra de crédito esperaría, igualmente, como mínimo, que si cumple regular y oportunamente con pagar sus cuotas vencidas en los lugares acordados, no va a ser reportado como moroso ante las centrales de riesgos del sistema financiero nacional. Tampoco esperaría ser requerido dos veces por dos acreedores por una misma deuda. Las discrepancias suscitadas entre las empresas denunciadas respecto a la recaudación y administración de las cuotas pagadas por los clientes afectados (por ejemplo, si se cumplió o no con depositar en el Banco los montos cobrados), deben ser resueltas por estas mismas, pues corresponden exclusivamente al ámbito de las relaciones contractuales existentes entre ellas. Lo que resulta a toda luz inaceptable es que se pretenda trasladar el problema a los consumidores que, actuando de manera razonable, han realizado pagos válidos en el lugar y la oportunidad que corresponda.

2.2 Si se ha brindado información de manera adecuada

En los artículos 5, inciso b) y 15 de la Ley de Protección al Consumidor se regula el derecho a la información que tienen los consumidores. Por una parte, en el artículo 5 inciso b) se regula el derecho que tienen los consumidores a recibir de los proveedores toda la información necesaria sobre los productos y servicios que desean adquirir, a fin de que puedan realizar una elección adecuada. Por otro lado, en el artículo 15 se regula la obligación que tiene el proveedor de consignar en forma veraz, suficiente,

apropiada y muy fácilmente accesible al consumidor o usuario sobre los productos o servicios que oferte en el mercado.

Los artículos mencionados en el párrafo precedente se refieren a supuestos en los que no se informa al consumidor o se le informa de manera inadecuada sobre las características de los productos y servicios ofrecidos al momento de contratar los mismos o durante la ejecución de los contratos celebrados cuando éstos son de tracto sucesivo.

2.2.1 Información relativa a la identidad del acreedor del financiamiento otorgado

Algunos clientes afectados manifestaron que no sabían que estaban firmando documentos para tramitar una solicitud de crédito con una entidad financiera. Por ejemplo los consumidores firmaron un pagaré en blanco en el cual se consigna claramente que éste se otorgaba a la orden del Banco Latino. Asimismo firmaron un documento que contenía las instrucciones para el llenado de este pagaré y una solicitud de crédito de consumo, en los cuales claramente se consigna el logotipo del Banco.

Si bien los consumidores no pueden alegar que desconocían que estaban firmando solicitudes de crédito de consumo que serían tramitadas ante el Banco Latino y pagarés en blanco a favor de esta institución, los proveedores tampoco pueden sostener que cumplieron con otorgarle a los primeros información adecuada respecto de la identidad del acreedor de los créditos que financiaban las operaciones celebradas luego de que Yompián tramitara las solicitudes de crédito suscritas por los clientes.

En conclusión, en aquellos casos en que el Banco aprobó las solicitudes de crédito las empresas denunciadas debieron informarles a los consumidores que sus deudas frente a Yompián habían sido canceladas y que el Banco pasó a ser el acreedor del financiamiento. De haber informado de esta situación oportunamente, los consumidores hubieran estado en posición de exigir al Banco los comprobantes de pago respectivos, en cada oportunidad en que cancelaron sus cuotas, y con ello evitar, entre otras cosas, ser registrados como deudores morosos ante las centrales de riesgos del sistema financiero.

2.2.2 Información relativa al lugar en que se debían efectuar los pagos

Los consumidores tuvieron a la vista al momento de contratar, objetivamente información contradictoria respecto al lugar en que se debía efectuar el pago de las cuotas vencidas del crédito otorgado en caso de aprobarse el financiamiento del Banco. Al ser contradictorios, configuran una infracción a las normas de protección al consumidor. En este sentido, la Comisión de Protección al Consumidor considera que no se brindó a los consumidores información adecuada en este extremo, infringiéndose los artículos 5 b) y 15 de la Ley de Protección al Consumidor.

2.2.3 Información relativa a los títulos valores suscritos en blanco

En este aspecto, la Comisión de Protección al Consumidor consideró que no se encuentran prohibidas legalmente; sin embargo, los artículos 5 b) y 15 de la Ley de Protección al Consumidor exigen que los proveedores brinden de manera oportuna a los consumidores información veraz, suficiente, apropiada y muy fácilmente accesible,

respecto a como serían llenados los títulos valores firmados en blanco en caso de resultar necesaria su ejecución.

En este caso, tanto los contratos de venta a plazo que los consumidores celebraron con Yompián y CREDIPESA, así como en el contrato de préstamo que celebraron con el Banco, existen estipulaciones contractuales que explican los supuestos en los que serían ejecutados los títulos valores firmados en blanco por los consumidores. Por ello, la Comisión considera que no existiría una infracción del deber de los proveedores de informar sobre este extremo.

2.3 Métodos comerciales coercitivos

El artículo 5 inciso d) de la Ley de Protección al Consumidor establece que los consumidores tienen derecho a la protección de sus intereses económicos y a la protección contra los métodos comerciales coercitivos.

La Comisión considera que constituye un método comerciales coercitivo el valerse de ventajas estratégicas resultantes de un contrato, imponiendo en desmedro de la otra parte y sin que medie su consentimiento, condiciones distintas o modificando las ya acordadas.

En el presente caso, los clientes de las empresas denunciadas contrataron la adquisición a crédito de productos electrodomésticos, entregando en garantía títulos valores firmados en blanco que, ante un incumplimiento podían ser ejecutados conforme a lo estipulado contractualmente. Sin embargo, podría darse el caso de que una de las empresas tenedoras de los títulos valores pretendiera llenarlos y ejecutarlos por montos superiores a los convenidos (o lo que es lo mismo, tratar de cobrar dos veces una misma deuda). Esta

conducta según la Comisión, constituiría un método comercial coercitivo que afectaría gravemente la confianza de los consumidores en el sistema.

Sin embargo, no ha quedado acreditado que alguna de las empresas denunciadas hayan intentado, hasta la fecha, ejecutar los títulos valores firmados en blanco que entregaron los consumidores en garantía, por montos mayores a los que contractualmente corresponden.

Por consiguiente, la Comisión considera que, hasta la fecha, las empresas denunciadas no han infringido lo dispuesto en el artículo 5 d) del Decreto Legislativo N° 716.

2.4 Graduación de la Sanción

El artículo 42 del Decreto Legislativo N° 716 prescribe que la sanción a imponerse debe ser aplicada y graduada, atendiendo a la intencionalidad del sujeto activo de la infracción al daño resultante de la infracción a los beneficios obtenidos por el proveedor por razón del hecho infractor y a la reincidencia o reiterancia del proveedor.

