

HACIA LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN LA COMUNIDAD ANDINA

Moisés Rejanovinschi Talledo
Departamento Académico de Derecho, PUCP*

Categoría profesores

A Sandra, mi apoyo en todos mis proyectos

El autor propone una decisión andina que reconozca derechos a los consumidores, pues la Comunidad Andina, desde su creación, busca mejorar el nivel de vida de sus habitantes. Si bien actualmente existen decisiones andinas —en el ámbito de la competencia, la propiedad intelectual o las telecomunicaciones— que de manera indirecta o sectorial protegen a los consumidores, es necesario un tratado de la Comunidad Andina que establezca expresamente los derechos mínimos de los consumidores. Se plantea un estándar de consumidor que busque premiar comportamientos diligentes. A su vez, se formulan con una serie de ejemplos como derechos de los consumidores los de información e idoneidad, la protección de los intereses económicos, la seguridad y la salud, y se rescata, igualmente, la importancia de las asociaciones de consumidores en la defensa de intereses indeterminados de los consumidores. Finalmente, los mecanismos procesales deben ser eficaces como herramientas para ejercer los derechos.

I. Introducción

Con el Acuerdo de Integración Subregional Andino, llamado Acuerdo de Cartagena, suscrito el 26 de mayo de 1969 se creó la Comunidad Andina, conformada actualmente por los países de Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia¹. En su artículo 1 señala como objetivos «promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social; acelerar su crecimiento y la generación de ocupación; facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano» (Comunidad Andina, 1969).

Adicionalmente, el segundo párrafo del artículo 1 agrega como objetivos adicionales de la Comunidad Andina «propender a disminuir la vulnerabilidad externa y mejorar la posición de los Países Miembros en el contexto económico internacional; fortalecer la solidaridad subregional y reducir las diferencias de desarrollo existentes entre los Países Miembros» (Comunidad Andina, 1969).

* <http://www.pucp.edu.pe/profesor/mois-es-rejanovinschi-talledo/>

1 Mayor información sobre la creación de la Comunidad Andina se puede encontrar en su portal institucional: <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=195&tipo=QU&title=resena-historica>

Finalmente, el tercer párrafo del artículo I del Acuerdo de Cartagena —y de mayor relevancia para el presente documento— establece que los objetivos anteriormente señalados «tienen la finalidad de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión [énfasis añadido]» (Comunidad Andina, 1969).

Se considera para el presente trabajo que el Tratado de Creación de la Comunidad Andina, al apuntar a garantizar el bienestar de los habitantes, también busca una mejora en el nivel de vida de los consumidores. Para ello se propondrán algunos lineamientos a considerar en la aprobación de una decisión andina que reconozca necesariamente la protección de los derechos de los consumidores².

Una consecuencia jurídica de contar con una decisión andina es la preeminencia y aplicación directa de las normas comunitarias frente a las normas nacionales: de acuerdo a lo indicado, una decisión andina sobre protección al consumidor prevalecerá en caso de conflicto, frente a una norma nacional de un miembro de la Comunidad Andina. Asimismo, la falta de regulación en un país miembro sobre protección al consumidor no será obstáculo para la aplicación directa de una decisión andina sobre protección al consumidor.

La supremacía y aplicación directa de las normas de la Comunidad Andina se encuentran en el razonamiento de la Interpretación Prejudicial 30-IP-98 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina:

El efecto que tiene el principio, intrínseco al Derecho Comunitario, de la aplicabilidad directa, obliga a los jueces nacionales y a cualquier otra autoridad a aplicar en sus actos judiciales o administrativos el derecho comunitario involucrado en la materia respectiva, sin que aquellos puedan resistirse a esa aplicación, so pretexto de que exista una norma nacional anterior o posterior contraria a la comunitaria. La aplicabilidad directa es una obligación que nace por sí misma y sin requerimiento o declaración de ninguna especie.

Resumiendo lo dicho anteriormente, este Tribunal concluye [...] que el Ordenamiento Jurídico Comunitario Andino prevalece sobre el Derecho interno de los Países Miembros, no requiriendo de norma interna alguna para entrar en vigencia en el territorio de los Países Miembros de la Comunidad y pasa a formar parte del ordenamiento jurídico que en ellos se aplica, por lo que resulta innecesario, impertinente y contraproducente cualquier actuación de Derecho interno de índole legislativa, ejecutiva [...] o judicial, que se interponga entre la norma comunitaria y la norma nacional. (Proceso 030-IP-98, numeral III, p. 7)

Es necesario precisar que la Decisión n.º 539 de la Comunidad Andina establece una Mesa Andina sobre la Promoción y Protección de los Derechos del Consumidor; «como instancia consultiva dentro del marco del Sistema Andino de Integración, para promover la activa participación de las instituciones, públicas y privadas, vinculadas con la defensa de los derechos del consumidor en los Países Miembros de la Comunidad Andina, en los procesos de concertación social y de toma de decisiones de la integración subregional en las áreas de su interés» (Comunidad Andina, 2003).

Esta mesa andina se instaló el 14 de mayo de 2009, y el 6 de marzo de 2013 efectuó la Declaración de Quito, en la cual se reafirmó el compromiso de «fortalecer y avanzar las

2 Esto es relevante pues a la fecha de la elaboración del presente documento no se cuenta con una decisión andina que expresamente regule la protección de los derechos de los consumidores.

actividades que despliega la Mesa Andina [...] como un elemento importante que apunta a la gradual consolidación de los grandes objetivos que persigue el proceso andino de integración, a través de un esfuerzo coordinado de las instituciones públicas y privadas que trabajan por la defensa de los derechos de los consumidores en los países andinos» (Comunidad Andina, 2003)³.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha propuesto una agenda positiva, en la que se incluya la protección al consumidor «y, de ser el caso, [...] la elaboración de diversas Decisiones que aborden temas puntuales de interés para los habitantes *vis à vis*, sus consumidores» (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2014, p. 3), sin concretarse a la fecha la propuesta del tribunal en una decisión andina. Esta situación es preocupante, pues se percibe que la protección de los consumidores no es prioritaria en el ámbito supranacional. Lo que se plantea en el presente documento es que, antes de aprobar decisiones sectoriales, se debe empezar con una línea base mediante derechos iniciales de los consumidores.

Es posible concluir que la protección al consumidor es una herramienta importante para el proceso andino de integración, pues, como se ha adelantado, la creación de la Comunidad Andina tiene como finalidad mejorar el nivel de vida de los consumidores. Por ello, es necesaria la aprobación de una decisión andina que establezca un marco mínimo de derechos, así como mecanismos procesales para la defensa de manera efectiva de los mismos.

Los países andinos cuentan con intervención diversa —mayor o menor— del Estado en la economía consagrada en sus constituciones, y también reconoce derechos a los privados. En la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, el artículo 306 señala que el modelo económico boliviano es plural y orientado a mejorar la calidad de vida y vivir bien de los bolivianos, formada por una economía plural en la que también está presente el Estado. El artículo 308 reconoce y garantiza la libre iniciativa privada y la libertad de empresa. Asimismo, en los numerales II.1 y II.4 de su artículo 311, se puede observar que el Estado ejerce la dirección integral del desarrollo económico y sus procesos de planificación; podrá a su vez el Estado intervenir en la cadena productiva de sectores estratégicos para garantizar el abastecimiento y preservar la calidad de vida de los bolivianos.

En lo referente a la protección constitucional del consumidor, el artículo 75 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia establece como derechos el «suministro de alimentos, fármacos y productos en general, en condiciones de inocuidad, calidad, y cantidad disponible adecuada y suficiente, con prestación eficiente y oportuna del suministro [...] [y] la información fidedigna sobre las características y contenidos de los productos que consuman y servicios que utilicen».

En la Constitución de la República del Ecuador, el numeral 4 del artículo 277 señala que son deberes del Estado, para conseguir el buen vivir de los ciudadanos, producir bienes, crear y mantener infraestructura, y proveer servicios públicos. El artículo 66 reconoce como derecho de las personas el realizar actividades económicas. A su vez, el artículo 288 señala que el sistema económico es social y solidario, «propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir. El sistema económico se integrará por las formas de organización económica pública,

3 De acuerdo con lo indicado en el portal de la Comunidad Andina (<http://www.comunidadandina.org>), y con motivo de su I Reunión Extraordinaria celebrada en Quito, Ecuador, los días 4, 5 y 6 de marzo de 2013 y por la realización del I Ciclo de Conferencias de los Consumidores Andinos denominado «Los pasajeros andinos conocen sus derechos».

privada, mixta, popular y solidaria» (Asamblea Nacional Constituyente de Ecuador; art. 288), y otras que determinen su Constitución. En su artículo 335, el Estado define una política de precios orientada a proteger la producción nacional.

El artículo 52 de la Constitución de la República del Ecuador apunta que los consumidores tienen el derecho a «disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características» (Asamblea Nacional Constituyente de Ecuador; art. 52) delegando a la legislación mecanismos de control de calidad, mecanismos de defensa, sanción e indemnización.

En la Constitución Política de Colombia, el artículo 333 indica que la iniciativa privada es libre. El mismo artículo indica que «la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial». En el artículo 334 se reconoce la intervención estatal de manera especial «para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones».

En lo referente a la protección de los consumidores, el artículo 78 de la Constitución Política de Colombia delega a la legislación el control de calidad de bienes y servicios, y la información que se suministre. Hace énfasis en que, según lo que establezca la norma, «serán responsables [...] quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios». Además, el Estado «garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas».

La Constitución Política del Perú (1993) manifiesta, en su artículo 58, que la libre iniciativa privada, la cual «se ejerce en una economía social de mercado» actuando el Estado principalmente en «áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura». Adicionalmente, el artículo 60, al reconocer el pluralismo económico, determina el rol subsidiario del Estado: «[s]olo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional».

La protección al consumidor se encuentra en el artículo 65 de la Constitución Política del Perú, que estipula que el Estado «defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población».

Como se puede apreciar, las constituciones de los países andinos no han sido ajenas, sin importar una mención mínima, a la protección de los consumidores. Para incrementar esta protección y afianzar la integración comunitaria será necesaria una decisión andina, pues un indicador adicional son las exportaciones entre los miembros de la Comunidad Andina: «[d]urante el año 2015, Colombia es el que mayor participación presenta, con 35.9%, seguido por el Perú con 27.8%, Ecuador con 23.0% y Bolivia con 13.3%» (Comunidad Andina, 2016, p. 56). Los países andinos realizan intercambios de productos y servicios, y el consumidor debe ser considerado en las consecuencias legales de dichas transferencias.

Un determinado modelo económico o político no puede ser obstáculo para promover la defensa de los consumidores ni para plantear una decisión andina que los proteja, ya que, como se indicará en la definición de consumidor, este es el destinatario final de transacciones que se dan en un mercado, sea regulado o no, y, por tanto, merece protección (pues satisface sus necesidades mediante la adquisición de productos y servicios). Asimismo, ya sea el proveedor una entidad pública o un particular, no será relevante siempre que el consumidor actúe como destinatario final para satisfacer sus necesidades.

El consumidor no espera un periodo determinado de años para elegir autoridades gubernamentales o ejercer iniciativas legislativas o fiscalizadoras mediante representantes, sino que elige día a día, hora a hora, mesa a mesa de sufragio económico, desde que amanece hasta las últimas horas del día —incluso en determinadas circunstancias las 24 horas—, a nivel local y comunitario, de manera libre y democrática a quién preferir en el mercado.

Si se defiende la democracia como un valor de un Estado de derecho, promovido por la capacidad y libertad de elegir. También se debe defender la libertad democrática en el mercado, en la cual los consumidores son protagonistas diariamente, en todo momento. El poder del consumidor se verá afianzado con la supremacía de la aplicación de las normas comunitarias.

2. Decisiones andinas con implicancias indirectas en la protección de los consumidores

Actualmente, se cuenta con decisiones andinas que, de manera indirecta, protegen a los consumidores. Así, por ejemplo, se cuenta con la Decisión n. ° 608, que aprueba las Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina. El objetivo de la Decisión n. ° 608, de acuerdo con su artículo 2, es «la protección y promoción de la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina, buscando la eficiencia en los mercados y el bienestar de los consumidores [énfasis añadido]».

La competencia es «aquella situación en que se encuentran las empresas que concurren en el mercado, en virtud de la cual cada transacción comercial que efectúa cualquiera de ellas puede ser representada por las demás como una oportunidad comercial perdida» (Baylos, 1993, p. 255). Por lo tanto, es importante que exista competencia entre proveedores de productos, pues esta permitirá que los consumidores cuenten con mayores opciones para elegir productos o servicios.

La protección de los derechos de los consumidores forma parte del derecho ordenador del mercado y tiene por objeto «regular los derechos y obligaciones de los agentes económicos (privados y el Estado) en el mercado o tráfico económico. Para mayor precisión, es una disciplina jurídica ordenadora (vía la regulación) del comportamiento de quienes participan o desarrollan actividades económicas (los empresarios y consumidores) y del propio Estado en la medida que interviene en el mercado. De allí que sea necesario considerar como requisito previo la existencia de esta clase de sistema o modelo económico» (Diez-Canseco, 1997, p. 41). Entre las disciplinas que forman parte del derecho ordenador del mercado, se encuentran, además del derecho de la protección al consumidor, el derecho de la libre competencia y el derecho de la represión de la competencia desleal (Diez-Canseco, 1997, p. 41).

Asimismo, retomando la cita del artículo 2 de la Decisión n. ° 608, el bienestar de los consumidores como objetivo se consigue de manera indirecta al defender el proceso competitivo. A manera de ejemplo, el literal a) del artículo 7 de la Decisión n. ° 608 tipifica como una conducta restrictiva a la libre competencia aquellos acuerdos que tengan el propósito o efecto

de «fijar directa o indirectamente precios u otras condiciones de comercialización». La fijación de precios restringe la libertad de elección de los consumidores; en ese sentido, se evidencia una protección indirecta por las normas de libre competencia con la Decisión n. ° 608.

El proceso de libre competencia —y, de manera indirecta, de protección a los consumidores— es trascendente para un proceso de integración comunitaria: «[r]esulta por eso, esencial para la buena marcha de la cooperación subregional que los países se comprometan a mantener reglas de juego compatibles con la operación del intercambio comercial dentro de esquemas de libre competencia e igualdad en las relaciones entre ellos, de modo que se cumpla el propósito de la integración económica, el cual es el de aglutinar los diversos mercados de los países integrantes reduciendo o eliminando los obstáculos al intercambio comercial recíproco, a fin de que el mercado ampliado cumpla las funciones de expansión comercial y mejore las condiciones de competitividad en la región» (Proceso 117-AI-2004, citado en el Proceso 193-IP-2007, numeral 2, p. 12).

Esta protección indirecta de los consumidores se aprecia en las normas de libre competencia peruanas: el Decreto Legislativo n. ° 701⁴ y el Decreto Legislativo n. ° 1034⁵, este último actualmente vigente. Ambas normas regulan como un acto contrario a la libre competencia la fijación de precios.

Así, bajo la aprobación del Decreto Legislativo n. ° 701, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, INDECOPI) sancionó con multas oscilantes entre 10 y 40 UIT⁶ a la Asociación Peruana de Empresas de Seguros (en adelante, APESEG), El Pacífico Peruano Suiza Compañía de Seguros y Reaseguros, Generali Perú Compañía de Seguros y Reaseguros, La Positiva Seguros y Reaseguros S.A., Mapfre Compañía de Seguros y Reaseguros, Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros, Royal & Sunalliance Seguros Fénix y Sul América Compañía de Seguros por haber concertado el precio de las primas del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (en adelante, SOAT) durante el periodo comprendido entre diciembre de 2001 y abril de 2002 (Resolución n. ° 224-2003/TDC-INDECOPI)⁷.

En Colombia, las normas que regulan la libre competencia son la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009. El artículo 47 del Decreto 2153 considera ejemplos de acuerdos, sancionables por ser contrarios a la libre competencia, «los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios; [...] los que tengan por objeto o tengan como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros; [...] los que tengan por objeto o tengan como efecto la repartición de mercados entre productores o entre distribuidores».

Por infracción a las normas de libre competencia, la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia ha sancionado a los productores de papel higiénico y otros papeles suaves Colombiana Kimberly Colpapel S.A., Productos Familia S.A., C.Y P. del R. S.A. y Papeles Nacionales S.A., así como a sus directivos. La investigación de la superintendencia determinó

4 Ley que elimina las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, derogado por el Decreto Legislativo n. ° 1034.

5 Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

6 En el año 2003, fecha en que se sancionó a los denunciados, la UIT ascendió a S/ 3100.00.

7 Los denunciados interpusieron una demanda judicial cuestionando la validez de la resolución administrativa que los sancionaba; sin embargo, la legalidad de la misma fue confirmada por el Poder Judicial peruano. Véase: <http://elcomercio.pe/economia/705215/noticia-aseguradoras-si-concertaron-precios-soat-2001>.

que los involucrados, durante los años 2000 al 2013, incurrieron «en una conducta concertada, continuada y coordinada para fijar artificialmente el precio de los papeles suaves en Colombia, sector integrado por 4 productos: papel higiénico; servilletas; toallas de cocina; y pañuelos para manos y cara» (Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, 2016a).