Por ello, la Comisión de Protección al Consumidor señala que debe distinguirse el nivel de responsabilidad de las tres (3) empresas involucradas, para graduar las sanciones que correspondería aplicar a cada una.

En este sentido, la Comisión considera que Yompián es el principal responsable, en tanto que la empresa con la que los consumidores trataron directamente en todo momento y, estando encargada de tramitar la documentación respectiva frente al Banco y de cobrar (junto con CREDIPESA), las cuotas canceladas, se encontraba en mejor situación para brindar esta información a los clientes.

De otro lado, el Banco pudo tomar oportunamente las medidas necesarias para informar a los consumidores de los créditos otorgados y de sus

condiciones o asegurarse de que Yompián y/o CREDIPESA brinden esta información a sus clientes.

Respecto a la idoneidad del servicio de tramitación de los créditos frente al Banco, consideramos que Yompián resulta responsable por no haber hecho entrega a los consumidores de la documentación pertinente en el momento oportuno (devolverle a los consumidores las letras de cambio otorgados a su favor y la documentación que acreditaba la cancelación de sus deudas frente a Yompián, así como la que contenía los términos de la obligación asumida frente al Banco en los casos en que se aprobó el financiamiento por parte de éste o los pagarés suscritos a favor del Banco y los contratos de préstamos que no se celebraron en aquellos casos en que el financiamiento bancario fue denegado).

En lo que concierne a la información brindada a los consumidores respecto al lugar en que debían cancelar sus cuotas, la Comisión consideró que este deber es exigible por igual a las tres empresas involucradas.

Finalmente respecto a la idoneidad del servicio de recaudación y administración de los créditos otorgados, la Comisión considera necesario hacer nuevamente un deslinde en la responsabilidad de cada una de las tres empresas denunciadas. Por ello, la Comisión consideró que el grado de responsabilidad de Yompián y CREDIPESA es significativamente mayor a la del Banco Latino, según la documentación presentada en el expediente y que por lo tanto actuaron con culpa inexcusable.

De acuerdo a este análisis, la Comisión consideró sancionar a Electro Atlantic S.A. (Yompián) con una multa de 100 (cien) Unidades Impositivas Tributarias; a Créditos Perú S.A. (CREDIPESA), con una multa de 100 (cien) Unidades

Impositivas Tributarias y al Banco Latino, con una multa de 10 (diez) Unidades Impositivas Tributarias).

2.5 Proceso Judicial en defensa de los intereses de los consumidores afectados

El artículo 51 de la Ley de Protección al Consumidor establece que el Indecopi previo acuerdo de su Directorio se encuentra legitimado para promover procesos judiciales relacionados a los temas de su competencia. En el presente caso, fueron reportados como morosos al sistema financiero, 3067 consumidores a pesar de que estaban al día en sus cuotas exigibles. Por esta razón, la Comisión propuso al Directorio del Indecopi evaluar la viabilidad de iniciar un proceso judicial en defensa de los mismos, a fin de corregir esta situación ante las centrales de riesgo del sistema financiero nacional.

2.6 Publicación de la resolución en el diario oficial El Peruano

De conformidad con el artículo 43 del Decreto Legislativo 807 (Ley de Facultades, Normas y Organización del Indecopi), corresponde proponer al Directorio la publicación de esta resolución en el diario oficial El Peruano.

2.7 Remisión de la Resolución a la Superintendencia de Banca y Seguros

Teniendo en cuenta que los hechos materia del presente proceso involucran la prestación de un servicio financiero, y habiendo intervenido un Banco (Banco Latino), la Comisión consideró conveniente remitir copia de la resolución a la Superintendencia de Banca y Seguros para que tome conocimiento de las causas que llevaron a que los clientes de las empresas denunciadas hayan sido reportados como morosos ante las centrales de riesgo del país.

3. DECISIÓN DE LA COMISIÓN

PRIMERO.- Declarar **FUNDADO** el proceso iniciado de oficio contra Electro Atlantic S.A. (Yompián), Créditos del Perú S.A. (CREDIPESA) y el Banco Latino por infracción a lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley de Protección al Consumidor.

SEGUNDO.- Sancionar a Electro Atlantic S.A. (Yompián) con una multa de 100 (cien) Unidades Impositivas Tributarias; a Créditos Perú S.A. (CREDIPESA) con una multa de 100 (cien) Unidades Impositivas Tributarias y, al Banco Latino con una multa de 10 (diez) Unidades Impositivas Tributarias, sanciones que deberán ser canceladas dentro del término de cinco días de notificada la presente resolución en la tesorería del Indecopi, bajo apercibimiento de proceder a su cobranza coactiva.

TERCERO.- Levantar la medida cautelar ordenada mediante Resolución N^º 6, de fecha 16 de agosto de 1997.

CUARTO.- Se precisa que el monto de las multas impuestas será rebajado en 25% si las empresas sancionadas consienten la presente resolución y proceden a cancelar dichas multas dentro del plazo de cinco (5) días de su notificación conforme a lo establecido por el artículo 37 del Decreto Legislativo N^º 807.

QUINTO.- Encargar a la Secretaría Técnica de la Comisión que proceda a poner la presente resolución en conocimiento del Directorio del Indecopi, a fin de que éste pueda evaluar la posibilidad de promover un proceso judicial en defensa de los intereses de los consumidores afectados por los hechos materia del proceso.

SEXTO.- Encargar a la Secretaría Técnica de la Comisión que proceda a proponer al Directorio del Indecopi la publicación de la presente resolución en el diario oficial El Peruano, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 43 del Decreto Legislativo N^º 807.

SEPTIMO.- Encargar a la Secretaría Técnica de la Comisión que remita copia de la presente resolución a la Superintendencia de Banca y Seguros.

Con la intervención de los señores comisionados: Edgardo Mercado, Pablo de la Flor, Verónica Zavala y Hugo Santa María.

Firmado

EDGARDO MERCADO

Presidente

CUADRO N° 05

En el **Cuadro N° 05** se presenta el universo muestral de la condición de los expedientes vistos por la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI, Lima, determinándose que en dicha Comisión hemos analizado un total de 260 expedientes, repartidos en nueve (9) temas, según el siguiente detalle: 1° Tema sobre infracción del proveedor de responder por la calidad e idoneidad del servicio – producto riesgoso, hay 03 expedientes no conciliados; 2° tema, sobre idoneidad del bien o servicio, hay un total de 160 expedientes, de los cuales, 93 conciliados y 67 no conciliados; ; 3° Obligación de información, son 08 expedientes, de los cuales 03 conciliados y 05 no conciliados; 4° Prácticas coercitivas, 01 expediente no conciliado; 5° Reclamos ante empresas de servicios públicos; 01 expediente; 6° Falsedad de las información, 27 expedientes, de los cuales 02 conciliados y 25 no conciliados; 7° Metrología legal, 11 expedientes no conciliados; 8° Reclamo por objeto vendido(vehículo), 22 expedientes, de los cuales 06 conciliados y 16 no conciliados; 9° Inadmisibilidad de denuncia, 10 expedientes no conciliados; 10° Desistimiento, 17 expedientes no conciliados.

CASO: (Idoneidad del bien o servicio)**EXPEDIENTE: N° 313-98-CPC****DENUNCIANTE:** Margarita Mónica de las Casas Salinas**DENUNCIADO :** Lavandería En 40 Minutos S.A.**MATERIA : Idoneidad del bien o servicio (Conciliación)****1.- HECHOS**

El 11 de Agosto de 1998 Margarita Mónica De las Casas Salinas denunció a Lavandería En 40 Minutos S.A., por presunta infracción de normas contenidas en el Decreto Legislativo N° 716 – Ley de Protección al Consumidor.

Con fecha 15 de setiembre de 1998, las partes llegaron a un acuerdo conciliatorio en el cual el denunciado se comprometía a entregar a la denunciante la suma de US\$ 300 (Trescientos y 00/100 dólares americanos) en cuatro (4) cuotas de US\$ 75,00 (Setenta y cinco y 00/100 dólares americanos) cada una. Asimismo, la denunciante se comprometió a desistirse del presente procedimiento el mismo día que recibiera la última cuota.

Posteriormente, el 16 de octubre de 1998 la denunciante manifestó expresamente su voluntad de desistirse del presente procedimiento toda vez que el denunciado, mediante actas de fechas 22 y 29 de setiembre de 1998 y 6 y 13 de octubre de 1998, cumplió con entregar la suma de US\$ 300,00 (trescientos y 00/100 dólares americanos). Dicha suma fue entregada a la denunciante los días 6 y 16 de octubre del año 1998, tal como consta en las actas respectivas.

2.- ANALISIS DEL CASO

El artículo 29 del Decreto Legislativo N° 807 señala que la Comisión podrá continuar de oficio el procedimiento, si del análisis de los hechos denunciados considera que podría estarse afectando intereses de terceros.

En el presente caso, conforme al acta de fecha 15 de setiembre de 1998, las partes llegaron a un acuerdo por el cual la denunciada se compromete a entregar a la denunciante la suma de US\$ 300,00 (Trescientos y 00/100 dólares americanos). Asimismo, mediante las actas de fechas 06 y 16 de octubre de 1998, se verifica que la denunciante ha recibido la suma acordada, razón por la cual manifestó expresamente su voluntad de desistirse de la presente denuncia.

Por consiguiente, al no existir una afectación de intereses de terceros que amerite un pronunciamiento en tutela de los mismos y habiéndose resuelto el conflicto, corresponde archivar el presente procedimiento.

En este sentido, la Comisión decidió archivar la denuncia presentada por Margarita Mónica De Las Casas Salinas en contra de Lavandería En 40 Minutos S.A.

CASO: Idoneidad del servicio (No conciliado)

EXPEDIENTE : nº 353-98-CPC

DENUNCIANTE : Luis María Santiago Eduardo Solari de la Fuente

DENUNCIADO : General Motors Perú S.A. y Ferreyros S.A.

MATERIA : Archivar por Desestimiento

1.- HECHOS

El 21 de setiembre de 1998, Luis María Santiago Eduardo Solari De la Fuente denunció a General Motors Perú S.A. y Ferreyros S.A., por presunta infracción a las normas contenidas en el Decreto Legislativo N° 716 – Ley de Protección al Consumidor.

Posteriormente, el día 29 de octubre de 1998, el señor Solari presentó un escrito a la Comisión manifestando expresamente su voluntad de desistirse de la denuncia que formulara, toda vez que celebró un acuerdo satisfactorio con las empresas denunciadas.

2.- ANALISIS DEL CASO

El Código Procesal Civil norma de aplicación supletoria en el presente caso, establece en su artículo 342 que el desistimiento del proceso procede antes de que se expida sentencia en primera instancia, salvo que sea convencional.

Asimismo, el artículo 343 de la Ley mencionada establece que se requerirá de la conformidad del demandado para que dicho acto sea eficaz.

Mas adelante, el artículo 30 del Decreto Legislativo N° 807 señala que la Comisión podrá continuar de oficio el procedimiento, si del análisis de los hechos denunciados considera que podría estarse afectando intereses de terceros.

En este caso, conforme al escrito de desistimiento presentado por el denunciante, ha quedado acreditado que las partes llegaron a un acuerdo satisfactorio, razón por la cual el señor Solari solicita a la Comisión se deje sin efecto su denuncia. De otro lado, no hubo oposición de las partes sobre el desistimiento.

En este sentido, la Comisión decidió aprobar el desistimiento presentado por el señor Luis María Santiago Eduardo Solari De la Fuente y archivar el procedimiento.

CUADRO N° 06

En el **Cuadro N° 06**, se presenta el universo muestral de la Condición de los expedientes vistos por el Tribunal de la Competencia sobre Infracción del Proveedor de responder por la calidad e idoneidad del servicio, tramitados por INDECOPI, Lima, con un total de 65 expedientes; de los cuales 01 expediente por producto riesgoso no conciliado; por idoneidad del bien o servicio, 01 expediente conciliado y 63 expedientes no conciliados, hace un total de 64 expedientes que sumados al expediente por producto riesgoso, hace un total general de 65 expedientes.

RESOLUCIÓN : N° 005-1998-TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE : N° 014-97-CPC

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

DENUNCIANTE : GRACIELA RONCAGLIOLO FIGUEROA

DENUNCIADO : BANCO DE CRÉDITO DEL PERÚ

MATERIA : PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

ASIMETRÍA INFORMATIVA

CONSUMIDOR FINAL

PROVEEDOR

ACTIIDAD : INTERMEDIACIÓN FINANCIERA

1.- ANALISIS DEL CASO

El día 03 de Enero de 1997, la señora Roncagliolo denunció ante la Comisión al Banco de Crédito del Perú por presuntas infracciones a la Ley de Protección al Consumidor, cometidas con ocasión de la afiliación de su hija a la cuenta de C.T.S., la cual incluía gratuitamente un seguro en beneficio del trabajador. Admitida a trámite la denuncia y presentados los descargos correspondientes, la Comisión citó a las partes a una audiencia de conciliación para el día 31 de enero de 1997, se

declaró fundada la denuncia y se impuso al Banco una multa de 15 UITs por infringir los artículos 5, incisos b y d, y 15 de la Ley de Protección al Consumidor. El 2 de julio de 1997, el Banco apeló de la Resolución N^o 1, elevándose el expediente a la Sala.