Por su parte, en Bolivia se cuenta con el Decreto 29519, y Ecuador tiene la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado.

Otra decisión andina que también protege de manera indirecta a los consumidores es la Decisión n.º 486, que aprueba el Régimen Común sobre Propiedad Industrial. Revisando las prohibiciones al registro de marcas podemos citar la prohibición relativa —es decir, que afecta derechos de particulares o terceros— de riesgo de confusión o asociación del literal a) del artículo 136: «No podrán registrarse como marcas aquellos signos cuyo uso en el comercio afectara indebidamente un derecho de tercero, en particular cuando: a) sean idénticos o se asemejen, a una marca anteriormente solicitada para el registro o registrada por un tercero, para los mismos productos o servicios, o para productos o servicios respecto de los cuales el uso de la marca pueda causar un riesgo de confusión o de asociación».

La primera función de un signo distintivo es la función indicadora de procedencia empresarial o función distintiva, en la que se vincula un signo que diferencia un producto o un servicio con un origen empresarial, función en la que participan los consumidores: «Al contemplar una marca puesta en relación con un producto o un servicio, el consumidor piensa lógicamente que el producto o servicio procede de una determinada empresa: de aquella empresa que proceden todos los productos o servicios de la misma clase que están dotados de la misma marca» (Fernández-Novoa, 1978, p. 35).

Una función adicional de los signos distintivos es la función indicadora de calidad del producto o servicio, mediante la cual el consumidor asigna a los productos o servicios de una marca una calidad determinada en función de su experiencia de consumo: «[...] en relación con el artículo de marca que es conocido por propia experiencia o bien por consecuencia de las informaciones proporcionadas por otros consumidores [énfasis añadido] [...] el consumidor piensa que el artículo posee aquellas características que le son propias de todos los artículos del mismo género que llevan sobre sí la misma marca» (Fernández-Novoa, 1978, p. 40)⁸.

Teniendo en cuenta la participación de los consumidores en la función distintiva e indicadora del origen empresarial, es necesario que el registro de los signos distintivos se proteja de riesgos de confusión y asociación, y tome como criterios la similitud gráfica, fonética, conceptual y, como indica el Decreto Legislativo n.º 1075, también la apreciación del consumidor⁹.

A mayor abundamiento y teniendo en cuenta lo dispuesto en el literal a) del artículo 136:

Los signos que aspiren a ser registrados como marcas deben ser suficientemente distintivos y, en consecuencia, no deben generar confusión con otras marcas debidamente registradas que gozan de la protección legal concedida a través del mismo y del derecho que de él se desprende, consistente en hacer uso de ellas con exclusividad.

8 También determinadas marcas, como las notorias o renombradas por la implantación en la mente de los consumidores, tienen una función adicional, la del *goodwill*, prestigio o buena fama de la marca. Sobre esta última función véase: Fernández-Novoa (1978, pp. 54 y ss).

9 Decreto Legislativo n.º 1075: «Artículo 45. Determinación de semejanza. A efectos de establecer si dos signos son semejantes y capaces de inducir a confusión y error al consumidor; la Dirección competente tendrá en cuenta, principalmente, los siguientes criterios: [...] b) el grado de percepción del consumidor medio».

Según la Normativa Comunitaria Andina no es registrable un signo confundible ya que no posee fuerza distintiva. De permitirse su registro se atentaría contra el interés del titular de la marca anteriormente registrada y el de los consumidores. La prohibición de registro de signos confundibles contribuye a que el mercado de productos y servicios se desarrolle con transparencia y así el consumidor no se vea expuesto a incurrir en error al realizar la elección de los productos que desea adquirir [énfasis añadido]. (Proceso 04-IP-2012, numeral V.2, p. 6)

Es posible afirmar que, con la finalidad de contar con una información transparente en el mercado, se protege de manera directa al titular del signo distintivo y de manera indirecta, al consumidor para evitar que tome una decisión de consumo equivocada, creyendo erróneamente comprar un signo con un origen empresarial distinto al que pensaba o si bien distingue los signos distintivos, puede equívocamente imaginar que entre un signo y otro exista un vínculo empresarial o económico. En el caso de las prohibiciones relativas que protegen indirectamente a los consumidores adicionalmente, se encuentran los demás supuestos regulados en el artículo 136: (i) cautelar el registro de riesgo de confusión o asociación de un nombre comercial, lema comercial, marca del representante, marca notoriamente conocida¹⁰; (ii) proteger a las personas afamadas¹¹; (iii) afectación a la propiedad industrial o derecho de autor de tercero¹²; (iv) afectación de comunidades indígenas, afroamericanas o locales¹³.

Adicionalmente, en el ámbito de las prohibiciones absolutas —que protegen el interés público— establecidas en el artículo 135 de la Decisión n. ° 486, existen supuestos que indirectamente protegen a los consumidores. A manera de ejemplo, el literal i) del artículo 135 prohíbe el registro de signos distintivos que «puedan engañar a los medios comerciales o al público, en particular sobre la procedencia geográfica, la naturaleza, el modo de fabricación, las características, cualidades o aptitud para el empleo de los productos o servicios de que se trate».

El Tribunal de la Comunidad Andina señala que el objetivo de esta prohibición es:

[r]esguardar el orden público amparando, por un lado, al consumidor, por medio de proteger su autonomía y de evitar que incurra en error al elegir y utilizar un determinado producto o servicio por estimar, equivocadamente, que adquiere uno de ciertas características o de determinada procedencia, cuando en realidad se hace de otro diferente que no tiene las especificidades deseadas o requeridas [énfasis añadido]; y, por otro, protegiendo al productor, pues cuando se prohíbe el registro de signos engañosos, se impide o evita el uso de prácticas desleales de comercio que menoscaben el legítimo posicionamiento que hayan logrado en el mercado productos identificados con marcas de las cuales es éste titular. (Proceso 22-IP-2011, numeral 3.3, pp. 16 - 17)

Nuevamente, mediante una prohibición absoluta de registro de una marca, indirectamente se protege a los consumidores para evitar que elijan sobre la base de información errónea acerca de la procedencia geográfica o cualidades de un producto.

10 Revisar los literales b), c), d), h) del artículo 136 de la Decisión n. ° 486.

11 Revisar el literal e) del artículo 136 de la Decisión n. ° 486.

12 Revisar el literal f) del artículo 136 de la Decisión n. ° 486.

13 Revisar el literal g) del artículo 136 de la Decisión n. ° 486.

Si bien no existe una decisión andina que exclusivamente reconozca los derechos de los consumidores, se cuenta con una norma andina de carácter sectorial que protege a los consumidores o usuarios de servicios de telecomunicaciones. La Decisión n. ° 638 aprueba los Lineamientos para la Protección al Usuario de Telecomunicaciones de la Comunidad Andina y reconoce, en su artículo 2, los siguientes derechos de los usuarios:

privacidad e inviolabilidad de sus telecomunicaciones, así como al mantenimiento de la reserva de todos los datos personales vinculados al servicio adquirido y que han sido suministrados a terceros [...] acceso y la prestación continua y eficiente de un conjunto mínimo de servicios de telecomunicaciones que incluya, al menos, un precio razonable y la medición de sus consumos mediante instrumentos tecnológicos apropiados [...] elección libre del prestador del servicio y del proveedor de los bienes necesarios para su utilización [...] acceso a información clara, precisa, cierta, completa, oportuna y gratuita acerca de las tarifas y planes tarifarios vigentes y la manera de utilizar con eficiencia y seguridad el servicio respectivo [...] recepción y respuesta rápida y eficaz de todas sus solicitudes, quejas y/o reclamos derivados de la prestación de los servicios de telecomunicaciones [...] posibilidad de presentar quejas, reclamos y denuncias ante la autoridad competente por violaciones a los derechos del usuario [...] facturación oportuna y clara de la totalidad de los cargos y servicios del cual es usuario [...] información previa, oportuna y adecuada sobre la suspensión, restricción o eliminación de los servicios de telecomunicaciones que haya contratado [...] compensación o reintegro que corresponda por tiempo que el servicio no haya estado disponible al usuario, por causas imputables a los operadores o proveedores [...] prestación del servicio sin ser obligado o condicionado a adquirir otro bien o servicio [...] acceso de manera gratuita a los servicios de información y emergencia.

A su vez, la Decisión n. ° 619 regula normas sobre derechos y obligaciones de usuarios, transportistas y operadores de los Servicios de Transporte Aéreo en la Comunidad Andina; la Decisión n. ° 483 adopta normas para el control y comercialización de productos veterinarios; la Decisión n. ° 516 armoniza las legislaciones andinas en materia de productos cosméticos; la Decisión n. ° 706 regula los regímenes sanitarios, de control de calidad y vigilancia sanitaria, y comercialización de productos de higiene doméstica y productos absorbentes de higiene personal. Estas decisiones se encuentran vinculadas a la salud de los consumidores.

Se puede apreciar una gama de derechos reconocidos a los consumidores como usuarios de servicios de telecomunicaciones, que puede abarcar telefonía fija, móvil, internet, cable y otros que puedan brindarse en el futuro, pero en un ámbito sectorial específico. Por tanto, es necesaria una decisión andina que proteja a los consumidores de manera general en otros sectores económicos.

3. Consumidor que debe ser protegido

El consumidor es parte del proceso competitivo, pues como demandantes de bienes o servicios contribuyen con sus decisiones a la eficiente asignación de recursos en un mercado determinado. Según las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor, existen los siguientes fundamentos para proteger a los consumidores: «los consumidores afrontan a menudo desequilibrios en cuanto a capacidad económica, nivel de educación y poder de negociación; y teniendo en cuenta que los consumidores deben tener el derecho de acceso a productos que no sean peligrosos, así como la importancia de promover un desarrollo económico y social justo, equitativo y sostenido, y la protección del medio ambiente» (Naciones Unidas, 2003, numeral I.1).

La Unión Europea no solo cuenta con diversas normas¹⁴ que regulan varios aspectos de la protección al consumidor; sino que tienen una Agenda del Consumidor que prioriza la seguridad y educación de los consumidores, vela por la aplicación de las normas de protección al consumidor y las actualiza a los cambios sociales (Comisión Europea, 2014, p. 12). La Agenda de la Comunidad Andina, de acuerdo con esta propuesta, será emitir una decisión andina que proteja a los consumidores.

Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia, como países miembros de la Comunidad Andina, cuentan con leyes que reconocen derechos a los consumidores. Cada una de ellas tiene las siguientes definiciones de consumidor:

Tabla 1

Colombia Ley 1480 (12.04.12 ¹⁵)	Artículo 5. DEFINICIONES. Para los efectos de la presente ley, se entiende por: [...] Consumidor o usuario. Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario.
Ecuador Ley 2000-21 (10.07.00) ¹⁶	Artículo 2. [...] CONSUMIDOR.- Toda persona natural o jurídica que como destinatario final, adquiera, utilice o disfrute bienes o servicios, o bien reciba oferta para ello. Cuando la presente ley mencione al Consumidor; dicha denominación incluirá al Usuario.
Perú Ley 29571 (02.10.10 ¹⁷)	Artículo IV.- Definiciones. Para los efectos del presente Código, se entiende por: 1. Consumidores o usuarios 1.1 Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. No se considera consumidor para efectos de este Código a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor. 1.2 Los microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios que no formen parte del giro propio del negocio. 1.3 En caso de duda sobre el destino final de determinado producto o servicio, se califica como consumidor a quien lo adquiere, usa o disfruta.
Bolivia Ley 453 (06.12.13 ¹⁸)	Artículo 5º.- (Definiciones) Para los efectos de la presente Ley se establecen las siguientes definiciones: 1. Usuarías y Usuarios, Consumidoras y Consumidores. Son las personas naturales o jurídicas que adquieran, utilizan o disfrutan productos o servicios, como destinatarios finales.

14 A manera de ejemplo, el Reglamento n.º 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 27 de octubre de 2004, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación de protección de los consumidores, conocido como el Reglamento sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores. También se puede citar a la Directiva n.º 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 03 de diciembre de 2001, relativa a la seguridad general de los productos.

15 Sobre fecha de vigencia, véase: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1480_2011.html

16 Sobre fecha de vigencia, véase: <http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=11422>

17 Fecha de vigencia de acuerdo a su Cuarta Disposición Complementaria Final.

18 Sobre fecha de promulgación, véase: <http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=14916>

De acuerdo con Bercovitz, la expresión destinatario final implica que el sujeto de protección «adquiere los bienes o servicios para utilizarlos o consumirlos él mismo, y que, en consecuencia, esos bienes o servicios quedan dentro de su ámbito personal, familiar o doméstico, sin que vuelvan a salir al mercado. En tal sentido, es válido el símil “destinatario final”, es decir, el destinatario que recibe los bienes, no para reexpedirlos, sino para quedarse con ellos» (Bercovitz, 1992, p. 29).

En el asunto C-464/01, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea señaló que «cuando una persona celebra un contrato para usos relacionados con su actividad profesional, debe considerarse que aquella se encuentra en igualdad de condiciones con su cocontratante, de manera que en este supuesto no se justifica la protección especial que [...] [se] otorga a los consumidores» (Asunto C-464/01, numeral 40), reforzando la definición de destinatario final. En tal sentido, no se puede amparar a un agente económico que actúa de manera profesional con un consumidor; y si existiera una decisión andina, este deberá ser el criterio a seguir.

El común denominador en los países miembros de la Comunidad Andina es considerar como consumidores a las personas naturales o jurídicas que actúan como destinatarios finales al adquirir un producto o servicio, es decir, que utilizan el producto o servicio para satisfacer una necesidad, no para reintroducirlo en la cadena productiva.

En el hipotético caso de que la propuesta de definición de consumidor para una decisión andina incluyera «a las personas naturales o jurídicas como destinatarios finales», si una autoridad de un país incluyese un estándar no considerado en la decisión andina propuesta, ¿esta actuación sería contraria a la propuesta de decisión andina de protección al consumidor?

En el Perú se ha discutido cuál es el parámetro o estándar de consumidor que se debe defender: el consumidor medio o el consumidor razonable. El consumidor medio es «aqueel que solo a veces planifica sus compras, pero le gustan las ofertas. Solo se informa del producto cuando algo le preocupa. No es muy acucioso ni cuidadoso en sus compras, no se fija mucho en los detalles y solo reclama cuando la cosa es grave» (Durand Carrión, 2008, p. 332). A su vez, defender a un consumidor diligente dejaría en un estado de desprotección a un sector de la población.

Lo paradójico del consumidor diligente es que está relacionado directamente con aquellas personas informadas y la información tiene que ver mucho con el status educativo de las personas, que en nuestro país es considerablemente bajo, y son precisamente esas personas las que más necesitan del INDECOPI, son las personas más pobres, los más desinformados, los desplazados; es decir, como se expresa en política, son los «ciudadanos de a pie» los que más necesitan de la acción y de la defensa de sus derechos como consumidores. (Durand Carrión, 2008, p. 329)

El otro estándar de protección es defender al consumidor razonable, un estándar ideal que resguarda las actuaciones de los consumidores que actúan con la diligencia ordinaria: «la idea del estándar es mejorar las conductas, no perpetuar las conductas inadecuadas [...] es necesario mantener el estándar de razonabilidad precisamente para que las normas puedan corregir situaciones aisladas de irracionalidad de los consumidores. En otras palabras, el estándar de consumidor razonable sirve para corregir desviaciones marginales» (Bullard, 2010, pp. 8-9).

La idea del presente trabajo es proteger al consumidor razonable, pues genera incentivos para actuar con diligencia. En ese sentido, se considera incluir en la definición del consu-

midor a la del consumidor razonable: personas naturales o jurídicas como destinatarios finales, que actúen con diligencia ordinaria.

Respecto de la pregunta planteada anteriormente, si una legislación nacional o alguna autoridad administrativa resolviera defendiendo a un consumidor negligente, atentaría contra la propuesta de decisión andina de protección al consumidor:

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea también ha reconocido el concepto de consumidor razonable. Así, por ejemplo, en la sentencia en la que se analiza si el embalaje de los huevos comercializados por Gut Springenheide podría inducir a error a los consumidores, el tribunal indicó que el parámetro a tener en cuenta es «la expectativa que se presumía en un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz» (Asunto C-210/96, numeral 37). En otras palabras, al indicar que el consumidor es aquel normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, se muestra un parámetro de diligencia ordinaria y, por tanto, un consumidor razonable.