2.- DECISIÓN DE LA SALA

La Sala del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual resolvió confirmar la Resolución N^o 1 del 02 de junio de 1997, emitida por la Comisión de Protección al Consumidor, que declaró fundada la denuncia presentada por la señora Graciela Roncagliolo Figueroa contra el Banco de Crédito del Perú por la infracción del inciso b) del artículo 5 de la Ley de Protección al Consumidor, imponiéndole una multa de 15 (quince) UIT.

CUADRO N° 07

En el **Cuadro N° 07**, se presenta el universo muestral de un total de 78 expedientes tramitados por INDECOPI, Lima, en la que se aprecia la condición de los expedientes vistos por el Tribunal de la Competencia, distribuidos en 10 rubros, según detalle siguiente: 1° Infracción del proveedor de responder por la calidad e idoneidad del servicio y producto riesgoso, 01 expediente no conciliado; 2° Idoneidad del bien o servicio, con un total de 64 expedientes, de los cuales, 01 expediente conciliado y 63 no conciliados; 3° Obligación de información, sin expedientes; 4° Prácticas coercitivas, sin expedientes; 5° Reclamos ante empresas de servicios públicos, 01 expediente no conciliado; 6° Falsedad de la información, 02 expedientes no conciliados; 7° Metrología legal, 01 expediente no conciliado; 8° Reclamo por objeto vendido (vehículo), 09 expedientes no conciliados; 9° Inadmisibilidad de denuncia, ningún expediente; 10° Desistimiento, ningún expediente.

RESOLUCIÓN : Nª 0051-1998-TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE : Nª 566-96-CPC

PROCEDENCIA : Comisión de Protección al Consumidor

DENUNCIANTE : Raquel Georgina Paredes Benavides

DENUNCIADA : Representaciones y Distribuciones América S.A.
(Representaciones América).

MATERIA : PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR
ASIMETRÍA DE LA INFORMACIÓN
OBLIGACIÓN DE INFORMAR
IDONEIDAD DEL BIEN O SERVICIO

SECTOR : Venta al por menor de aparatos, artículos y equipo de uso
Doméstico

1.- ANÁLISIS DEL CASO

El 13 de diciembre de 1996, la señorita Paredes denunció ante la Comisión a Representaciones América por presuntas infracciones al Decreto Legislativo 716, Ley de Protección al Consumidor, cometidas con ocasión de la venta de un televisor marca Sony. Admitida a trámite la denuncia y presentados los descargos correspondientes, el 16 y 31 de enero de 1997 y 4 de febrero de 1997 se llevaron a cabo audiencias de conciliación, en las cuales, sin embargo, no se llegó a celebrar acuerdo alguno. Mediante Resolución N^a 1 de fecha 16 de junio de 1997, la Comisión declaró fundada en parte la denuncia por infracción a los artículos 5, inciso b y 31 del Decreto Legislativo 716, sancionando a Representaciones América con una multa equivalente a 2 Unidades Impositivas Tributarias (UIT). Con fecha 30 de julio de 1997, la empresa denunciada apeló de dicha resolución, elevándose el expediente a esta Sala.

2.- DECISIÓN DE LA SALA

La Sala del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual confirmó en parte la Resolución N^a 1 del 16 de junio de 1997 emitida por la Comisión de Protección al Consumidor que declaró fundada en parte la denuncia interpuesta por la señorita Raquel Georgina Paredes Benavides contra Representaciones y Distribuciones América S.A., por infracciones a los artículos 5 inciso b y 31 numeral IV del Decreto Legislativo N^a 716, sancionando a dicha empresa con una multa ascendente a dos (2) UIT, reformándose en el sentido que declaró fundada la denuncia por infracciones al artículo 31 numeral IV del Decreto Legislativo N^a 716, debiendo entenderse que dicho extremo de la denuncia debe declararse fundado por infracciones al artículo 8 de dicho cuerpo legal.

CUADRO N° 08

En el cuadro N° 08 se presenta un universo muestral del año 2007, de un total de 2563 expedientes a nivel nacional, de los cuales hay 02 expedientes por abandono, 33 por acuerdo extraproceso; **384 por Conciliación**; 01 concluido por ODI; 181 por Desistimiento; 759 fundada; 244 improcedente; 121 inadmisibles; 358 infundadas y 480 en trámite, lo cual nos demuestra que la Conciliación es el medio alternativo de resolución de controversias mayor usado.

Es importante destacar que la Conciliación Administrativa que hace uso del INDECOPI, conforme a sus facultades, resultando vinculante y definitiva, porque se verifica su cumplimiento y a falta de éste, se aplica la sanción económica, traducida a través de una multa, tomando como referencia la Unidad Impositiva Tributaria. A diferencia de la Conciliación Extrajudicial que se realiza en los Centros de Conciliación Privados, no se verifica el cumplimiento del acuerdo conciliatorio ni se aplican sanciones económicas como una multa.

IV.- CONCLUSIONES

1. Observamos un total de 338 expedientes tramitados por el **INDECOPI** de Lima, en 1998, tanto en la Comisión de Protección al Consumidor, como en el Tribunal de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, se ha determinado que en la Comisión de Protección al Consumidor, se tramitaron 260 expedientes, de los cuales 104 fueron conciliados y la diferencia, de 156 expedientes, no conciliados y; en el Tribunal de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, se tramitaron 78 expedientes, de los cuales, 01, fue conciliado y la diferencia de 77, no conciliados. El total de expedientes conciliados fue de 105 y expedientes no conciliados, fue de 233 expedientes, lo que hace un total general de 338 expedientes. Los 104 expedientes conciliados en la Comisión de Protección al Consumidor, representan el 40% del total de 260 expedientes tramitados; en cambio, en el Tribunal de la Competencia y la Propiedad Intelectual, 01 expediente fue conciliado, el cual representa el 1.3% del total de 78 expedientes tramitados, lo cual valida o confirma nuestra hipótesis, en el sentido de que la Conciliación tramitada en la Comisión de Protección al Consumidor, es más eficaz que la tramitada en el Tribunal de la Competencia y Propiedad Intelectual del INDECOPI.
- 2.- En la Comisión de Protección al consumidor, la mayor frecuencia absoluta de expedientes, (160), tramitados se presentaron por infracción del proveedor de responder por la calidad e idoneidad del servicio , de los cuales 93 expedientes fueron conciliados y no conciliados, 67 expedientes; le sigue en frecuencia absoluta de expedientes, (27)

tramitados, que se presentaron por falsedad de la información, de los cuales, 02 expedientes fueron conciliados y 25 expedientes no conciliados, y en tercer lugar, sigue el aspecto de reclamo por objeto vendido (vehículo), con un total de 22 expedientes, de los cuales 06 expedientes conciliados y 16 expedientes no conciliados. El total de expedientes conciliados por la Comisión de Protección al Consumidor, fue de 104 y 156 expedientes, fueron no conciliados.

3.- La mayor frecuencia absoluta de expedientes (64) tramitados, se presentaron por infracción del proveedor, de responder por la calidad e idoneidad del servicio, en el aspecto de idoneidad del bien o servicio, de los cuales 01 expediente fue conciliado y expedientes no conciliados, fue de 63; le sigue en frecuencia absoluta de expedientes, (9) tramitados que se presentaron sobre reclamo por objeto vendido (vehículo), de los cuales el total (9) fueron no conciliados, lo cual hace un total general de 78 expedientes.

4.- Observamos la condición de los expedientes vistos por la Comisión de Protección al Consumidor sobre infracción del proveedor de responder por la calidad e idoneidad del servicio, con un total de 163 expedientes tramitados por este concepto, por producto riesgoso tenemos 03 expedientes no conciliados, por idoneidad del bien o servicio, 93 expedientes conciliados, y 67 expedientes no conciliados, lo cual hace un total de 160 expedientes, haciendo la atinencia de que dentro de los 67 expediente no conciliados, 01 expediente fue resuelto de oficio por la Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi.

5.- Observamos la condición de los expedientes vistos por la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI, divididos en 09 rubros; con

un total de 260 expedientes tramitados; en el primer rubro sobre infracción del proveedor de responder por la calidad e idoneidad del servicio: producto riesgoso, 03 expedientes no conciliados; y por idoneidad del bien o servicio, 93 expedientes conciliados y 67 expedientes no conciliados, lo cual hace un total de 160 expedientes; en el segundo rubro; por obligación de información, 03 expedientes conciliados y 05 expedientes no conciliados, lo cual hace un total de 08 expedientes; en el tercer rubro de prácticas coercitivas; 01 expediente no conciliado; en el cuarto rubro, 01 expediente no conciliado; en el quinto rubro, por falsedad de la información, 02 expedientes conciliados y 25 expedientes no conciliados, lo cual hace un total de 27 expedientes; en el sexto rubro, por metrología legal, 11 expedientes no conciliados; en el sétimo rubro, por reclamo por objeto vendido (vehículo), 06 expedientes conciliados y 16 expedientes no conciliados, lo cual hace un total de 22 expedientes; en el octavo rubro, por Inadmisibilidad de denuncia, 10 expedientes no conciliados; en el noveno rubro, 17 expedientes no conciliados.

6.- Observamos la condición de los expedientes vistos por el Tribunal de la Competencia sobre infracción del proveedor de responder por la calidad e idoneidad del servicio, dividido en dos rubros, el primero por producto riesgoso y el segundo por la idoneidad del bien o servicio, en que se tramitaron 65 expedientes en total, de los cuales, 01 expediente no conciliado por producto riesgoso; por idoneidad del bien o servicio, 01 expediente conciliado y 63 expedientes no conciliados, lo que hace un total de 64 expedientes.

7.- Observamos la condición de los expedientes vistos por el Tribunal de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI, divididos en 09 rubros; con un total de 78 expedientes tramitados; en el primer rubro sobre infracción del proveedor de responder por la calidad e idoneidad del servicio: producto riesgoso, 01 expediente no conciliado; por idoneidad del bien o servicio, 01 expediente conciliado y 63 no conciliados, lo cual hace un total de 64 expedientes; en el segundo rubro de obligación de información, ningún expediente; en el tercer rubro sobre prácticas coercitivas, ningún expediente; en el cuarto rubro, sobre reclamos ante empresas de servicios públicos; 01 expediente no conciliado; en el quinto rubro de falsedad de la información, 02 expedientes no conciliados; en el sexto rubro sobre metrología legal, 01 expediente no conciliado; en el rubro sétimo, 09 expedientes no conciliados; en el octavo rubro, ningún expediente; en el noveno rubro, sobre desistimiento; 01 expediente conciliado y 77 expedientes no conciliados, lo cual hace un total de 78 expedientes.

8.- Podemos observar que durante el año 2007 se tramitó ante el INDECOPI, un total de 2563 expedientes, de los cuales, hubo 02 expedientes por abandono; 33 por acuerdo extraproceso; 384 por conciliación; 01 por concluido por ODI (Oficina descentralizada de Indecopi); 181 por desistimiento; 759 se declararon fundadas; 244 improcedentes, 121; inadmisibles; 358 infundadas; y 480 en trámite.

V.- RECOMENDACIONES

1.- Si bien es cierto que se han introducido algunos cambios en la legislación, la misma es insuficiente para reparar el daño que causa el proveedor al consumidor, con un producto falso, adulterado o información falsa, recomendamos hacer otras modificaciones en la legislación, especialmente en la Ley de Protección al Consumidor.

2.- Recomendamos descentralizar todas las funciones de la Comisión de Protección al Consumidor en las oficinas del INDECOPI, creando por ejemplo los Tribunales Descentralizados de la Competencia y de la Propiedad Intelectual en provincias, para evitar que los expedientes en segunda instancia administrativa, sean resueltos sólo en Lima, agilizando de este modo las denuncias de los consumidores.

3.- Que, conforme lo propugna la Ley de Protección al Consumidor, se instale en Lima y en las principales ciudades del país, el Arbitraje de Consumo, paralelo a la Conciliación Administrativa que viene aplicando el INDECOPI.

VI.- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIBROS

- 1.- ACOSTA ESTÉVEZ, José B. **Tutela Procesal de los Consumidores.** Barcelona, España, José M. Bosch, editor S.A., 1995.
- 2.- ALBALADEJO, M. **Derecho Civil.** Barcelona, España. Tomo I, Vol. I, 1978.
- 3.- ALFARO AGUILA REAL, Jesús. **Las condiciones generales de la contratación.** Madrid, España, Civitas, 1991.
- 4.- ALMEIDA PEÑA, Feliciano. **La Conciliación en la Administración de Justicia.** Trujillo, Perú, Marsol Perú Editores S.A., 1997.
- 5.- ALPA, Guido. **Derecho del Consumidor. (Il Diritto dei Consumatori)** - Traducido por Juan Espinoza Espinoza. Lima, Perú, Editorial Gaceta Jurídica, 2004.
- 6.- ALTERINI, Aníbal. **Temas de Responsabilidad Civil.** La Plata, Argentina. Librería Editorial Platense, s/ed., 1988.
- 7.- BANAS, Geraldo , Ed . **Sistema Brasileiro da qualidade.** Sao Paulo, Brasil Editora Banas, 1998.
- 8.- BARBOSA NOGUEIRA, Ruy. **Curso de Direito Tributário.** Sao Paulo, Brasil, Edit. Saraiva, 1980.
- 9.- BERNALES B., Enrique. **La Constitución de 1993. Análisis Comparado,** Lima, Perú, Constitución y Sociedad ICS. Editores, 3ra. Ed., 1987.
- 10.- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo y SALAS HERNÁNDEZ, Javier. **Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.** Madrid, España, Editorial Civitas, S.A., 1992.