El siguiente caso fue tomado de las noticias: «Un hombre de Inglaterra casi pierde su casa por intentar secar su ropa interior en el microondas, la cual ardió en llamas tras unos minutos en el electrodoméstico [...] El propietario quiso usar el microondas para secar sus calzoncillos y medias lo antes posible. “La conclusión es que nunca se debe poner ropa de ningún tipo en el microondas o en el horno para secarla”, explicó en un comunicado uno de los bomberos de Dorset» («Un hombre incendia su casa», 2012). Si este ciudadano interpusiera una acción legal contra la empresa que le vendió el electrodoméstico por el incendio causado, ¿cómo debería resolverse? Si se recoge la postura del consumidor medio, aquel que no lee, se estaría amparando una conducta negligente, pues un consumidor con la diligencia ordinaria, antes de utilizar el producto, leería el manual de instrucciones para ver el funcionamiento del electrodoméstico, en el cual usualmente se especifican las restricciones o advertencias. Es por ello que si se interpusiera una acción legal en el ejemplo planteado, debería rechazarse.

En el desarrollo de la protección al consumidor en el Perú, inicialmente la jurisprudencia administrativa del INDECOPI recogió el concepto de consumidor razonable¹⁹; posteriormente, se reconoció en el Decreto Legislativo n.º 1045²⁰, el que actualmente se encuentra derogado por la Ley 29571, que aprueba el Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, Código de Consumo). Este último no recoge de manera expresa el término consumidor razonable; sin embargo, de varios artículos de la norma se desprende que ese es el estándar escogido por el legislador²¹.

19 Resolución n.º 101-96-TDC, Numeral III.2: «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 [...] En ese contexto, en principio, no le es exigible a quien adquiere, utiliza o disfruta un bien o servicio la diligencia propia del proveedor; sino únicamente la que le corresponde como un consumidor razonable.»

20 Al modificar el Decreto Legislativo n.º 1045, la definición de protección al consumidor incluyó expresamente al consumidor con la diligencia ordinaria o consumidor razonable: «Artículo 1. [...] Modifíquese el literal a) del Artículo 3 de la Ley de Protección al Consumidor; en los términos siguientes:

a) Consumidores o usuarios [...] La presente Ley protege al consumidor que actúa en el mercado con diligencia ordinaria, de acuerdo a las circunstancias.»

21 A manera de ejemplo, el artículo 29, literal e) («La advertencia de los riesgos y peligros que normalmente tienen ciertos productos o servicios [...] debe realizarse cumpliendo con los siguientes criterios: [...] debe utilizarse un lenguaje accesible y entendible por un consumidor que actúa con la diligencia ordinaria»), y el artículo 104 («El proveedor es exonerado de responsabilidad administrativa si logra acreditar la existencia de una causa objetiva, justificada y no previsible que configure ruptura del nexo causal por caso fortuito o fuerza mayor; de hecho determinante de un tercero o de la imprudencia del propio consumidor afectado»).

El reconocimiento del estándar de consumidor razonable no es exclusivo del INDECOPI, pues dicho estándar es aplicado de igual forma en la jurisprudencia administrativa en materias como el sector de telecomunicaciones, en el que se aplica el estándar de consumidor o usuario razonable o con diligencia ordinaria. En la Resolución n.º 1 del Expediente 0988-2013/TRASU/ST-RA, el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos (en adelante, TRASU) del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante, OSIPTEL) resolvió una controversia sobre la disconformidad con la veracidad de la información brindada a un usuario través del número 123, respecto de la promoción Trío Ilimitado para Toda la Vida de una empresa operadora. Se declaró infundado el recurso de apelación interpuesto por el usuario, pues «el reclamante no ha sido diligente [énfasis añadido] en precisar las circunstancias en las cuales se le habría brindado información errónea tales como la fecha y hora en la cual se habría comunicado al 123 para hacer la consulta respectiva, así como el nombre del funcionario que lo habría atendido» (Expediente 0988-2013/TRASU/ST-RA, numeral 10).

En ese mismo sentido, en la Resolución n.º 01 del Expediente 03366-2013/TRASU/ST-RA se declaró fundado el recurso de apelación interpuesto por un usuario en una controversia de disconformidad en calidad de internet móvil, pues el usuario interpuso el reclamo porque no puede acceder al servicio a pesar de que el equipo ha sido revisado en el área tecnológica y le han cambiado el *software*: «La idoneidad del servicio debe ser analizada entre lo que normalmente esperaría un usuario razonable [énfasis añadido], salvo que de los términos acordados o señalados por el usuario se desprenda algo distinto [...] si EL RECLAMANTE contrató el servicio de internet móvil, lo mínimo que esperaba es poder utilizarlo» (Expediente 03366-2013/TRASU/ST-RA, numerales 9 y 10).

Adicionalmente, se aprecia que Perú tiene un concepto más amplio al incluir a los microempresarios como consumidores cuando se encuentren en asimetría informativa en determinados productos que no formen parte de su giro del negocio. Teniendo en cuenta esto último, se ha discutido en sede administrativa si los servicios transversales, es decir aquellos que se encuentran presentes en el proceso productivo, deben incluirse o no dentro del ámbito de protección de los microempresarios.

El primer caso que se mencionará en servicios transversales es el referido a servicios financieros. Al ser sustraída el 23 de agosto de 2008 la tarjeta de crédito de titularidad de Maderera del Norte E.I.R.L., su representante acudió a la sucursal del Banco Continental S.A. el 25 de agosto de 2008; el personal de la oficina financiera le informó que su tarjeta se encontraba bloqueada. Por ello, el representante procedió a depositar en la cuenta de Maderera del Norte una cantidad de dinero. Al día siguiente, el 26 de agosto de 2008, el representante legal de Maderera del Norte acudió a la oficina del Banco Continental para retirar el dinero depositado mediante un cheque, el cual fue rechazado, pues el dinero depositado continuó siendo sustraído con la tarjeta hurtada, dado que el personal de la oficina del Banco Continental no había efectuado el bloqueo. Luego de realizar el reclamo al Banco Continental, Maderera del Norte interpuso una denuncia administrativa. En la Resolución n.º 2321-2010/SC2-INDECOPI se declaró improcedente la denuncia interpuesta por Maderera del Norte contra el Banco Continental. La Sala de Defensa de la Competencia n.º 2 sustentó su resolución afirmando lo siguiente:

[e]s usual en el marco del giro de negocio de cualquier empresa el empleo de créditos y mecanismos de apalancamiento financiero, los cuales pueden revestir menor o mayor complejidad, en función a la naturaleza de las operaciones realizadas por dicho empresario. Esta

situación concede a los microempresarios una familiaridad natural con tales servicios, permitiéndoles conocer de manera más precisa los principales aspectos operativos de dichos productos financieros, generando a su vez una reducción en la original asimetría informativa [...]. El manejo de una cuenta corriente, mediante el giro de cheques o el uso de tarjetas, constituye una herramienta usualmente empleada por todo tipo de empresas comerciales para reducir costos y facilitar el pago de sus obligaciones comerciales. Siendo así, la contratación y desenvolvimiento de tales servicios financieros deben ser considerados transversales a todo esquema productivo o de comercialización y, por ende, connaturales al giro de tales negocios. (Resolución n. ° 2321-2010/SC2-INDECOPI, numerales 28 y 29)

En conclusión, los servicios financieros son consustanciales en cualquier empresa, por tanto, no existe asimetría informativa.

La segunda controversia sobre servicios transversales es sobre el transporte de mercadería. El 29 de octubre de 2009, Adrián Flores contrató los servicios de encomienda de Paredes Estrella Cargo para el envío de mercadería (prendas de vestir) de Lima a Pucallpa. Pese a ello, al momento de recoger la mercadería, personal de Paredes Estrella Cargo informó que la misma se había extraviado. Ante este hecho, posteriormente se entabló una denuncia administrativa. En la Resolución n. ° 751-2011/SC2-INDECOPI, la Sala de Defensa de la Competencia n. ° 2 declaró improcedente la denuncia, pues «la contratación del servicio de transporte de mercaderías constituye una herramienta usualmente empleada por las empresas que comercializan productos en el mercado, para facilitar la distribución de los mismos. Siendo así, la contratación y el desenvolvimiento de tales servicios de transporte deben ser considerados transversales a todo esquema productivo o de comercialización de dichas empresas y, por ende, connaturales al giro de tales negocios» (Resolución n. ° 751-2011/SC2-INDECOPI, numeral 21).

De lo resuelto es posible indicar que el denunciante utilizaba el servicio de encomienda para colocar sus productos en otros puntos de venta a nivel nacional. Este servicio forma parte del giro del negocio, pues el transporte es parte del proceso productivo. En consecuencia, no se está protegiendo a un consumidor; a una persona que utiliza el servicio de encomienda como consumidor final. En la presente denuncia se halla un proveedor de prendas de vestir que utilizó un servicio de encomienda, y al haber incumplido la contraparte no se encontrará desamparado. Pese a no ser protegido por las normas de protección al consumidor, podrá ejercer su derecho por otra vía como la judicial.

Finalmente, se citará un caso de servicio de publicidad como servicio transversal. Representaciones y Servicios A & M E.I.R.L. denunció a Yell Perú S.A.C. debido a las irregularidades en la celebración de un contrato de publicidad firmado en blanco y llenado en contradicción a lo pactado verbalmente con el personal de Yell Perú. Mediante la Resolución n. ° 2188-2011/SC2-INDECOPI, se declaró fundada la denuncia. La sala señaló que los servicios transversales no son imprescindibles al giro del negocio.

No puede presumirse que los microempresarios per se tengan o deban tener conocimientos especializados respecto de tales servicios, y que por tanto no exista asimetría informativa en relación con el proveedor; pues [...] tales servicios no forman parte del giro propio del negocio por lo que si bien es natural que manejen información mayor a la de un consumidor final promedio, no puede inferirse que dicha información sea equiparable a la que tiene el proveedor del servicio. (Resolución n. ° 2188-2011/SC2-INDECOPI, numeral 34)

La Sala de Defensa de la Competencia n.º 2, con una nueva conformación, cambió de criterio efectuando una interpretación «finalista y pro consumidor». Particularmente, se discrepa de lo resuelto por la sala, pues en este caso una persona utiliza un servicio de publicidad no como un destinatario final, sino que la publicidad sirve para promover la adquisición de productos o servicios, llegar a mayores clientes o, en términos jurídicos, una «forma de comunicación difundida a través de cualquier medio o soporte, y objetivamente apta o dirigida a promover, directa o indirectamente, la imagen, marcas, productos o servicios de una persona, empresa o entidad en el ejercicio de su actividad comercial, industrial o profesional, en el marco de una actividad de concurrencia, promoviendo la contratación o la realización de transacciones para satisfacer sus intereses empresariales» (Decreto Legislativo n.º 1044, art. 59, literal d). Si el proveedor, afectado con lo resuelto por la entidad administrativa, interpone una demanda judicial y en el proceso se solicita una interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina sobre la definición de consumidor que se ha propuesto (asumiendo que la decisión andina recoja la definición de consumidor propuesta), deberá entenderse que en el caso de los servicios transversales los microempresarios no actúan como destinatarios finales.

En la ley ecuatoriana, el proveedor es definido, según su artículo 2, como la persona natural o jurídica «de carácter público o privado que desarrolle actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución, alquiler o comercialización de bienes, así como prestación de servicios a consumidores, por lo que se cobre precio o tarifa. Esta definición incluye a quienes adquieran bienes o servicios para integrarlos a procesos de producción o transformación, así como a quienes presten servicios públicos por delegación o concesión». Puede observarse que en la norma no se incluyen los productos o servicios a título gratuito.

En el caso de Bolivia, el artículo 2.5 de la Ley 453 define al proveedor como las personas naturales o jurídicas, sean públicas o privadas, «que desarrollan actividades de producción, fabricación, importación, suministro, distribución, comercialización y otras, de productos o de prestación de servicios en general destinados directamente a las usuarias y los usuarios, las consumidoras y los consumidores finales. No se considera proveedores a quienes ejercen una profesión libre». Lo que debe esclarecerse en este extremo de la norma es qué se entiende por profesión libre, pues no tendría sentido que no se encuentren dentro del ámbito de aplicación de la norma aquellas personas que brindan servicios con habitualidad, sean profesionales —en el sentido que formalmente sigan un estudio avalado por el Estado— o no. Lo relevante será si brindan de manera habitual un servicio al consumidor.

La Ley 1480 de Colombia, en el artículo 5.11, define al proveedor como quien «de manera habitual, directa o indirectamente, ofrezca, suministre, distribuya o comercialice productos con o sin ánimo de lucro». En comparación con las legislaciones anteriores, la norma colombiana introduce el criterio de habitualidad como característica de la contraparte del consumidor.

El Código de Consumo peruano, en su artículo IV.2, define a los proveedores como personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, «que de manera habitual fabrican, elaboran, manipulan, acondicionan, mezclan, envasan, almacenan, preparan, expenden, suministran productos o prestan servicios de cualquier naturaleza a los consumidores». Al igual que su par colombiano, establece el criterio de habitualidad, pero precisa en el artículo IV.8 que esta debe entenderse como «aquella actividad que se realiza de manera común y reiterada de tal forma que pueda presumirse que se desarrolla para continuar en el mercado. Este concepto no está ligado a un número predeterminado de transacciones que deban realizarse. Las acti-

vidades de venta de productos o contratación de servicios que se realicen en locales abiertos son consideradas habituales por ese simple hecho».

De un resumen de las cuatro legislaciones es posible concluir que integran a personas naturales o jurídicas, de derecho público o no, que ofrecen productos o servicios a los consumidores como destinatarios finales, pues este será el sustento de la asimetría informativa en la que se encuentran estos últimos. Son los proveedores los dueños del proceso productivo o cuentan con mayor información en comparación con el consumidor. Las diferencias se encuentran en los criterios de la habitualidad exigida por dos de las cuatro legislaciones a nivel andino.

4. Derecho de información e idoneidad

El primer derecho que debe reconocerse a los consumidores en la propuesta de Directiva Andina de Protección al Consumidor es el derecho de acceder y recibir información relevante antes de tomar una decisión de consumo, y el derecho a la idoneidad de los productos y servicios ofrecidos por los proveedores, es decir, que no se defraude la expectativa del consumidor por la información recibida.

Uno de los criterios para proteger a los consumidores y sus derechos es que se encuentran en una «categoría de sujetos que se encuentran en desventaja respecto de la información que manejan en comparación con el proveedor» (Tovar, 2009, p. 38)²². La situación de asimetría informativa es natural, pues los proveedores de bienes o servicios manejan la información completa de todo el proceso productivo. Como consecuencia de ello, debe brindarse al consumidor información que sea relevante, es decir, «importante, significativa» (DRAE), para que el consumidor decida adquirir o no un producto o un servicio. Esta información debe ser veraz, no inducir a error y brindarse de manera oportuna.

En la norma ecuatoriana de protección al consumidor, el artículo 17 señala como obligación del proveedor brindar información «veraz, suficiente, clara, completa y oportuna de los bienes o servicios, de tal modo que este pueda realizar una elección adecuada y razonable». En el caso de Bolivia, el artículo 13 de la Ley 453 señala que la información que se brinde a los consumidores debe ser «fidedigna, veraz, completa, adecuada, gratuita y oportuna sobre las características y contenidos de los productos que consuman y servicios que utilicen». En Colombia, el artículo 3.1.3 de la Ley 1480 ordena que la información que se remita a los consumidores sea «completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea». En Perú, el artículo 2.2 del Código de Consumo indica que la información sea «veraz, suficiente, de fácil comprensión, apropiada, oportuna y fácilmente accesible, debiendo ser brindada en idioma castellano».

Si se comparan las normas de protección al consumidor en el ámbito andino, el común denominador es que la información sea veraz y oportuna. Se considera que estas características son el corazón del contenido de la información. La veracidad implicará que la información sea transmitida de manera completa, que corresponda con la realidad de las características del producto para que no se defrauden las expectativas del consumidor. Asimismo, la información que el proveedor remita debe ser oportuna, pues el consumidor debe recibirla con anterioridad a la decisión de adquirir un producto o un servicio. Si existieran restricciones en la oferta de un producto o un servicio y el consumidor no las conociese porque no se informaron oportuna-

22 Lorenzetti (2001) señala como sustento de protección, en el ámbito tecnológico, que el consumidor además de encontrarse en asimetría informativa frente al proveedor; también se encuentra en asimetría económica y tecnológica (pp. 216 y ss.).

mente, sería evidente una defraudación de las características del producto o servicio que se forma en la mente del consumidor.

Este derecho es tan importante que J. F. Kennedy lo reconoció en su discurso del 15 de marzo de 1962 como el derecho a elegir informadamente (Kennedy, 1962). También se encuentra reconocido este derecho en las Directrices de Naciones Unidas como el derecho al acceso a información adecuada (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1985).

Esta información puede brindarse en medios como la publicidad y los signos distintivos. La publicidad es el acercamiento inicial que tiene el proveedor con los consumidores. Esta se realiza mediante diversas técnicas tales como un portal corporativo, blogs y foros, redes sociales (Moreno Navarrete, 2013, pp. 794-796). A manera de ejemplo, en publicidad de un rímel de Dior se apreciaba el rostro de una actriz añadiendo que el producto provoca un «efecto espectacular de multiplicación del volumen, pestaña por pestaña». Sin embargo, las pestañas de la actriz habían sido retocadas mediante algún programa informático, por lo que fue sancionada la empresa en el Reino Unido (La Razón, 2012). Este es un ejemplo que evidencia cómo se emite un mensaje al consumidor sobre las características del producto que no corresponden con la realidad.

Los signos distintivos también brindan información a los consumidores, tanto en la función distintiva como en la función indicadora de la calidad, funciones a las que se hizo referencia en líneas anteriores del presente documento.

La información, entonces, implica interacción con el consumidor. Pero se debe evitar la saturación, pues la información que se brinde debe limitarse a lo que sea relevante para que el consumidor decida. De esta forma, la difusión de la información es un proceso que cuenta con «diferentes secuencias de información que se vinculan en forma directa con cada una de las etapas del negocio jurídico» (Weingarten y Ghersi, 2011, p. 73).

El deber de información se puede complementar con la regulación sectorial, por ejemplo, se podrá entender en cada legislación andina qué es información relevante en productos manufacturados, sucedáneos de leche materna o juguetes²³.

La información puede aparecer de manera espontánea en el mercado, sin embargo, eso no es una liberación de responsabilidad del proveedor. Puede existir información en internet, como foros o redes sociales, donde los usuarios señalen si un hotel o restaurante es bueno o no, pero no es posible saber si quienes brindan esa información son consumidores o usuarios imparciales, o personas contratadas o que cuenten con algún vínculo con el proveedor para manifestar comentarios que le sean favorables.

Al revisar algunos productos en los supermercados es posible percatarse de que varios de ellos cuentan con la cinta de Möbius, símbolo con tres flechas dobladas que forman un triángulo, la cual se utiliza solamente para declaraciones de contenidos reciclados y reciclables (Numeral 5.10.24 de la NTP ISO 14021:2001). Es decir, se brinda información del envase de un producto indicando que se puede reciclar. Con esta información posiblemente el consumidor, teniendo en cuenta la huella ambiental de lo que consume, preferirá comprar un producto reciclable, pues el objetivo de las etiquetas y declaraciones ambientales es «estimular la demanda y suministro de aquellos productos que causan menos impacto en el ambiente²⁴ a través de

23 En el caso peruano es posible citar, por ejemplo, el D.S. n.° 009-2006-SA sobre rotulado de leche materna y el D.S. n.° 008-2007-SA sobre rotulado de juguetes.

24 Se define al impacto ambiental como «cualquier cambio en el ambiente, sea adverso o beneficioso, resultante de manera total o parcial de las actividades, productos o servicios de una organización» (Numeral 3.1.5 de la Norma Técnica Peruana ISO 14021:2001).

una comunicación verificable, precisa y no engañosa acerca de los aspectos ambientales de los productos, con lo cual se promueve el potencial para la mejora ambiental continua impulsada por el mercado» (Numeral 4 de la NTP ISO 14021:2001), siendo uno de los beneficios de utilizar etiquetas como la cinta de Möbius el aumento de «oportunidades para los compradores, potenciales compradores y usuarios del producto de hacer elecciones mejor informadas» (NTP ISO 14021:2001, lit. f), numeral 4). Debe tenerse en cuenta que el consumidor puede preferir la calidad frente al precio y optar por estos productos (Rejanovinschi, 2016).

Una demostración adicional de información relevante se encuentra en los rotulados de riesgos y advertencias en idioma extranjero. Una asociación de consumidores interpuso una denuncia dado que en el rotulado del producto Sweet N Low Butterscotch (dulces de toffee) se encontraba la advertencia «*excess consumption may have a mild laxative effect*» (el consumo excesivo del producto puede producir efectos laxantes suaves), la misma que es información relevante para una decisión de consumo, advertencia no traducida al idioma castellano. La Sala de Defensa de la Competencia declaró fundada la demanda argumentando que al encontrarse ante un producto masivo, «los cuales están a disposición de consumidores de todas las edades; y que contrariamente a lo señalado por la denunciada, el público al que se dirige no posee un nivel de especialización equiparable al de los proveedores para entender cabalmente los riesgos que el consumo en exceso pueda ocasionar. Precisamente en conocimiento de dicha situación [...] establece la obligación de los proveedores de consignar en el rotulado del producto los riesgos» (Resolución n. ° 932-2006/TDC-INDECOPI, p. 3).

También es posible citar la denuncia interpuesta por un ciudadano coreano contra un prestador de servicio de transporte turístico conocido como Mirabus²⁵. El denunciante alegó que no le habían informado sobre los riesgos y advertencias del recorrido, dado que mientras se estaba desarrollando el tour sufrió un accidente: su cabeza impactó contra un puente peatonal de madera, razón por la cual fue trasladado a una clínica e intervenido quirúrgicamente.

La Sala de Protección al Consumidor declaró fundada la denuncia manifestando lo siguiente:

La indicación consignada en la parte posterior de los asientos del bus, que dispone que los pasajeros debían estar sentados y con los cinturones de seguridad abrochados durante el recorrido del tour, no garantiza que todos los pasajeros tengan oportunamente la posibilidad de informarse respecto de los riesgos que pudieran presentarse durante la prestación del servicio y consecuentemente, evitar accidentes como el ocurrido [...] tomando en consideración la naturaleza del servicio brindado [...] a efectos de cumplir con dicha obligación no resultaba suficiente la colocación del aviso en las dimensiones que publicó el denunciado, sino que era necesario que dicho aviso se exhiba en los lugares visibles y destacados del bus, indicando no solo que los pasajeros debían mantenerse sentados y con el cinturón de seguridad abrochado, sino además advirtiendo que en el recorrido del tour podían encontrarse puentes peatonales, cables de alta tensión, árboles, u otros elementos que pudieran causar daño a los pasajeros. (Resolución n. ° 1944-2014/SPC-INDECOPI, numerales 21, 23).

25 Este servicio consiste en el paseo turístico por la ciudad mediante un bus de dos pisos, con la característica que el segundo piso del bus cuenta con asientos descubiertos (sin techo) para que los pasajeros puedan contar con una mejor vista del recorrido. De allí se deriva el nombre de Mirabus.

Particularmente, no se considera pertinente lo resuelto por la Sala, pues todo pasajero debe tener conocimiento de que si viaja en una unidad de transporte cualquiera debe utilizar el cinturón de seguridad y mantenerse sentado. Es el parámetro de diligencia ordinaria el que se encuentra en discusión en la presente controversia. Si bien el denunciante es un turista, no podría alegar que la falta del conocimiento del idioma español sea un mecanismo de amparar su conducta, pues un turista con diligencia ordinaria aprenderá palabras mínimas en idioma español, teniendo en cuenta además que en cada asiento del Mirabus se encontraba la información de viajar con el cinturón de seguridad abrochado.

La idoneidad es la correspondencia entre lo que un consumidor espera de un producto o un servicio y lo que efectivamente recibe, es decir, una expectativa que se forma de diversos factores como la información brindada por el proveedor o por el mercado, las circunstancias de adquisición, características del producto o servicio, el precio u otros factores²⁶. Este derecho está reconocido expresamente en la legislación colombiana y en la peruana. En el caso colombiano, el artículo 5.6 de la Ley 1480 define a la idoneidad como «aptitud del producto para satisfacer la necesidad o necesidades para las cuales ha sido producido o comercializado». En el Perú, la idoneidad, según el artículo 18, es «la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función a lo que se le hubiera ofrecido, la publicidad e información transmitida, las condiciones y naturaleza del producto o servicio, el precio, entre otros factores». Es necesario que una decisión andina en materia de protección al consumidor incluya este concepto y derecho, pues la idoneidad se configura a raíz de la información brindada, sea expresamente (como en publicidad y marcas) o por el contexto.

Las características de un producto o un servicio se encuentran determinadas, en primer lugar, por la ley, pero en defecto de esta existen otros elementos para determinar la idoneidad. En ese sentido, se admite la existencia de lo siguiente:

[D]e una express warranty cuando el fabricante, por medio de la publicidad o por otras vías, afirma la presencia de alguna cualidad en su producto. Pero [...] esta teoría solo pretendía proteger al adquirente cuando el producto no respondía a sus necesidades, por falta de cualidades o de eficacia, esto es, cuando sufría intangible economic and comercial losses como consecuencia de la frustración de sus expectativas contractuales [...] ante la dificultad de la express warranty se reconoce el valor de la implied warranty [...] por la que se garantiza la aptitud del producto para el propósito particular para el que lo adquirió el comprador. (Parra Lucán, 1990, p. 137)

Uno de los criterios para determinar la idoneidad es el precio, pero debe reconocerse que no es el único elemento, pues pueden influir en la expectativa o calidad que se asigne a un producto o servicio otros factores como las marcas o signos distintivos. Un ejemplo es el caso del vodka Smirnoff de Heublein, que contaba con un porcentaje importante en el mercado norteamericano. Esta marca recibió la ofensiva de la marca Wolfschmidt, vendiendo un vodka a menor precio. La estrategia de Heublein fue aumentar el precio del vodka Smirnoff y sacar dos nuevas marcas en el mercado: Reuskein, para competir con Wolfschmidt, y Popov, que tenía un

26 Estos criterios han sido considerados en el artículo 18 de la Ley 29571 - Código de Protección y Defensa del Consumidor.

precio inferior a la marca Wolfschmidt. Esta habilidad determinó que Smirnoff, mediante una pericia de defensa de flancos, siguiera siendo el líder en el mercado (Kottler, 2006, p. 354).

La Defensoría del Pueblo de Ecuador, como parte de sus facultades, practicó sus buenos oficios para que a un ciudadano le devolvieran el monto pagado por una moto adquirida en el almacén Su Casa de la ciudad de Milagro, ya que meses después de realizar la compra aún no le entregaban el vehículo que compró (Defensoría del Pueblo de Ecuador, 2016). La expectativa o idoneidad, en el caso citado, implica que —aunque suene evidente— si una persona paga por un producto o un servicio, debe recibirlo. Si no se recibe, por lo menos el proveedor debe devolverle el monto pagado²⁷.

Estos ejemplos de la determinación de las características se reconocen en el artículo 20 del Código de Consumo peruano mediante las garantías, definidas como «las características, condiciones o términos con los que cuenta el producto o servicio», las mismas que pueden ser legales, expresas o implícitas. La primera garantía es la determinada por las normas, las que no admiten pacto en contrario. Un ejemplo de garantía legal se encuentra en las condiciones de seguridad del servicio de transporte terrestre interprovincial. Es obligación del transportista «antes del abordaje del vehículo, filmar y revisar al pasajero, así como a su equipaje de mano, a fin de permitir su debida identificación e impedir que lleve consigo armas de fuego o material punzocortante, inflamables, explosivos corrosivos, venenosos o similares. Para realizar ambas acciones se deberá emplear cualquier medio tecnológico tales como filmadora y detector de metales» (Decreto Supremo n.º 009-2004-MTC, art. 125, lit. q). Bajo este supuesto se sancionó a una empresa de transporte en la Resolución n.º 536-2009/SC2-INDECOPI.

La segunda garantía es la expresa, aquella que ha ofrecido expresamente el proveedor, la cual no puede prevalecer sobre la garantía legal. Como ejemplo es posible citar la denuncia interpuesta por una persona que adquirió un pasaje de avión para viajar a la ciudad de Puno y la empresa proveedora del servicio aéreo no la dejó abordar el avión:

Si bien las características especiales de la tarjeta de embarque dada a la señora Vilca, y el hecho de que haya sido entregada cuando la denunciante se acercó tardíamente al counter para el respectivo check in podrían generar dudas en un consumidor razonable sobre la validez y regularidad de dicho documento, tal incertidumbre se diluye en el presente caso pues la aerolínea denunciada permitió a la señora Vilca el abordaje, lo cual reafirmó la expectativa de poder concretar el viaje. (Resolución n.º 2808-2010/SC2-INDECOPI, numeral 76)

Pese a que inicialmente la consumidora acudió tardíamente al *counter*, la aerolínea le entregó un *boarding pass*, garantía expresa que le permitía abordar el avión.

Por otro lado, en la norma de protección del consumidor en Ecuador, el artículo 11 señala lo siguiente:

Los productos de naturaleza durable tales como vehículos, artefactos eléctricos, mecánicos, electrodomésticos, y electrónicos, deberán ser obligatoriamente garantizados por el proveedor para cubrir deficiencias de la fabricación y de funcionamiento», agregando que «Las leyendas "garantizado", "garantía" o cualquier otra equivalente, solo podrán emplearse cuando

27 Afirmamos con la frase «por lo menos» la devolución del monto pagado, pues dependiendo de cada caso en concreto el consumidor podría sufrir daños por el producto o servicio no brindado por el proveedor. La manera de indemnizar dependerá de las herramientas que cada sistema jurídico brinde al consumidor, que en todos los casos debe ser efectiva.

indiquen claramente en qué consiste tal garantía; así como las condiciones, forma, plazo y lugar en que el consumidor pueda hacerla efectiva.

En otras palabras, cuando se garantice el producto debe indicarse expresamente la forma del mismo. Lo interesante es que la norma ecuatoriana establece la obligación de brindar una garantía en el caso de que sean productos de naturaleza durable. La norma no especifica qué son productos de naturaleza durable, pero señala ejemplos. Sobre esto último también puede discutirse qué tan durables deben ser los ejemplos establecidos en la norma, por lo que el proveedor deberá precisar al menos el plazo de duración.

En el Perú hubo una controversia que giró en torno a los criterios del deber de idoneidad, garantía, comportamiento del proveedor y productos perfectos. En la Resolución n. ° 2221-2012-SC2 se resolvió un caso en el cual un electrodoméstico nuevo tenía varios desperfectos luego de ser adquirido. A los pocos días, cambiaron el producto por uno nuevo; posteriormente, al seguir el defecto se reparó el producto. Sin embargo, continuaron los defectos y se interpuso la denuncia, pues la consumidora afectada consideró que le vendieron un producto usado. Se declaró infundada la denuncia interpuesta contra el proveedor; ya que, en opinión de la sala, «la idoneidad comprendería no solo la aptitud del producto para satisfacer la finalidad por la cual fue adquirido, sino también involucraría los mecanismos de tutela concedidos al consumidor y a los que el proveedor está obligado cuando un producto presente fallas luego de haber sido adquirido» (Resolución n. ° 2221-2012-SC2, numeral 29). Parte del fundamento de la resolución es que «en los bienes de fabricación masiva, que son los que ordinariamente se destinan al consumo en el mercado, no puede llegar a asegurarse la infalibilidad de los procesos productivos» (Resolución n. ° 2221-2012-SC2, numeral 25).

Posteriormente, con una conformación casi diferente, la Sala de Protección al Consumidor de INDECOPI cambió de criterio. El caso es de un teléfono móvil que a los pocos meses de adquirido presentó desperfectos. La sala declaró fundada la denuncia, pues existió una defraudación a la expectativa de dicho producto: «el hecho de que los proveedores ofrezcan en el mercado un conjunto de remedios jurídicos [...] en caso de que el producto se revele defectuoso, inadecuado o de cualquier otro modo no conforme a lo convenido— no enerva el hecho de que el proveedor haya incurrido en una infracción al deber de idoneidad, siendo que las medidas adoptadas por este último únicamente constituirán soluciones residuales ante una infracción que ya se ha consumado» (Resolución n. ° 1008-2013-SPC, numeral 64).

Es posible concluir de ambas posiciones que la defraudación a la expectativa es una infracción al deber de idoneidad. Asimismo, si un producto es nuevo, se espera que funcione en condiciones adecuadas —no se esperan desperfectos—, pues esa es la información que el consumidor recibe de manera directa o indirecta. De manera directa se encuentra en los términos y condiciones de la aplicación Pokémon Go el ofrecimiento «tal cual», es decir, que el producto cuenta con desperfectos: «los servicios y el contenido se proporcionan “tal cual”, sin garantías de ningún tipo [...] no garantizan que los servicios satisfarán sus requisitos o estarán disponibles de forma ininterrumpida, segura o exenta de errores, y tampoco realizan ninguna garantía en relación con la calidad, la precisión, la puntualidad, la veracidad, la integridad o la fiabilidad del contenido» (Niantic, 2016)²⁸.

28 Una similar cláusula se puede encontrar en los términos y condiciones de Twitter. Al respecto, véase: https://twitter.com/tos?lang=es_

De manera indirecta se puede encontrar en la información sobre productos con desperfectos o no originales. En ese sentido, el artículo 11 del Código de Consumo señala que de encontrarse ante productos «con alguna deficiencia o defecto, usados, reconstruidos o remanufacturados, debe informarse notoriamente esta circunstancia al consumidor». Tanto en el caso del móvil como del electrodoméstico es necesario preguntarse si se informó que el producto era de segunda o con desperfectos, usado o remanufacturado. De ser así, evidentemente la expectativa del producto disminuye y, por tanto, se entiende que este contará con desperfectos desde su adquisición. Caso contrario, si se adquiere un producto nuevo, la expectativa será que funcione adecuadamente hasta el periodo que indique el proveedor.