- 11.- BERTRAND, Edmond. **De l'ordre économique á l'ordre collectif.**- Le droit privé francais an milieu du Xxé siècle. (Etudes Offertes a Georges Ripert). T.L. París, France, Libr. Gen.Droit - Jurispr., 1950.
- 12.- BRAUDILLARD, Jean. **A sociedade de consumo.** Lisboa, Portugal, ed. 70, 1981,
- 13.- BOURGOIGNIE, Thierry. "**Consumer law and the europ and community: Issues and prospects**", en Bourgoignie, Thierry, y Trubeck, David, Consumer law. Common Markets and federalism in Europe and the United States, Walter de Gruyter, New York, USA, 1987.
- 14.- BORDA, Guillermo. **Daños causados por productos elaboradores.** Buenos Aires, Argentina, Editorial Depalma, 1997.
- 15.- BOTANA GARCÍA, Gemma Alejandra. **Los Contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles y la protección de los consumidores.** Barcelona, España, José María Bosch Editor S.A., 1994.
- 16.- BOULDING, Kenneth. **Conflict and Defense: a general theory.** New York, USA, Harper & Row, 1961.
- 17.- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de Derecho Usual.** T.I., Bs. Aires, Argentina, Edit. Heliasta.
- 18.- CALAIS - AULOY, Jean. **Droit de la consommation,** Paris, La France, Dalloz, 1986, p.19, citado por Stiglitz, Gabriel, op. cit.
- 19.- CANO HIGUERO, M. **La Protección Procesal de los Intereses Difusos.** Madrid, España, 1983.
- 20.- CAPITANT, Henri. Vocabulario Jurídico. **Traducción de Aquiles Horacio Guaglianone.** Bs. Aires, Argentina. Ediciones Depalma, 1979.
- 21.- CAS, Gérard, y FERRIER, Didier. **Traité de Droit de la consommation,** París, La France, PUF, 1986.

- 22.- COING H. **Signification de la notion de droit subjetif.** En: Archives de Philosophie du Droit, París, France, 19634.
- 23.- **COMISION ANDINA DE JURISTAS. Servicios Públicos, privatización, regulación y protección al usuario en Chile, Colombia y Perú.** Lima, Perú. Comisión Andina de Juristas, 1998.
- 24.- CONGRESO DE LA REPUBLICA. **Los Derechos del Consumidor. Audiencia Pública.** Lima, Perú, Ediciones del Congreso de la República, 1990.
- 25.- COSTANTINO G. **Brevi nota sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi davanti al giudice civile.** En: Le azione a tutela di interessi collettivi. Padova, Italia, 1976.
- 26.- CRUZ BERDEJO, J. **El Acceso de los Consumidores a la Justicia en la Ley General para su defensa.** Madrid, España, En: Ec. 1987.
- 27.- CRUZ BERDEJO, J. **El Acceso de los Consumidores a la Justicia en la Ley General para su defensa.** Madrid, España, En: Ec. 1987.
- 28.- DANA, Daniel. **Cómo pasar del conflicto al acuerdo.** Bogotá, Colombia, Norma, 1992.
- 29.- DE CAMARGO MANCUSO, Rodolfo. **Intereses Difusos.** Sao Paulo, Brasil, Editora Revista Dos Tribunáis, 1947.
- 30.- DE CASTRO Y BRAVO, Federico. **El negocio jurídico.** Madrid, España, Civitas, 1985.
- 31.- DE CASTRO Y BRAVO. **Las cláusulas generales de contratación y la eficacia de las leyes.** Madrid, España, Edit. Civitas, 1985.
- 32.- DE LA LAMA, Antonio. **Código de Enjuiciamientos en Materia Civil.** Lima, Perú. Editorial Librería e Imprenta Gil. 1905.
- 33.- DE LA PUENTE LAVALLE, Manuel y otros. **Contrato & Mercado.** Lima, Perú, Gaceta Jurídica S.A., 2000.

- 34.- DE LEON ARCE, Alicia. **Derechos de los Consumidores y Usuarios**. Valencia, España, Editor Tirant Le Blanch, 2000.
- 35.- DE MORAES FILHO, Evaristo. **Introducao ao Direito de Trabalho**. Río de Janeiro, Brasil. Forense, 1956, vol. L.
- 36.- DIEZ PICAZO, L. **Sistema de Derecho Civil**. Madrid, España- Edit. Bosh, 1981.
- 37.- DIEZ-PICAZO, Luis. **Masificación y contrato**. En Derecho de daños, Homenaje a Jorge Mosset Iturraspe, Depalma, Buenos Aires, Argentina.
- 38.- DIEZ PICASO, Luis. **Fundamentos del derecho civil patrimonial**. Madrid, España, Civitas, Volumen Primero, 1993.
- 39.- DIEZ-PICAZO, Luis. **Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho privado**. Madrid, España, Civitas, 1979.
- 40.- DUGUIT, León. **Les transformations générales du Droit privé depuis le Code Napoleón**. París. La France, Librairie Félix Alcan, 1912.
- 41.- DURAND CARRIÓN, Julio. **Tutela Jurídica del Consumidor y de la Competencia**. Lima, Perú, Edit. San Marcos, 1995, p.36.
- 42.- FALLON, Marc. **Les accidents de la consommation et le Droit. La responsabilité du fait des produits en question: Droit comparé. Méthode expérimentale**, Bruxelles, Bélgica. Bruylant, 1982.
- 43.- FARINA, Juan M. **Defensa del Consumidor y Usuario**. Bs. Aires, Argentina, Editorial Astrea, 1995.
- 44.- FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. **Exposición y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano. Derecho de las personas**, en Código Civil, Vol. IV. Comisión encargada del estudio y la Revisión del Código Civil. Compiladora: Delia Revoredo de Debakey, Lima, Perú, 1985.