En el caso hipotético de que se trasladara el criterio del electrodoméstico a los servicios masivos, ¿se consideraría también que diversos servicios por su masividad, como los financieros, son imperfectos? La respuesta será negativa, pues pese a la gran cantidad de transacciones dichos servicios deben cumplir lo ofrecido.

La siguiente noticia es un ejemplo adicional de garantía expresa:

Un zoológico chino ha suscitado enfado y denuncias en [China](#) al descubrirse que cobraba 15 yuanes (unos 2.45 dólares) por ver unos supuestos leones que en realidad eran perros «disfrazados» y también presuntos reptiles exóticos que solo eran ratas [...] El zoológico, ubicado en la ciudad de Luohe de la provincia central china de Henan, mostraba como sus principales atracciones a «leones africanos» que eran mastines tibetanos. «El zoológico nos está engañando. Está tratando de mostrar a los perros como leones», se quejó una visitante que llevó a su hijo de seis años al lugar y comprobó con sorpresa que los supuestos felinos ladraban. («Zoológico chino disfrazaba», 2013)

La garantía expresa es la exhibición de leones africanos, defraudándose la expectativa de los asistentes al zoológico al encontrar perros disfrazados.

Finalmente, la última clase de garantías son las implícitas, las que ante el vacío de la ley y de las condiciones expresas del proveedor se entiende que los productos o servicios adquiridos cumplen con fines y usos previsibles, es decir, la aptitud del producto o servicio para la finalidad adquirida, según las costumbres y usos comerciales, circunstancias de la adquisición y otros elementos relevantes (Ley 29571, art. 21).

Para construir esta garantía, además de los usos y costumbres, y el contexto, es posible acudir a diversas herramientas como la teoría de los actos propios y de la confianza.

En la teoría de los actos propios «nadie puede variar de comportamiento injustificadamente cuando ha generado en otros una expectativa de comportamiento futuro [...] (ya que) El centro de gravedad de la regla no reside en la voluntad de su autor; sino en la confianza generada en terceros» (López Mesa, 2009, pp. 191-192). En ese sentido, a falta de garantía legal y expresa, el proveedor cuenta con una conducta inicial libre de cualquier vicio, la cual genera una expectativa razonable en el consumidor. Posteriormente, el proveedor emite una conducta contraria a la anterior:

En el ámbito de la teoría de la confianza,

Las empresas envían señales a fin de distinguir sus servicios, así por ejemplo, un nombre con trayectoria ayuda a resolver el problema de la desinformación del consumidor acerca

de la calidad de su servicio; el consumidor puede presumir el nombre o marca como una señal de calidad [...] La idea central reside en la expectativa del comportamiento [...] aquella que sea razonable y objetivamente justificada conforme a los antecedentes generados por factores introducidos por el sujeto portante. La confianza se construye a partir de situaciones objetivas y se independiza también de los motivos individuales. (Weingarten, 2011, pp. 81-83)

Como puede apreciarse, esta teoría se encuentra ligada también a las funciones de las marcas, pues dependiendo del posicionamiento de la marca se suministra información acerca de la calidad de un producto o un servicio, desde una bebida gaseosa hasta un servicio financiero o de seguros. Lo que se pregunta en este caso es qué esperaría un consumidor razonable, un tercero que no es el consumidor que denuncia en un caso concreto.

Por ejemplo, en los servicios veterinarios no existe una norma expresa ni ofrecimiento del proveedor que establezca que si una persona contrata el servicio de baño de su mascota la misma regrese al domicilio del dueño de manera «sana y salva». La aplicación del ejemplo se encuentra en la Resolución n. ° 2323-2011/SC2-INDECOPI por la cual se sanciona a un proveedor de servicio veterinario que brinda el servicio de baño de mascota, pues se verificó que la mascota «se escapó a las 11:30 horas del área de baño hacia la calle, siendo atropellada por un automóvil a las 11:36 horas, luego de lo cual el personal de la empresa la ingresó al consultorio y le administró únicamente Adrenalina 0,4 ml., muriendo en dicho momento [...] ha quedado acreditado que se produjo un defecto en el servicio brindado a la mascota de la denunciante cuando esta se encontraba bajo la custodia de Pets Unlimited» (Resolución n. ° 2323-2011/SC2-INDECOPI numerales 17, 22).

5. Protección de intereses económicos

También se propone incluir dentro de los derechos de los consumidores a ser reconocidos la protección de sus intereses económicos. En opinión de Botana, esta protección tiene una vertiente positiva y otra negativa. La fase negativa «fija su atención en el comportamiento de los profesionales y trata de evitar que estos últimos, beneficiándose de su posición económica dominante, no coloquen al consumidor en su merced», y la fase positiva implica «restablecer una cierta igualdad entre profesionales y consumidores [...] reconociendo ciertos derechos fundamentales como: el derecho a la información, a la reflexión, a la seguridad» (Botana García, 1994, p. 30).

Lo que se busca es proteger con este derecho la libre elección de los consumidores y que la contratación se lleve a cabo dentro de los parámetros de la buena fe respetando la autonomía de la voluntad. En la época actual de contratación masiva se utilizan herramientas como cláusulas predispuestas o redactadas unilateralmente por el proveedor. En principio, no se considera como infracción alguna la utilización de este mecanismo, pues en un sentido económico se considera lo siguiente:

[S]u utilización responde a necesidades de racionalización de la actividad contractual de empresarios y profesionales, a los que permite ahorrar tiempo y dinero —el que les costaría la negociación singular de cada contrato— y optimizar su organización interna y la utilización de recursos [...] (siendo el beneficio de su uso) su carácter de instrumento de estandarización

o normalización y, por tanto, se producen con relativa independencia del contenido concreto de los clausulados contractuales. (Pagador López, 2012, p. 101)

Existen diversas maneras en las cuales los consumidores, por efectos de la contratación masiva, se adhieren a las cláusulas predispuestas de manera unilateral por el proveedor. En el mundo de las nuevas tecnologías es posible citar las cláusulas *shrink-wrap*, *click-wrap* y *browse-wrap*.

Las cláusulas *shrink-wrap* son aquellas que se encuentran en el empaque del mismo producto, y se considera que el consumidor acepta las mismas al abrir el empaque («Browsewrap vs. Clickwrap», 2016). Usualmente se ha ofrecido esta modalidad en licencias de uso de *software* y el nombre «proviene del plástico dentro del cual se encuentra el *software* como el contrato de licencia» (Moreno, 2013).

Las cláusulas *click-wrap*, vinculadas generalmente a licencias de *software*, estipulan que el adquirente «procede a su instalación o utilización, se le obliga a clickear un icono en señal de aceptación de los términos del contrato si quiere continuar» (López-Tarruella, 2007, p. 86). En lo que se puede apreciar usualmente en la contratación por internet es la apertura de una pantalla en la que se encuentran los términos y condiciones, y el consumidor para concluir el proceso de adquisición debe necesariamente hacer clic en la opción «acepto» de los términos y condiciones, entiéndase cláusulas generales en las cuales el consumidor solo tiene la opción de adherirse mediante un clic.

Finalmente, en las cláusulas *browse-wrap* los términos y condiciones del proveedor se ubican en el navegador o web del proveedor. Por ejemplo, cuando una persona quiere crear una cuenta de usuario en Facebook, la red social indica expresamente que «al hacer clic en “Abrir una cuenta”, aceptas las condiciones» (Facebook, s.f.). El usuario se ubica con el cursor en la palabra condiciones, y mediante un clic aparecen las mismas.

Dentro del alcance de la protección de los intereses económicos se encuentran los supuestos de las cláusulas abusivas. La cláusula abusiva o vejatoria «es aquella que establece un desequilibrio en el programa contractual del adherente y del predisponente (vale decir, sus derechos y obligaciones) que contravienen al principio de buena fe» (Espinoza, 2012, p. 407). Una posición contraria es la que sostiene Escobar, afirmando que las cláusulas redactadas unilateralmente reducen los costos de transacción y la prohibición de establecer determinadas cláusulas imponen riesgos no deseados a los proveedores como el problema de selección adversa de los proveedores, pues no pueden determinar si el consumidor se comportará de manera oportunista (Escobar, 2011, pp. 269-270).

A continuación, se analizarán dos ejemplos para determinar si se trata de una cláusula abusiva o un comportamiento oportunista del consumidor. En el primero se denuncia a una entidad financiera pues en sus contratos pactaba el cobro de montos oscilantes entre \$ 5.00 y \$ 8.00 por reclamos declarados improcedentes de consumos no reconocidos. Dicha comisión se cobra en los casos en que los reclamos que los consumidores plantean sean declarados infundados por la propia empresa, además dicha comisión es cobrada por cada transacción que se cuestione. La cláusula establecía textualmente que se efectúa el cobro por reclamo no reconocido declarado improcedente «en caso el titular o alguno de sus adicionales presente un reclamo por transacciones o consumos no reconocidos y dicho reclamo resulte infundado, sin perjuicio del cumplimiento de sus demás obligaciones de pago bajo este contrato, el titular quedará obligado al pago de esta comisión por cada transacción que incluye los gastos de investigación y seguimiento del reclamo».

La Resolución Final n. ° 271-2009-CPC, de fecha 3 de febrero de 2009, declaró fundada la denuncia por artículo 18 inciso a) del Decreto Legislativo n. ° 1045²⁹, pues la entidad financiera incluyó cláusulas que imponían obstáculos onerosos y desproporcionados al consumidor, sancionando con 20 UIT al denunciado. En opinión de la Comisión:

El cobro efectuado por Citibank constituye un obstáculo oneroso y desproporcionado para el ejercicio del derecho de los consumidores, como es el derecho a reclamar. Dicha práctica desincentiva la presentación de reclamos por consumos no reconocidos por la desconfianza que se genera al saber que la propia entidad bancaria a quien se reclama será la que emitirá un pronunciamiento, que de no ser favorable, cobrará una suma de dinero, lo cual es inaceptable. (Resolución n. ° 271-2009-CPC, numeral 4.1)

A su vez, como ejemplo adicional, se menciona el caso de una persona que denunció a una empresa de revelado de fotos pues luego de dejar tres rollos de películas fotográficas fueron sustraídos mientras estaban en poder del denunciado, siendo este enteramente responsable por tal pérdida debido a su negligencia. A pesar de dicha situación, la empresa de revelado de fotos pretendía entregarle como única indemnización la misma cantidad de películas sustraídas. La cláusula pactada (*ticket* que la empresa de revelado de fotos le entregó al denunciante) tiene el siguiente tenor:

IMPORTANTE: Al ingresar su película el cliente se somete expresamente a lo especificado en este talón, lo que constituye la condición esencial para que «EL LABORATORIO» acepte efectuar el servicio contratado. En el caso de que las películas Kodacolor y Ektachrome se malograsen o extraviasen en poder de «EL LABORATORIO» o de alguna compañía asociada, serán reemplazadas por igual cantidad de películas nuevas como toda indemnización. Aparte de este reemplazo, la recepción de películas para revelar, copiar ampliar, ampliar, duplicar o cualquier otro servicio no implica otra garantía y responsabilidad alguna para «EL LABORATORIO». Plazo para recoger: 90 días. (Resolución n. ° 078-2012/SC2-INDECOPI, numeral 94)

La Sala de Defensa de la Competencia 2 resolvió declarar fundada la denuncia, debido a lo siguiente:

En virtud de tal cláusula, el denunciado limitó el resarcimiento de daños que tendría que asumir frente al denunciante por la pérdida de sus 3 rollos de películas fotográficas, a la sola entrega de la misma cantidad de rollos vacíos, negándose a pagar una compensación mayor [...] Las cláusulas limitativas de responsabilidad civil como la que aplicó Foto Digital al señor Kresalja para negarle un mayor resarcimiento por los daños que le habría ocasionado, son consideradas per se abusivas por el artículo 1398 n. ° 078-2012/SC2-INDECOPI, numerales 97 y 98.

Es entendible la preocupación de los proveedores al estipular determinadas penalidades, pues asumen un riesgo al contar con un problema de selección adversa del consumidor; sin embargo, en los casos expuestos se aprecia que la finalidad era, en un caso, limitar el ejercicio

29 «No podrán incluirse cláusulas que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en los contratos». Actualmente en el literal a) del artículo 51 de la Ley 29571.

de un derecho y, en el otro, limitar la responsabilidad por un comportamiento negligente del mismo proveedor. En consecuencia, es importante que se protejan los intereses económicos de los consumidores y se considere este derecho en una eventual decisión andina.

En el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se señaló como criterio de desequilibrio importante para evaluar si una cláusula es abusiva, si se comprobaba que «el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor; podía estimar razonablemente que este aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual» (Asunto C-415/11, numeral 2).

Un caso en el que es viciada la voluntad del consumidor es aquel reportado por la Defensoría del Pueblo de Ecuador; en el cual se acercó al domicilio de un ciudadano el trabajador de un proveedor para solicitarle una copia de su cédula de identificación y el código del medidor de luz para realizar la entrega de una cocina de inducción, bajo aviso de que si no aceptaba se le retiraría el medidor de energía. Al consumidor no le entregaron la cocina y la Defensoría del Pueblo informó a la Fiscalía competente, pues además de atentar contra los derechos del consumidor; se cometió una infracción penal, posiblemente un delito de estafa (Defensoría del Pueblo de Ecuador, 2016).

Un ejemplo adicional de cláusula abusiva es la imposición de obstáculos onerosos para que el consumidor pueda ejercer las acciones legales que correspondan.

6. Seguridad y salud

La seguridad y la salud deben incluirse asimismo como un derecho de los consumidores, teniendo en cuenta que ambos términos son complementarios: «mientras el concepto de salud alude únicamente a las cuestiones vinculadas con el bienestar físico y psíquico de la persona, el derecho a la seguridad está referido a los riesgos generados por productos o servicios que puedan afectar a la salud de las personas» (Reyes López, 2002, p. 91).

En los países andinos se cuenta con diversas normas para la protección de la seguridad y salud de los consumidores. Así, en Bolivia, el artículo 8 de la Ley 453 señala que los consumidores «tienen derecho a recibir productos o servicios en condiciones de inocuidad en resguardo de su salud e integridad física». Su artículo 9.III establece, entre otras medidas vinculadas a la protección a la salud de los consumidores, el retiro o suspensión de productos o servicios, «si con posterioridad a la introducción en el mercado, los proveedores advirtieran la existencia de riesgos o peligros del producto o servicio» además de comunicar dicho supuesto a las autoridades competentes y a los consumidores.

La legislación peruana señala que «los productos o servicios no deben conllevar, en condiciones de uso normal o previsible, riesgo injustificado o no advertido para la salud o seguridad en los consumidores o en sus bienes» (Ley 29571, art. 25)³⁰.

Otro mecanismo para proteger la seguridad y salud de los consumidores es contar con sistemas de alerta a cargo de entidades gubernamentales. En el caso de la Unión Europea se puede citar como ejemplo el RASFF o Sistema de Alerta Rápida de Alimentos y Piensos (Comisión Europea, 2014). Un ejemplo adicional en la Unión Europea es el RAPEX³¹ o Sistema de Intercambio Rápido de Información sobre los Productos Peligrosos. Este sistema tiene como principio lo siguiente:

30 El artículo 29 establece los criterios a seguir para la advertencia y retiro de riesgos no previsibles.

31 Por sus siglas en inglés: Rapid Exchange Information System.

Realizar un intercambio rápido de información entre Estados miembros y la Comisión en presencia de un producto que presente un riesgo grave e inmediato para la salud y seguridad de los consumidores [...] (teniendo en cuenta además) que el riesgo grave [...] debe tener una incidencia internacional [...] sin embargo, en algunos casos pueden interesar a las autoridades de los demás Estados miembros que velan por el cumplimiento de la norma. (Maniet, 2011, pp. 116-118)

Se está frente a mecanismos de vigilancia del mercado que pueden aplicarse como instrumentos de recolección de datos e incremento de fuentes de detección de riesgos, planificación y dosificación de inspecciones con elaboración de *check-list* que incluyan el lugar de la inspección, productos o servicios controlados y su origen, conclusiones y medidas correctivas (Bourgiognie, 2011, pp. 104-107).

Pueden existir productos que por el intercambio económico circulan en varios países de la Comunidad Andina, pero ante una situación en la que exista un riesgo para los consumidores ¿cómo podrán coordinar las agencias de protección de los consumidores? Por ejemplo, recientemente se ha conocido mediante los medios que el móvil de Samsung Galaxy Note 7 ha tenido percances con 35 casos reportados de baterías que explotan (BBC, 2016). Si este producto circula en la Comunidad Andina será importante activar un sistema de alerta a nivel de la Comunidad Andina para que las autoridades coordinen con los proveedores y puedan revisar que los móviles sean adecuados y, en circunstancias normales, no afecten la seguridad ni la salud de los consumidores, ya que la función inicial de este producto es realizar llamadas. Una función adicional es la conexión mediante el acceso de internet, función por la cual los consumidores pueden contar con mayor información para acceder a una variedad de productos y servicios. Los consumidores podrían sentirse defraudados si estas funciones son ofrecidas y no se cumplen, añadiendo el agravante de posibilidad, aunque con bajos casos reportados, de que la batería del móvil explote. Por eso será necesaria la revisión de los modelos indicados.

De acuerdo con lo descrito anteriormente, será importante la coordinación de agencias de competencia y protección al consumidor a nivel andino para un sistema de alerta y vigilancia del mercado. Puede apreciarse que de los países de la Comunidad Andina que también forman parte de la Alianza del Pacífico, la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia asume la coordinación del subgrupo de Protección al Consumidor desde julio 2016 a julio 2017 (Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, 2016b). Se espera que esta coordinación se encuentre dentro de la agenda la implementación de sistemas de alertas, la cual es importante en las transacciones transfronterizas efectuadas diariamente.

Dicha superintendencia ha informado de una alerta para el retiro del mercado de las barras de cereal «Kashi ® Trail Mix Chewy Granola Bars», pues uno de sus ingredientes (semillas de girasol) «podrían estar contaminadas con el microorganismo *Lysteria monocytogenes*, el cual puede ocasionar infecciones serias e incluso fatales en consumidores vulnerables tales como niños, personas de la tercera edad y pacientes con sistema inmunológico débil» (Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, 2016c). Si este producto circulara en otros países de la Comunidad Andina, las agencias de protección tendrían que tomar las medidas respectivas para proteger a los consumidores, teniendo en cuenta que es una barra de cereal fácilmente accesible, que puede ser comercializada en cualquier local o supermercado.

La seguridad y la salud se vinculan con el derecho a la información, al ser una obligación de los proveedores establecer los riesgos y advertencias de un producto o servicio, para que el

consumidor decida informadamente la adquisición del mismo. Una asociación de consumidores denuncia a Adelgace Perú.COM S.A.C. y a César Olaya Sánchez por brindar a los usuarios un tratamiento para adelgazar a través de unas pastillas sin informar en el rótulo del producto el contenido de sibutramina o tiratricol, ni sus advertencias, contraindicaciones, precauciones, reacciones adversas, incompatibilidades, fecha de expiración, número de registro sanitario, entre otra información relevante, lo cual pone en riesgo no advertido a sus pacientes.

La Resolución n.º 1690-2007/TDC-INDECOPI, de fecha 13 de setiembre de 2007, señala:

Los denunciados no han negado la veracidad de los hechos denunciados por ASPEC sino que han pretendido justificar y/o subsanar la infracción en la que incurrieron indicando que se trataba de un error [...] aun cuando los denunciados hubieran acreditado que brindaron información verbalmente a los pacientes [...] sus contraindicaciones y los riesgos que podía suponer su consumo para la salud [...] no los libera de responsabilidad por la infracción cometida. (Resolución n.º 1690-2007/TDC-INDECOPI, numerales 36-37)

Finalmente, el 2010 —casi cuatro años después de interponer la presente denuncia—, el Ministerio de Salud prohíbe la venta del medicamento sibutramina, pues puede producir riesgos vasculares inesperados (DIGEMID, 2013).

Una denuncia administrativa en la que se analizó la obligación de la prohibición de riesgos injustificados en productos o servicios es el caso del Panetón Toddino, pues se halló una bolsa de polietileno adherida a la masa cuando un consumidor abrió el producto. La Sala de Defensa de la Competencia n.º 2 declaró fundada la denuncia administrativa debido a lo siguiente:

La norma prohíbe la introducción de riesgos adicionales independientes a la naturaleza del servicio prestado o el producto puesto a disposición del consumidor [...]. En el presente caso, el Informe Pericial concluyó que la presencia de un elemento extraño a la composición del panetón al interior del mismo, como lo es la bolsa de polietileno, lo convertía en un producto no apto para el consumo y comercialización, ello aunado al hecho que esta Sala ha determinado que dicho cuerpo extraño se encontraba en el producto antes de su comercialización. Por tanto, la Sala considera que en virtud de dicho documento ha queda acreditado que el denunciado generó un riesgo injustificado para la salud y seguridad de los consumidores. (Resolución n.º 787-2010/SC2-INDECOPI, numerales 21-22)

En aras de la protección de la salud de los consumidores, el Viceministerio de Defensa de Usuarios y Consumidores de Bolivia sanciona a dos establecimientos de expendio de comida debido al siguiente motivo:

«Se encontraron productos con fecha de vencimiento expirada y falta de limpieza en muebles, refrigeradores y pisos de las cocinas» agregando que «los dueños o responsables de los negocios de comida tienen la obligación de verificar todos los días que los alimentos que ofrecen sean frescos y no estén vencidos y que la limpieza de sus cocinas sea impecable. Esto porque las consumidoras y los consumidores al momento de servirse algún plato de comida tienen que tener la confianza de que ha sido preparado con inocuidad». (Ministerio de Justicia de Bolivia, 2016)

Otro ejemplo de *recall* reportado por la autoridad de consumo en Colombia es el caso de unas toallitas húmedas consistente en presencia elevada de bacterias, situación que puede ser sensible para consumidores con VIH, cáncer o desnutrición severa (Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, 2016d).

7. Derecho a no ser discriminado

La discriminación es un tema sensible en la sociedad. En la literatura peruana, la discriminación ha sido retratada en el cuento dramático «Alienación» de Julio Ramón Ribeyro:

A pesar de ser zambo y llamarse López, quería parecerse cada vez menos a un zaguero de Alianza Lima y cada vez más a un rubio de Filadelfia. La vida se encargó de enseñarle que si quería triunfar en una ciudad colonial más valía saltar etapas intermediarias [...]. Roberto no olvidó nunca la frase que pronunció Queca al alejarse a la carrera: «Yo no juego con zambos». Estas cinco palabras decidieron su vida. (Ribeyro, 2009, pp. 101-103)

Dicho acto discriminatorio marcaría una serie de sucesos desafortunados del protagonista del cuento, terminando con su vida.

En temas de consumo, la discriminación, sustentada en actuaciones subjetivas, no permite que los consumidores puedan acceder a productos o servicios determinados, o poner trabas. Por lo tanto, también debe recogerse en una eventual decisión andina que reconozca derechos de los consumidores el derecho a no ser discriminado por razones de sexo, raza, origen, religión o cualquier otra índole. Un proveedor de servicios o productos busca ganar votos en dinero de los consumidores, por lo tanto, debe permitirles acceder a lo que ofrece en el mercado. En ese extremo:

Los móviles detrás de una contravención a este deber pueden ser variados, desde la arbitrariedad restringida a un consumidor en particular hasta una situación de discriminación en términos constitucionales, que implicaría una condición de mayor gravedad para este tipo infractor pues a diferencia del simple trato desigual que implica una selección o exclusión arbitraria, en esta variante la limitación de acceso a un servicio estaría dada por una desvaloración de las características inherentes y consustanciales a determinados colectivos humanos, siendo la afectación verificada en uno de sus integrantes solo una evidencia de tal desvaloración. (Resolución n. ° 001-2011/SC2-INDECOPI, numeral 10)

En el caso peruano, el Tribunal Constitucional ha distinguido la figura de discriminación y diferenciación de la siguiente manera:

La diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se está frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Por el contrario, cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, estaremos frente a una discriminación, y por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable. (Exp. 048-2004-AI-TC, FJ n. ° 62)

Es posible encontrar un ejemplo de diferenciación en el trato preferente que se puede dar a personas de avanzada edad, personas con discapacidad, mujeres embarazadas cuando son consumidoras de un servicio, como el ingreso a un cine o a una entidad financiera.

Así, por ejemplo, se sancionó a una discoteca por impedir el acceso a consumidores en función de la raza.

En efecto, en el operativo pudo constatarse que [...] cuando la pareja conformada (personas) —de rasgos mestizos— intentaron ingresar al establecimiento «Café del Mar», se les solicitó el carnet de socios. No obstante lo cual, inmediatamente después se permitió el ingreso al local de personas con rasgos caucásicos —los cuales no ostentaban la calidad de socios— y a los cuales no se les requirió identificación alguna. (Resolución n. ° 1415-2006/TDC-INDECOPI, p. 6)

Un caso particularmente interesante es aquel en el cual a una persona se le negó un seguro por tener síndrome de Down. El proveedor alegó que dicha cobertura representaba un riesgo no asegurable. Se sancionó esta práctica como discriminatoria, debido al siguiente motivo:

Al momento de rechazar la solicitud [...] la aseguradora no presentó justificación alguna que acreditara verosímilmente de alguna forma la luego invocada presunta alta siniestralidad de las personas con Síndrome de Down [...] De la misma forma, tampoco realizó una evaluación médica a la denunciante. En tal sentido, simplemente presumió de plano que la recurrente no era asegurable, contradiciendo así sus propias políticas de siniestralidad. (Resolución n.° 2135-2012/SC2-INDECOPI, numeral 16)

En el caso en mención también se aplicó la doctrina de los actos propios, pues se evidencia un comportamiento distinto y contradictorio del proveedor; ya que antes de la controversia venía asegurando a personas con síndrome de Down, situación declarada expresamente por el denunciado en el expediente (Resolución n.° 2135-2012/SC2-INDECOPI, numerales 33-34).

Un supuesto adicional de discriminación por discapacidad se halla en el reclamo interpuesto frente a una entidad financiera, en la cual el proveedor se negó a entregar a una consumidora una nueva tarjeta de crédito alegando que no era posible la identificación de la titular, pues al padecer de hemiplejía existió una disimilitud en las firmas del consumidor:

Lo alegado por la entidad financiera no se encuentra dentro de una justificación o actuación objetiva y razonable, debido al accionar del banco:

Permitió [a la consumidora denunciante] la anulación de su anterior tarjeta de crédito [...]. En dicho caso, eventualmente se debió haber advertido que la denunciante era la misma persona que aparecía como titular de la tarjeta de crédito y que autorizó directamente la anulación del plástico. De este modo se advierte que el Banco [...] sí consideró haber verificado la identidad de la señora Cueva para la anulación de la tarjeta de crédito, mientras que, por otro lado, no consideró esa misma situación de hecho para efectos de la entrega de un nuevo plástico, evidenciando así una conducta contradictoria. (Resolución n. ° 01-2011/SC2-INDECOPI, numerales 44-45)

Nuevamente, además de una conducta no objetiva ni razonable, se refuerza la doctrina de los actos propios como medio probatorio.

A su vez, se puede mencionar el caso de personas invidentes a las que no les permitieron ingresar a un supermercado con sus perros guías. El Tribunal Constitucional del Perú

declaró fundada la acción de amparo, pues el no poder ingresar con perros guías impide que las personas con discapacidad puedan desarrollarse de manera autónoma en establecimientos abiertos al público e «impide que las personas con discapacidad visual gocen de una plena movilidad *personal* e interactúen con la *mayor independencia* posible». Asimismo, los perros guías son perros con características especiales como ser equilibrados, tranquilos, obedientes (Expediente n. ° 2437-2013-AA-TC, fundamentos 35-37), por lo que no podría existir argumentación alguna sobre la seguridad de otros consumidores que se encuentren en el establecimiento o la higiene de los alimentos que se venden en el supermercado.

También se puede analizar el derecho a no ser discriminado desde una perspectiva económica. Hay quienes opinan que la discriminación se basa en la información defectuosa acerca de la asignación de características del grupo discriminado (Noda Yamada, 2007, p. 40). Adicionalmente, otros sostienen que el gusto por la discriminación puede generar una desventaja en el mercado, ya que los vendedores —o proveedores en el ámbito de la protección al consumidor— sin prejuicios no desaprovecharán transacciones que les sean benéficas y dominarán al mercado (Posner, 1998, p. 608-619).

Los consumidores son quienes deciden en el mercado, con sus preferencias al escoger productos o servicios, por lo que deberá tenerse en cuenta la no restricción a la variedad de productos o servicios que se ofrezcan en el mercado, salvo que el proveedor acredite motivos objetivos y razonables. Caso contrario, se trataría de una discriminación en el consumo.

8. Asociaciones de consumidores

Las asociaciones de consumidores son los vigilantes de los derechos de los consumidores, y para ello cuentan con la facultad de representarlos no solo a nivel individual sino también en defensa de derechos colectivos o difusos. El interés colectivo «parte de reconocer las necesidades de un conjunto determinado de personas. Por ello, lo que caracteriza a los intereses colectivos es que los mismos corresponden a una serie de personas más o menos numerosas, que están o pueden estar determinadas, entre las cuales existe un vínculo jurídico» (Priori Posada, 1997, p. 30). En cambio, los intereses difusos «son aquellos intereses pertenecientes a un grupo de personas absolutamente indeterminadas, entre las cuales no existe vínculo jurídico alguno, sino que más bien se encuentran ligadas por circunstancias de hecho genéricas, contingentes, accidentales y mutables, como habitar en una misma región, ser consumidores de un mismo producto, ser destinatarios de una campaña de publicidad, etc.» (Priori Posada, 1997, p. 31).

Las asociaciones de consumidores deben ser incluidas en la decisión andina, pues los consumidores, con la llamada «defensa corporativa», actúan de manera organizada en la defensa de sus derechos, logrando sinergias y consiguiendo objetivos comunes, teniendo en cuenta que estas agrupaciones «pueden mejorar sustancialmente la calidad de información disponible del mercado. Sin perjuicio de sus facultades de representación gremial, que les permiten interponer denuncias y demandas a nombre de los consumidores, estas organizaciones pueden hacer mucho para corregir defectos de información» (Bullard, 2003, p. 355).

La constitución legal de estas organizaciones debe ser bajo asociaciones civiles sin fines de lucro, pues caso contrario actuarían no en beneficio de la defensa de los consumidores, sino en beneficio particulares. Teniendo en cuenta lo indicado, el fin lucrativo implica lo siguiente:

No se da por la realización de actividades económicas en las cuales se genere excedentes, sino por el reparto directo o indirecto de esos excedentes entre los miembros de la per-

sona jurídica [...]. Entonces, el que una persona jurídica sea o no lucrativa no depende de la actividad que realice, sino de la manera cómo sus miembros se relacionen con ella; esto es, si buscan en la realización de las actividades un beneficio propio a través del reparto de utilidades, en cuyo caso será lucrativa, o conseguir fondos para dedicarnos a realizar su fin social, en cuyo caso será no lucrativa. (De Belaúnde, 2007, p. 306)

A su vez, la actividad económica de la asociación se encuentra subordinada a su objeto social (Luna-Victoria, 1986, p. 50). Frente a ello se pueden establecer como mecanismos para la protección del fin no lucrativo, la ampliación de la titularidad de los patrocinadores y beneficiarios para demandar ante malos manejos, obligación de informar a los patrocinadores y ante el público en general acerca de los fondos recaudados y estados financieros (Boza, 1988, pp. 78-84).

En este extremo también es posible mencionar los casos de *crowdfunding*, los cuales deberían aprovechar las asociaciones de consumidores siempre que se permita al titular de la donación supervisar en qué se invierte dicha donación. Es por ello que dicha donación deberá realizarse en beneficio de los consumidores en general, no para satisfacer una necesidad particular:

En la teoría de la regulación se encuentra, entre otras fallas, la de captura del órgano regulatorio ante los intereses particulares:

Las decisiones del sector público pueden desviarse hacia decisiones no eficientes en función de las consecuencias distributivas que tengan, con el fin de favorecer los intereses dominantes de los grupos más influyentes en el proceso de decisión. Estos intereses no necesariamente son los mayoritarios o los que puedan considerarse representativos del interés común. En particular, los sectores industriales afectados [...] pueden ejercer una influencia interesada en las decisiones de regulación, de manera que sus intereses se antepongan a los objetivos de eficiencia y equidad, que, en un principio, debería perseguir la regulación. (Lasheras, 1999, p. 26)

Haciendo una analogía en el ámbito de las asociaciones de consumidores, para evitar un riesgo de captura de los proveedores las asociaciones de consumidores deben evitar las siguientes conductas: (i) independencia de toda forma de actividad profesional, comercial y productiva, estando prohibidas de percibir cualquier aporte u donación de los proveedores; (ii) incluir como asociados a personas jurídicas con fines de lucro; (iii) realizar publicidad referida a venta de bienes y servicios de los proveedores; (iv) autorizar el uso de la denominación, imagen o signo distintivo en la publicidad realizada por los proveedores, o no efectuar su impedimento (Rejanovinschi, 2011, pp. 272 y ss.).

Con la finalidad de prohibir el fin lucrativo, las asociaciones de consumidores deben proscribir las siguientes conductas: (i) efectuar actividades económicas que impliquen la comercialización de productos o servicios en el mercado con ánimo de lucro y ajenos a la promoción y defensa de los derechos de los consumidores; (ii) en caso de que alguna autoridad gubernamental les brinde fondos públicos, no deberán destinarlos para su financiamiento directo o el de sus miembros; (iii) realizar, dentro de sus actividades, acciones distintas a la defensa de los intereses de los consumidores o la promoción de los derechos de los consumidores (Rejanovinschi, 2011, pp. 272 y ss.). Esto último debe ir acompañado de una evaluación constante del comportamiento de las asociaciones por la autoridad competente que elija cada país miembro.