- 45.- FESTINGER, L. **Teoría de la disonancia cognoscitiva**. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España. 1975, citado por WORCHEL, Stephen y LUNDGREN, Sharon.
- 46.- FOLBERG, Jay y TAYLOR, Alison. **Mediación: resolución de conflictos sin litigio**. México, Limusa, 1996.
- 47.- FLORES POLO, Pedro. **Diccionario de términos jurídicos**. Trujillo, Perú, Edit. Marsol S.A. T.I.
- 48.- FLOYER ACLAND, Andrew. **Cómo utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones**. Barcelona, España, Paidós empresa 15, 1993.
- 49.- GALGANO, Francesco. Prefazione, en **Il contratto telemático**, a cura de V. Ricciuto y N. Zorzi, en *Tratatto di dir. comm e di dir. pubbl. dell'economía*. Vol. XXVII, Papua, Italia, 2002.
- 50.- GIANNINI, M. La Tutela **Degli Interessi Colletivi Nei Procedimenti**, EN "Le Azioni" Milano, Italia.
- 51.- GRAU, Eros R. **Elementos de Direito Económico**, Sao Paulo, Brasil. R.T.
- 52.- LARRAIN H, Cristina; ITRINIA, M; R. HERNANDEZ P., C y otros. **No se consume con el consumo, educación para el consumo: Educación para la vida**. Santiago de Chile, Chile. CPEIPSERNAC, 1995.
- 53.- LECERI, Michel. **Droits des consommateurs et obligations des services publics**. París, La France. Editions d' Organisation. 1989.
- 54.- LEDESMA NARVAEZ, Marianella. **La Conciliación**. T.I, Lima, Perú. Gaceta Jurídica. 1997.
- 55.- LEW, Julian D.W. **Applicable Law in International Comercial Arbitration**. New York, USA. Oceanía Publications, Inc., 1978.

- 56.- MÉNDEZ PINEDO, Elvira. **La protección de consumidores en la Unión Europea**. Madrid, España. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. 1998.
- 57.- MONTOYA ALBERTI, Ulises. **El Arbitraje Comercial**. Lima, Perú, Cultural Cuzco S.A. Editores, 1988.
- 58.- MOSSET ITURRASPE, Jorge. **Contratos**. Bs. Aires, Argentina, Ediar. 1996.
- 59.- MUELLER, Milton. **An Análisis of ICANN's Uniform Dispute Resolution Policy Syracuse University School of Information Studies'**. Convergence Center. 2000.
- 60.- ORGAZ, Alfredo. **El Daño Resarcible. Actos Ilícitos**. Buenos Aires, Argentina, Ediciones Depalma. 3ra. Edición., 1967.
- 61.- PELLEGRINI GRINOVER, Ada et al. **A tutela dos interesses difusos**. Sao Paulo, Brasil, Editora Max Limonad, Ltda., 1984.
- 62.- POUND, R. **Social Control through law**. Yale, USA. Mc Graw Hill, 1942.
- 63.- PRADE, Pericles. **Conceito de Interesses Difusos**. Sao Paulo, Brasil, Ed.RT., 1987, citado por De Camargo Mancuso, Rodolfo, En: Intereses Difusos, Sao Paulo, Brasil, Editora Revista Dos Tribunais, 1947.o.105.
- 64.- QUINTANA I. **El Acceso de los Consumidores a la Justicia en España .Experiencia Europea**. Madrid, España, En : EC, 1988.
- 65.- RECASENS SICHES,L. **Tratado general de filosofía del derecho**. México, D.F, 1970.
- 66.- RIPERT, Georges. **Le régime démocratique et l'droit civil moderne**. París, La France, Librairie Générale de Droit de Jurisprudence, 1936.
- 67.- ROBERT, Jean. **Arbitrage Civil et Commercial en Droit Interne et International Privé**. París, Francia. Dalloz, 1967.
- 68.- RODOTÁ, Stefano. **Conclusión, en Tendenze evolutivi nella tutela del consumatore**. Nápoli, Italia, 1998, p. 189.

- 69.- RUSKA MAGUIÑA, Carlos. **Manual de Formación y Capacitación de Conciliadores**. Lima, Perú - Centro de Conciliación y Arbitraje - Cámara de Comercio de Lima.
- 70.- SAGÁSTEGUI URTEAGA, Pedro. **La Conciliación Judicial y Extrajudicial**. Lima, Perú, Editorial Rhodas, 1998.
- 71.- SGUBBI, F. **L' Interesse diffuso come oggetto della tutela penale. Considerazioni svolte con particolare riguardo alla protezione del consumitore**, en "LA TUTELA"..., cit.
- 72.- SINGER, Linda. **Resolución de Conflictos, técnicas de actuación en los ámbitos empresarial, familiar y legal**. Bs. Aires, Argentina, Edit. Paidós, 1996
- 73.- STIGLITZ, Gabriel. **Defensa de los consumidores de productos y servicios** Buenos Aires, Argentina. Ediciones La Rocca, 2001
- 74.- STIGLITZ, Rubén y STIGLITZ, Gabriel. **Contratos por Adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor**. Bs. Aires, Argentina. Edit. Depalma, 1985.
- 75.- SUARES, Marinés. **Mediación, Conducción de disputas, comunicación y técnicas**. Bs. Aires, Argentina, Edit. Paidós.
- 76.- TABOADA CORDOBA, Lizardo. **Elementos de la Responsabilidad Civil**. Lima, Perú, Editora Jurídica Grijley, 2001, 53-55.
- 77.- TULLIO, **Il Contrato por adesione. Tra il diritto comune dei contratti e la novella sui contratti dei consumatori**, Milano, Italia, Giuffré, 1997.
- 78.- TRAZEGNIES, Fernando de. **La Responsabilidad Extracontractual**. Biblioteca para Leer el Código Civil. Vol. IV- T. II, Lima, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú (PUC) - Fondo Editorial, 1990.

79.- TRUBECK, David M. **Consumer law, common markets and federals: Introduction and general concepts**. En: Bourgoignie, Thierry, y Trubeck, David Consumer, cit.

80.- TRUMPY, Thomas. **Consumer protection and product liability: Europe and the EEC**, " The North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation", 1986, vol. 11, n° 2,

81.- UNION EUROPEA: **MERCOSUR. Seminario la defensa del consumidor en el marco de la integración regional**. Montevideo, 6 y 7 de diciembre de 1996. Montevideo, Uruguay, Lapsus, 1998.

82.- VEGA MERE, Yuri. **Consumidor, contrato y sociedad postindustrial**. Lima, Perú. Universidad de Lima, 1998.

83.-VEGA MERE, Yuri. **Contratos de Consumo** Lima, Perú. Edit. Grijley. 1984.

84.- VIGORITTI V. **Interessi colletivi e processo**. Milano, Italia, Editoriale Francesco. 1979.

85.- ZEGARRA ESCALANTE, Hilmer. **Formas Alternativas de Concluir un Proceso Civil**. Trujillo, Perú – Marsol Perú Editores S.A., 1998.

REVISTAS Y PERIODICOS

1. AGUILERA RAMOS, Agustín. **La Protección de los Consumidores**, Revista de Derecho Mercantil, No. 161-162, 1981, Madrid, España.
2. AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION. **A Bussinessman's Guide to Commercial Arbitration**. (Guía de Arbitraje Comercial para hombres de negocios).
3. ANGELES SANTANDER, Diana. **La mediación: mecanismo alternativo**. Lima, Perú, Diario oficial " El Peruano", de 11 de Agosto de 1997.
4. BARRERA GRAF, José. **La responsabilidad del producto, en el Derecho Mexicano**. En : Revista de Derecho Mercantil No. 143-144, Año 1977.

5. BARRON FLORES, María Katia. **Competencia Desleal y economía**. En: Revista Peruana de Derecho de la Empresa. N° 46 (monográfico sobre Mercado y Empresa). Lima, 1997.
6. BOURGOIGNIE, Thierry. **Elements pour une théorie du droit de la consommation**. En : « Droit et Consommation », Story Scientia, Bruselas, Bélgica, 1988.
7. BULLARD GONZÁLES, Alfredo. **Firme primero, lea después. La contratación masiva y la defensa del consumidor**. En: Revista Estudios de análisis económico del derecho, ARA, Lima, Perú, 1996.
8. CELI ARÉVALO, Marco. **El Arbitraje como alternativa de justicia**”. En: Revista Jurídica del Colegio de Abogados de La Libertad. Año XL N° 133- Enero-Diciembre de 1995. Editorial Libertad EIRL.
9. DAVERAT. Responsabilité du fait des produits pretendus defectueux, cit. por Andorno. **Responsabilidad del fabricante en el derecho francés**. Buenos Aires, Argentina. Revista la Ley. Diario del 21 de Octubre de 1992.
10. GARCÍA AMIGO, M. **Condiciones generales de los contratos**. Madrid, España, Editorial Revista de Derecho Privado, pp. 14 y 15.
11. GOZAINI, Osvaldo. **La conciliación en el Código Procesal Civil. Teoría y Técnica**. En: Revista Peruana de Derecho Procesal, Lima, Perú, Marzo, 1998,
12. NANA, **La réparation des demmages causes para les vices d'une chose** p. 327; Trigo Represas. La responsabilidad del fabricante. Rev. La Ley, 1982-B, p. 679; es también la solución de la Directiva de la C.E.E., del 27 de Julio de 1985. (art. 7.a).
13. PELLEGRINI GRINOVER, Ada. **Il nuovo processo brasiliano del consumitore** **Revista di Diritto Processuale**, Papua, Italia, núm 4, octubre – diciembre de 1991.

14. STIGLITZ, Gabriel A. **Derecho del Consumidor**. Rosario, Provincia de Santa Fe, Argentina. Editorial Juris. Instituto Argentino de Derecho del Consumidor, 1992.
15. T. WILHELMSSON, Private Law in the EU: **Harmonised or Fragmented Europeanisation?** E "European Review of Private Law", 2002.

ENCICLOPEDIAS

2. **ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA**, T. IX, Buenos Aires, Argentina, Editorial Driskill, s/ec, 1991.

INTERNET

1. CHAMORRO, Carolina e TROYA, María José. **Protección constitucional de los consumidores en Ecuador**. *Ámbito jurídico*, marzo, 1999 (Internet) <http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dconsu0013.html>- 16 de Agosto del 2005.
2. **REVISTA ACTA ACADEMICA**. Universidad Autónoma de Centro América. INTERNET. file: A:/ rosoca.htm.
3. www.monografías.com/trabajos.

LEGISLACIÓN

1. **CONSTITUCIÓN POLÍTICA-1993**. Lima, Perú, Editorial Inkari.
2. **CÓDIGO PROCESAL CIVIL**. Lima, Perú. Editorial Inkari, 1995.
3. **NORMAS DE LA PUBLICIDAD EN DEFENSA DEL CONSUMIDOR**, Decreto Legislativo N° 691, de fecha 05 de Noviembre de 1991. Lima, Perú, Folleto editado por INDECOPI.
4. **LEY DE PROTECCION AL CONSUMIDOR**, Decreto Legislativo No. 716, de fecha 07 de Noviembre de 1991. Lima, Perú, Folleto editado por INDECOPI.

5. **LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INDECOPI**, Decreto Ley N° 25868, del 06 de Noviembre de 1992. Lima, Perú, Compilación Legislativa de Propiedad Intelectual. Editorial Gráfica Pacific S.A. 1996, Editado por INDECOPI.
6. **REGLAMENTO DE LA LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INDECOPI.**, D.S. N° 025-93-ITINCI, del 04 de Octubre de 1993. Lima, Perú, Compilación Legislativa de Propiedad Intelectual. Editorial Gráfica Pacific S.A., 1996, Editado por INDECOPI.
7. **LEY SOBRE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI**, Decreto Legislativo N° 807, de fecha 16 de Abril de 1996, que modifica el D.L. No. 25868. Lima, Perú, Compilación Legislativa de Propiedad Intelectual. Editorial Gráfica Pacific S.A., 1996, Editado por INDECOPI.
8. **LEY DE FORTALECIMIENTO DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR.** Ley N° 27311, de fecha 17 de Julio del 2000. Lima, Perú. Diario Oficial " El Peruano", que modifica parcialmente el Decreto Legislativo No. 716, Ley de Protección al Consumidor.
9. **DECRETO SUPREMO N° 039-2000-ITINCI, del 11 de diciembre de 2000**, Texto Unico Ordenado del Decreto Legislativo N° 716, Ley de Protección al Consumidor.

Trujillo, Abril del 2010

ANEXOS

FICHA PARA LA RECOPIACIÓN DE DATOS DE EXPEDIENTES ADMINISTRATIVOS DEL INDECOPI (COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y TRIBUNAL DE LA COMPETENCIA).

Resolución Final N°

Expediente N°

Denunciante :

Denunciado :

Materia : CONCILIACIÓN

Lima,

1. HECHOS

2. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

3. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

4. DISCUSIÓN DE LA COMISIÓN

Archivar el presente procedimiento

Con la intervención de los señores comisionados:

Firmado

Sr.