Teniendo en cuenta que las asociaciones de consumidores al defender intereses colectivos o difusos deberán contar con facultades para conciliar o disponer derechos en beneficio de la generalidad de los consumidores, sea cual fuere la acción legal que interpongan. Lamentablemente, la legislación peruana en el artículo 107 del Código de Consumo ha prohibido dicha facultad, no considerándola adecuada pues es interés de las partes finalmente evitar el desarrollo de un procedimiento (Rejanovinski, 2014, p. 6).

En el caso español, al discutirse la acción ejecutiva de consumidores en el ámbito judicial, al invocar intereses colectivos y difusos, Lacueva afirma que no debe impedirse que las partes lleguen a un acuerdo judicial o extrajudicial:

En la mayoría de ocasiones [...] resultaría más beneficioso para el demandado llegar a un acuerdo con la parte contraria [...] que sufrir, durante un lapso de tiempo considerable, un procedimiento judicial. Probablemente nos encontraríamos como demandadas a sociedades o a determinadas empresas, nacionales o multinacionales, con un considerable volumen de negocio y cuota de mercado. El coste económico que supone todo proceso judicial, unido a la repercusión negativa de publicidad que un litigio donde están en juego los intereses difusos, pudiera acarrear en su economía no solo futura, sino —incluso— inmediata, aconsejan evitar a toda costa un proceso judicial público. (Lacueva, 2006, pp. 55-56)

Las asociaciones también deben ser responsables por la información que brindan a los consumidores, pudiendo señalarse el caso en el que la Autoridad de Consumo de Colombia ordenó retirar a una asociación denominada «Asociación Educar Consumidores» una publicidad sobre repercusiones negativas en la salud por el consumo de bebidas azucaradas, pues «la pieza publicitaria contiene afirmaciones de carácter objetivo que, al parecer, no cuentan con soporte científico o médico que permitan demostrar la veracidad de las consecuencias nocivas que según el comercial de televisión se derivarían directamente del consumo de ciertas bebidas con azúcar» (Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, 2016e).

Una manera de potenciar el funcionamiento y la evaluación del comportamiento de las asociaciones es su desempeño en internet y qué herramientas utilizan para transmitir y enseñar los derechos a favor de los consumidores, las cuales pueden ir desde un portal virtual, blogs, canales de Youtube, uso de redes sociales, Twitter, entre otros. Si la asociación se limita únicamente a compartir noticias, se considera que es una actividad pasiva, ya que la noticia que pueden compartir debe ser el punto de inicio para que expliquen los derechos de los consumidores. También debe reconocerse que el uso de herramientas virtuales debe ser de manera responsable, pues como se indicó en líneas anteriores, no toda la información que se publica en la vía virtual es correcta.

9. Mecanismos procesales

Debe incluirse en la decisión andina en materia de protección al consumidor un mecanismo procesal para resolver las controversias de los consumidores, que debe contar con las características de celeridad, que sea efectivo, respetando las normas del debido proceso, pues no bastará con reconocer los derechos de los consumidores anteriormente mencionados, sino que será importante contar con una herramienta que efectivamente defienda sus derechos y resuelva sus pretensiones. Este mecanismo procesal debe estar acompañado del derecho a una indemnización o resarcimiento por daños.

La preocupación de la resolución de conflictos de los consumidores se encuentra en el «Libro Verde - Acceso a los Consumidores a la Justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado único» de la Comisión de las Comunidades Europeas. En el análisis realizado en el «Libro Verde» se mencionan las siguientes opciones a nivel comunitario para mejorar los mecanismos procesales en beneficio de los consumidores:

Simplificación de los procedimientos judiciales aplicables a los «litigios de pequeña cuantía» [...], creación de procedimientos extrajudiciales (conciliación, mediación, arbitraje), dedicados específicamente a los litigios en materia de consumo [...] (en Francia) se ha abierto una tercera vía mediante la creación de la acción en representación conjunta: las organizaciones de consumidores podrán actuar en nombre de los consumidores que hayan «sufrido perjuicios individuales causados por la actuación de un mismo profesional y que tengan un origen común». (Comisión de las Comunidades Europeas, 1993, p. 70)

En los mecanismos procesales para la defensa de los consumidores existe una diversidad de posibilidades: conciliación, mediación, arbitraje, defensa en la vía administrativa, vía judicial civil, penal. También determinados países como el peruano optan como instancia obligatoria el agotamiento de la vía administrativa (Ley 29571, art. 105). Lo importante será que el mecanismo que se escoja pueda efectivamente resolver las controversias que surjan entre proveedores y consumidores.

La conciliación es un proceso «en el que las partes, con intervención de un tercero, intentan aproximar sus puntos de vista con objeto de ofrecer una solución al litigio que tienen planteado. La función del conciliador no es resolver las diferencias, sino componer y ajustar el ánimo de quienes se encuentran enfrentados y mantienen posiciones contrarias, sin que se le atribuyan facultades para imponer decisión alguna a las partes en conflicto» (Busto, 2009, p. 4). A su vez, con la mediación se busca «poner fin a dicho conflicto a través de un acuerdo entre las partes al que se llega tras una etapa de negociación en la que un mediador intenta aproximar las posiciones entre ellas e, incluso, propone posibles acuerdos» (Busto, 2009, p. 4).

El Informe Defensorial n.º 109, emitido por la Defensoría del Pueblo del Perú, señala que «los mecanismos alternativos de resolución de conflictos (negociación, conciliación y transacción extrajudicial, arbitraje) no han generado espacios significativos o amplios, paralelos al Poder Judicial, para la solución de controversias» (Defensoría del Pueblo, 2007, p. 62). Asimismo, plantea como alternativa de solución la difusión y que exista personal capacitado para promoverlo:

Los medios alternativos serán mecanismos exitosos en la medida en que la población los conozca y existan recursos humanos adecuadamente capacitados para promoverlos y operarlos. Para cumplir con este objetivo se requiere planificar campañas intensivas para difundir dichos mecanismos entre los usuarios del sistema y la población en general, de modo que se genere confianza en su utilización. (Defensoría del Pueblo, 2007, p. 65)

El arbitraje de consumo es utilizado como mecanismo de solución de controversias en España³² y Argentina³³ desarrolladas a partir de un mandato constitucional. En España, a partir

32 El Real Decreto n.º 231/2008 aprueba el Texto Único Refundido del Sistema Arbitral de Consumo.

33 El Decreto Legislativo n.º 276/98 regula el Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo

del artículo 51, numeral 1 de la Constitución de 1978, los poderes públicos «garantizan la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces [énfasis añadido] la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos». En Argentina, la Constitución de 1994, en el artículo 42, señala, luego de reconocer derechos como los de salud, seguridad, información, trato equitativo e intereses económicos, que «la legislación establecerá procedimientos eficaces [énfasis añadido] para la prevención y solución de conflictos».

En el Perú se ha seguido la corriente de España y Argentina, regulando como mecanismo adicional de resolución de controversias al arbitraje de consumo creado «con el objetivo de resolver de manera sencilla, gratuita, rápida, con carácter vinculante, los conflictos entre consumidores y proveedores» (Código de Consumo, art. 137). Pese a ello, a la fecha no ha sido implementado.

Al analizar si los mecanismos de resolución de conflictos en materia de protección al consumidor son eficaces, se observa que se cuenta con el procedimiento administrativo sancionador, por el cual la vía administrativa en INDECOPI tiene competencia primaria y de alcance nacional (Código de Consumo, art. 105). El costo de la misma asciende aproximadamente a S/ 38.00 por todo el procedimiento administrativo, que representa un monto mínimo si se analiza la estructura de costos.

Así, por ejemplo, en el año 2010, el costo del procedimiento de la denuncia por infracciones a las normas sobre protección al consumidor en la vía administrativa ascendía a la suma de S/ 36.00. La estructura de costo desagregada el mismo año —es decir, lo que le cuesta a la entidad dicho procedimiento— ascendió a la suma de S/ 852.72³⁴. De acuerdo con ello, existe una diferencia de S/ 816.72 que es cubierta por los ingresos de INDECOPI, según el artículo 52 del Decreto Legislativo n.º 1033³⁵.

El procedimiento administrativo sancionador tiene una división en función de materias y cuantías, lo que repercute en la duración del procedimiento. En ese sentido, el procedimiento sancionador se divide en sumarísimo y ordinario, que regulan las siguientes materias (Código de Consumo, arts. 124-127):

Tabla 2

Materias en el procedimiento sumarísimo	<ul style="list-style-type: none"> • Cuantías, determinadas por el valor del producto o servicio materia de controversia, que no superen 3 UIT • Requerimientos de información • Métodos abusivos de cobranza y demora en la entrega del producto • Incumplimiento de acuerdo conciliatorio, incumplimiento de medidas correctivas dictadas a favor de terceros, derivadas del procedimiento de una denuncia, e incumplimiento y liquidación de costas y costos
---	---

34 Conforme Carta n.º 324-2010/GEG-Sac, de fecha 3 de noviembre de 2010, que absuelve la solicitud de acceso a la información.

35 *Ibidem*.

Materias en el procedimiento ordinario	<ul style="list-style-type: none"> • Productos o sustancias peligrosas, actos de discriminación o trato diferenciado, servicios médicos y afectación de intereses colectivos o difusos • Cuantía: productos y servicios cuyo valor, según lo contratado u ofertado, es de más de 3 UIT o inapreciable en dinero • Acumulación: materias de ordinario y mismos hechos en denuncia de procedimientos sumarísimo y ordinario
--	--

En lo referente a la duración, el procedimiento sumarísimo se inicia ante el Órgano Resolutivo de Procedimiento Sumarísimo. Contra lo resuelto por esta primera instancia administrativa, se acude en apelación ante la Comisión de Protección al Consumidor Competente y, finalmente, existe la posibilidad de interponer un recurso extraordinario de revisión que será resuelto por la Sala de Protección al Consumidor de INDECOPI. El procedimiento en cada instancia tiene una duración de 30 días hábiles. En cambio, el procedimiento ordinario tiene dos instancias: se inicia en la Comisión de Protección al Consumidor competente y en apelación se resuelve ante la Sala de Protección al Consumidor. Cada instancia tiene una duración de 120 días hábiles.

El procedimiento sancionador ha establecido expresamente que no otorga indemnizaciones, sino «medidas correctivas reparadoras»³⁶, que tienen como objeto «resarcir las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas ocasionadas al consumidor por la infracción administrativa a su estado anterior» (Código de Consumo, art. 115.1). Sin embargo, el Código de Consumo señala lo siguiente:

Las medidas correctivas reparadoras como mandatos dirigidos a resarcir las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas originadas por la infracción buscan corregir la conducta infractora y no tienen naturaleza indemnizatoria; son dictadas sin perjuicio de la indemnización por los daños y perjuicios que el consumidor pueda solicitar en la vía judicial o arbitral correspondiente. No obstante, se descuenta de la indemnización patrimonial aquella satisfacción patrimonial deducible que el consumidor haya recibido a consecuencia del dictado de una medida correctiva reparadora en sede administrativa. (Código de Consumo, art. 115.7)

De la misma redacción de la norma es posible concluir que la administración otorga «indemnizaciones a cuenta», pues la consecuencia patrimonial directa e inmediata de la infracción es un daño emergente (es decir, indemnización), y si se descuenta lo obtenido en sede administrativa de la pretensión que se plantee en vía judicial, es una indemnización a cuenta. Además, lo establecido en la norma citada obliga al consumidor, luego de participar en un procedimiento sancionador, a acudir posteriormente a la vía judicial si desea una pretensión indemnizatoria.

El arbitraje de consumo es de carácter institucional, al ser una entidad la encargada de administrarlo. Según el artículo 138 del Código de Consumo, INDECOPI, como Autoridad Nacional de Protección al Consumidor, constituye las juntas arbitrales en cada localidad, «en coordinación con los gobiernos regionales y locales, a fin de que estas organicen el sistema y lo promuevan entre los agentes del mercado». El artículo 5 del Reglamento de Arbitraje de Con-

³⁶ También otorgan medidas correctivas complementarias, pero el objeto es evitar que la infracción se produzca en el futuro, como decomiso de mercadería, cierre de establecimiento, entre otros (Código de Consumo, art. 116).

sumo define a las juntas arbitrales de consumo como «los órganos constituidos al interior de la administración pública, cuya finalidad consiste en organizar el sistema [...] brindar servicios administrativos y de secretaría técnica a los órganos arbitrales» (Indecopi, art. 5).

Si el legislador se inclinó por un arbitraje institucional, debió preferir un perfil de la institución y no restringir a los gobiernos regionales y locales dicha tarea, pues el hecho de que existan a nivel nacional no necesariamente implica que cuenten con una organización idónea (Rejanovinski, 2014, p. 55 y ss.). Se ha perdido la oportunidad para que INDECOPI amplíe el ámbito de aplicación de la designación de juntas arbitrales, pues en anteriores experiencias celebró convenios en materia concursal con universidades o gremios.

Si el arbitraje de consumo es gratuito, quien asumirá los costos es el Estado, particularmente los gobiernos regionales y locales serán quienes tendrán que subsidiar este sistema, pues estos organizan el sistema. Tal vez esta sea una razón por la cual, a la fecha, no se ha implementado el arbitraje de consumo. La ventaja de un arbitraje de consumo frente a un procedimiento administrativo sancionador es que en el arbitraje no existe limitación en la pretensión indemnizatoria a solicitar, tal como daño emergente, daño lucro cesante como daños patrimoniales, y daños extrapatrimoniales.

En un procedimiento sancionador, los proveedores cuentan siempre con la calidad de denunciado. Es por ello que, a la fecha, no cuentan con interés en designar a los árbitros que los representarán, pues ocuparán, asimismo, la posición de demandados en las controversias arbitrales. Considérese que el incentivo de los proveedores para acogerse al arbitraje de consumo «es similar al de las garantías explícitas, al ofrecer un sistema que otorgue indemnizaciones a los consumidores, con un plazo de resolución inferior al de una controversia administrativa y judicial. Estos evaluarán, antes de realizar un acto de consumo, si los proveedores otorgan una garantía adicional como la mencionada» (Rejanovinski, 2014, p. 58), pues «si una persona acude a un mercado y compra un producto sin garantía contractual está recibiendo una clara señal negativa sobre su calidad: es fácil percibir que el paquete de atributos referidos a la calidad de este bien difiere de los que se incluyen en un bien que se vende con garantía» (Bullard, 2010, p. 45).

Deben fomentarse las formas especiales de resolver las controversias como una conciliación, transacción o desistimiento. Lo que deberá valorar la administración, si se trata de un procedimiento sancionador; es si con esta forma de resolver el conflicto cesa la afectación de terceros consumidores. Ello se explica con el siguiente ejemplo: una asociación de consumidores denuncia a un proveedor de servicios de hospedaje por no indicar en el listado de precios del hotel el precio completo y en moneda nacional. Dentro del procedimiento administrativo sancionador en la audiencia de conciliación, el proveedor se comprometió a otorgar a algún representante de la asociación una noche en el hotel, en habitación doble, con desayuno y estacionamiento, durante un fin de semana, previa reserva con una semana de anticipación. Con esta conciliación culmina el procedimiento para la asociación denunciante, pero la autoridad administrativa continúa de oficio. Puede observarse que dicha conciliación no cesó la afectación de terceros consumidores, es decir, que el listado de los precios del hotel sea en moneda nacional y de manera completa (Resoluciones finales n.º 1451-2006-CPC y 1921-2006-CPC).

Para que el mecanismo procesal sea eficiente, se propone que en los procedimientos sancionadores se otorguen indemnizaciones, pues la administración ejerce una función cuasijurisdiccional al resolver controversias entre consumidores y proveedores:

La Administración ha ganado para sí un espacio enorme como órgano de solución y prevención de diversos conflictos intersubjetivos que han sido sometidos a su autoridad por el ordenamiento jurídico, así como órgano de sanción de diversas conductas antijurídicas (es el caso por ejemplo, de los órganos administrativos de defensa del consumidor [énfasis añadido], de la competencia y de la propiedad intelectual [...]. En dichos casos la Administración ejerce una actividad cuasi jurisdiccional porque resuelve o previene conflictos o impone sanciones, a través de una decisión vinculante u obligatoria que es impuesta a las partes o administrados en el marco de un procedimiento administrativo [énfasis añadido]. (Bustamante, 2002, p. 38)

No podría objetarse que el proveedor se encuentre en estado de indefensión, pues contra lo que resuelva el órgano administrativo podrá interponer una demanda contencioso-administrativa.

Un elemento final a considerar será la autorregulación. Para considerar si el proveedor, por sí mismo, brinda garantías al consumidor para resolver las controversias que pudieran existir, el mecanismo debe ser efectivo. Si la autorregulación no soluciona las controversias del consumidor de manera gratuita o a un costo muy bajo, que sea célere (en comparación con las opciones que brinda la legislación) y que el consumidor sea resarcido en sus pretensiones, no será eficiente.

9. Conclusiones

Si bien existen decisiones andinas que protegen de manera indirecta o sectorial a los consumidores, es necesaria una decisión que establezca sus derechos de manera expresa. Es preciso recordar que el tercer párrafo del artículo 1 del Acuerdo de Cartagena señala que la finalidad de la Comunidad Andina es mejorar el nivel de vida de los habitantes.

Contando con una herramienta jurídica como una decisión andina es posible defender a los consumidores, teniendo en cuenta, además, que dentro de una política de integración los consumidores andinos pueden domiciliar en un Estado miembro y adquirir un producto o un servicio en un Estado miembro distinto, lo que generaría conflictos transfronterizos.

Se ha propuesto un conjunto de derechos mínimos para proteger a los consumidores, como el derecho a recibir información relevante y a la idoneidad de productos y servicios. Asimismo, se consideran la protección de los intereses económicos de los consumidores, el derecho a no ser discriminado, el derecho a la seguridad y salud.

A su vez, se ha señalado que la decisión andina de protección al consumidor debe recoger la importancia de las asociaciones de consumidores como actores de defensa de intereses indeterminados de los consumidores. Como consecuencia de una facultad tan importante, también deben establecerse lineamientos para la adecuada actuación de estas organizaciones.

Finalmente, los mecanismos procesales que resuelvan las controversias de los consumidores deben contar con las características de celeridad, ser efectivos, respetar las normas del debido proceso y reconocer el derecho a una indemnización plena. No será un recurso efectivo si se debe interponer procedimientos ante diversas entidades, con una duración extensa, para obtener una pretensión adecuada.

Asimismo, en un procedimiento administrativo sancionador, ante una forma especial de resolución de la controversia, como una conciliación, desistimiento o transacción, la autoridad administrativa deberá tener en cuenta si con esta forma especial de resolución se elimina la afectación de intereses de terceros consumidores.

De aprobarse una decisión andina con los parámetros mínimos expuestos en el presente documento, los Estados miembros deberán preocuparse por una implementación efectiva de la decisión, caso contrario, podrán ser denunciados por una acción de incumplimiento. Esto en aras de la protección de los consumidores, pues, como se indicó al principio del presente documento, la finalidad de la Comunidad Andina es mejorar el nivel de vida de sus habitantes.

Los consumidores son el fin de las transacciones económicas y, por tal motivo, debe priorizarse en la agenda andina su inclusión mediante una decisión, cuya consecuencia será la supranacionalidad y aplicación directa en cada uno de los países miembros.

REFERENCIAS

- Asamblea General de las Naciones Unidas. (16 de abril de 1985). *Consumer protection* (A/RES/39/248). Recuperado de <http://www.un.org/documents/ga/res/39/a39r248.htm>
- Gut Springenheide GmbH y Rudolf Tusky vs. Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt — Amt für Lebensmittelüberwachung, Asunto C-210/96. Recuperado de <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=101164&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1057303>
- Mohamed Aziz vs. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa), Asunto C-415/11. Recuperado de <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&num=C-415/11>
- Johann Gruber vs. Bay Wa AG, Asunto C-464/01. Recuperado de <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d0f130de644aa371d535488c9ba9ee36521a9338.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Ob3iMe0?text=&docid=64203&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=22550>
- Baylos Corroza, H. (1993). *Tratado de Derecho Industrial* (2ª ed.). Madrid: Editorial Civitas.
- BBB. (2 de septiembre de 2016). Samsung suspende las ventas de su teléfono Galaxy Note 7 por «explosiones» de sus baterías. *BBC Mundo*. Recuperado de <http://www.bbc.com/mundo/noticias-37257215>
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R. y J. Salas Hernández (coords.). (1992). *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Madrid: Civitas.
- Bourgiognie, T. (2011). Seguridad del consumidor y vigilancia de mercado: estrategias y herramientas legales. En Tomillo Urbina, J. (dir.) y J. Álvarez Rubio (coord.), *La Protección Jurídica de los Consumidores como motor de desarrollo económico*. Navarra: Civitas.
- Botana García, G. A. (1994). *Los contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles y la protección de los consumidores*. Barcelona: JM Bosch Editor.
- Boza Dibós, B. (1988). La persona jurídica sin fin de lucro: su regulación a la luz del nuevo rol que desempeña. *Themis*, (12).
- Browsewrap vs. Clickwrap. (2016, 13 de diciembre). Recuperado de <https://termsfeed.com/blog/browsewrap-clickwrap/>
- Bullard, A. (2010). ¿Es el consumidor un idiota? El falso dilema entre el consumidor razonable y el consumidor ordinario. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, año 6, (10).

- Bullard, A. (2003). *Derecho y Economía El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra Editores.
- Bustamante Alarcón, R. (2002). Control difuso y administración ¿Es viable que la Administración ejerza el control difuso de la constitucionalidad normativa? *Revista Jurídica del Perú*, año LII, (41).
- Busto Lago, J. M. (2009). *Mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos de consumo*. Recuperado de http://www.uclm.es/actividades0809/cursos/edc/docs/JoseManuelBusto_4.pdf
- Canosa Usera, R. (2008). Marco Constitucional de la Protección de los Consumidores y Usuarios. En Rodríguez-Arana Muñoz y R. Canosa Usera (eds.), *Derecho de los consumidores y usuarios: Una perspectiva integral*. La Coruña: Netbiblio.
- Cheenyi E.I.R.L. vs. Kónica S.A., Resolución n. ° 101-96-TDC (01 de enero de 1997).
- C.I. CILES S.A. vs. Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia, Proceso 04-IP-2012.
- Comisión Europea. (2014). Preguntas y respuestas: el sistema de alerta rápida para alimentos y piensos (RASFF). Recuperado de http://ec.europa.eu/food/safety/rasff/docs/rasff_leaflet_es.pdf
- Comisión de las Comunidades Europeas. (1993). *Libro Verde – Acceso a los Consumidores a la Justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado único*. Bruselas.
- Comisión de Protección al Consumidor vs. Asesoría Comercial S.A., Resolución Final n. ° 1451-2006-CPC (2007).
- Comunidad Andina. (1969). *Acuerdo de Integración Subregional Andino «Acuerdo de Cartagena»*. Recuperado de http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/es/asiaca/trt_asiaca.pdf
- Comunidad Andina. (2003). *Decisión 539. Mesa Andina de Participación de la Sociedad Civil para la Defensa de los Derechos del Consumidor*. Recuperado de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/4875ED6F16AA8B0E05257BA2005F6F62/\\$FILE/DEC539.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/4875ED6F16AA8B0E05257BA2005F6F62/$FILE/DEC539.pdf)
- Congreso de la República del Perú (s.f.). *Congreso de la República del Perú*. Recuperado de www.congreso.gob.pe
- De Belaúnde López de Romaña, J. (2007). Comentarios al artículo 80 del Código Civil. En AA.VV. *Código Civil Comentado*, Tomo I. (2ª ed.). Lima: Gaceta Jurídica.
- Defensoría del Pueblo. (2007). *Propuestas básicas de la Defensoría del Pueblo para la reforma de la Justicia en el Perú. Generando consensos sobre qué se debe reformar, quiénes se encargarán de hacerlo y cómo lo harán* (Informe Defensorial No. 109). Lima.
- Defensoría del Pueblo de Ecuador (s.f.). *Defensoría del Pueblo de Ecuador*. Recuperado de www.dpe.gob.ec

- Diez-Canseco Núñez, L. (1997). Función regulatoria, promoción de la competencia y legislación antimonopólica. *Themis*, (36).
- DIGEMID. (2013). Digemid publicó alerta que prohíbe la venta del medicamento adelgazante «sibutramina». Recuperado de <http://bvccnadim.digemid.minsa.gob.pe/noticias/48-digemid-publico-alerta-que-prohibe-la-venta-del-medicamento-adelgazante-sibutramina>
- Diswafer LTDA. vs. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de la República de Colombia, Proceso 193-IP-2007.
- Durand Carrión, J. (2008). El consumidor razonable o diligente, el mito que puede crear un cisma entre los peruanos. *Derecho & Sociedad*, año XIX, (31).
- Escobar Rozas, F. (2011). Entendiendo el mercado: la contratación estandarizada como forma de mitigar los problemas de insatisfacción y de selección adversa. En Súmar, O. (ed.), *Ensayos sobre protección al consumidor en el Perú*. Lima: Universidad del Pacífico.
- Espinoza Espinoza, J. (2012). *Derecho de los Consumidores*. Lima: Editorial Rodhas.
- Expediente 0988-2013/TRASU/ST-RA (2013). Recuperado de <https://www.osiptel.gob.pe/articulo/expediente-033662013trasustra>
- Expediente 03366-2013/TRASU/ST-RA
- Expediente n. ° 2437-2013-AA-TC (7 de octubre de 2014).
- Facebook. (s.f.). Abre una cuenta. Recuperado de <https://es-la.facebook.com/>
- Farina, J. (1995). *Defensa del Consumidor y del Usuario*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Fernández-Novoa, C. (1978). Las funciones de la marca. *Actas de Derecho Industrial*, (05).
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (s.f.). *Indecopi*. Recuperado de www.indecopi.gob.pe
- José Miguel Morales Dasso vs. Congreso de la República, Expediente n. ° 048-2004-AI-TC (1 de abril de 2005).
- Kennedy, J. F. (1962, 15 de marzo). Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest. En línea por G. Peters y J. T. Woolley. *The American Presidency Project*. Recuperado de <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=9108>.
- Kotler, P. y K. L. Keller. (2006). *Dirección de Marketing* (12ª ed.). México: Pearson.
- Lacueva Bertolacci, R. (2006). *Acción Ejecutiva de Consumidores y Usuarios*. Navarra: Editorial Aranzadi.
- La Razón. (25 de octubre de 2012). Prohibido un anuncio de Dior por retocar las pestañas de Natalie Portman. *La Razón*. Recuperado de http://www.la-razon.com/index.php?_url=%2Ffla_revista%2Fespectaculos%2FProhibido-Dior-pestanas-Natalie-Portman_0_1712228834.html
- Lasheras, M. A. (1999). *La regulación económica de los servicios públicos*. Barcelona: Editorial Ariel.

- Leguiza Estela, Mary vs. Estado de la Provincia de Corrientes, Resolución 932-2006/TDC-INDECOPI (2017).
- López Mesa, M. (2009). La doctrina de los actos propios. Recuperado de <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/vniver/cont/119/cnt/cnt14.pdf>
- López-Tarruella Martínez, A. (marzo, 2007). Las licencias de uso de bienes digitales. El difícil equilibrio entre los intereses de los titulares de los derechos y de los usuarios. *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, 1(2).
- Lorenzetti, R. (2001). *Comercio Electrónico*. Buenos Aires: Abeledo – Perrot.
- Luna-Victoria León, C. (1986). El Régimen Patrimonial de las Asociaciones Civiles. *Themis*, (5).
- Maniet, F. (2011). El Sistema de Intercambio Rápido de Información sobre los productos peligrosos (o RAPEX) implantado en la Unión Europea. En J. Tomillo Urbina (dir.) y J. Álvarez Rubio (coord.), *La Protección Jurídica de los Consumidores como motor de desarrollo económico*. Navarra: Civitas.
- Ministerio de Industria y Productividad de Ecuador (s.f.). *Ministerio de Industria y Productividad*. Recuperado de www.industrias.gob.ec
- Ministerio de Justicia y Transparencia Institucional (s.f.). *Viceministerio de Defensa de los Derechos del Usuario y del Consumidor de Bolivia*. Recuperado de <http://www.justicia.gob.bo/index.php/institucion/autoridades/viceministro-de-defensa-de-los-derechos-del-usuario-y-del-consumidor>
- Moreno Navarrete, M.A. (2013). La protección de los consumidores y las técnicas empresariales de marketing 2.0. En L. Morillas Cueva (dir.) y J. M. Suárez López (coord.), *Derecho y Consumo. Aspectos penales, civiles y administrativos*. Madrid: Dykinson S.L.
- Moreno Delgado, J. (2013). El consentimiento en las licencias de uso de software (Tesis para la obtención de título de abogado). Universidad San Francisco de Quito, Quito. Recuperado de <http://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/1936/1/104843.pdf>
- Niantic. (1 de julio de 2016). Condiciones de servicio de Pokémon GO. Niantic. Recuperado de <https://www.nianticlabs.com/terms/pokemongo/es>
- Noda Yamada, C. (agosto, 2007). La justificación de la prohibición de la discriminación en el consumo a partir de la racionalidad económica del sistema de protección al consumidor. *Diálogo con la Jurisprudencia*, año 13.
- Organización Mundial de Propiedad Intelectual (s.f.). *Organización Mundial de Propiedad Intelectual*. Recuperado de <http://www.wipo.int/portal/es/>
- Pagador López, J. (2012). Los contratos de consumo celebrados mediante condiciones generales y cláusulas predispuestas. En L. M. Miranda Serrano y J. Pagador López (coords.), *Derecho (privado) de los consumidores*. Madrid: Marcial Pons.
- Parra Lucán, M. A. (1990). *Daños por Productos y Protección del Consumidor*. Barcelona: JM Bosch Editor

- Posner, R. (1998). *El análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Priori Posada, G. (1997). La tutela jurisdiccional de los derechos difusos: una aproximación desde el derecho procesal constitucional. En G. Priori Posada y R. Bustamante Alarcón, *Apuntes de Derecho Procesal*. Lima: Ara Editores.
- Procedimiento seguido de oficio vs. Gesur S.A.C., Resolución n. ° 1415-2006/TDC-INDECOPI (8 de noviembre de 2006).
- Proceso 030-IP-98.
- Rejanovinschi Talledo, M. (2011). ¿Defendiéndonos de manera adecuada? El Rol de las Asociaciones de Consumidores en el Perú (Tesis de maestría). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
- Rejanovinschi Talledo, M. (2014). *Asociaciones de Consumidores en el Perú*. Manuscrito inédito presentado en el curso Protección al Consumidor 2014-I. Escuela de Posgrado, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú.
- Rejanovinschi Talledo, M. (2016). La elección del consumidor a un ambiente adecuado. *Revista de Actualidad Mercantil*, (4).
- Resolución n. ° 224-2003/TDC-INDECOPI (2003).
- Resolución n. ° 1690-2007/TDC-INDECOPI.
- Resolución n. ° 271-2009-CPC.
- Resolución n. ° 536-2009/SC2-INDECOPI.
- Resolución n. ° 787-2010/SC2-INDECOPI.
- Resolución n. ° 2321-2010/SC2-INDECOPI.
- Resolución n. ° 751-2011/SC2-INDECOPI.
- Resolución n. ° 2188-2011/SC2-INDECOPI.
- Resolución n. ° 2323-2011/SC2-INDECOPI.
- Resolución n. ° 078-2012/SC2-INDECOPI.
- Resolución n. ° 1944-2014/SPC-INDECOPI.
- Resolución n. ° 2221-2012-SC2-INDECOPI.
- Resolución n. ° 1008-2013-SPC-INDECOPI.
- Resolución n. ° 2135-2012/SC2-INDECOPI.
- Resolución n. ° 01-2011/SC2-INDECOPI.
- Reyes López, M. J. (2002). El derecho a la salud y seguridad. En M. J. Reyes López (coord.), *Derecho de Consumo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ribeyro, J. R. (2009). Alienación. En J. R. Ribeyro, *La Palabra del Mudo* (II). Lima. Seix Barral.
- Rosa Margarita Cueva Tupac Yupanqui de Vignolo vs. Banco Falabella Perú S.A., Resolución n. ° 001-2011/SC2-INDECOPI (5 de enero de 2011).
- Sociedad FIMCIM S.R.L. vs. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, Proceso 22-IP-2011.

- Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. (2016a, 26 de mayo). Por cartelización empresarial en papel higiénico y otros papeles suaves, Superindustria sanciona a 4 empresas productoras. Bogotá, D.C. Recuperado de <http://www.sic.gov.co/noticias/por-cartelizacion-empresarial-en-papel-higienico-y-otros-papeles-suaves-superindustria-sanciona-a-4-empresas-productoras>
- Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. (2016b, 5 de setiembre). Superindustria asumió la coordinación del Subgrupo de Protección al Consumidor de la Alianza del Pacífico. Recuperado de <http://www.sic.gov.co/noticias/superindustria-asumio-la-coordinacion-del-subgrupo-de-proteccion-al-consumidor-de-la-alianza-del-pac%C3%ADfico>
- Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. (2016c). Llamado a consumidores de las barras de cereal «Kashi ® Trail Mix Chewy Granola Bars». Recuperado de <http://www.sic.gov.co/noticias/llamado-a-consumidores-de-las-barras-de-cereal-kashi-trail-mix-chewy-granola-bars>
- Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. (2016d). Por presencia de bacterias en las toallitas húmedas Pequeñín Acolchamax, Productos Familia genera recall. Recuperado de <http://www.sic.gov.co/drupal/noticias/por-presencia-de-bacterias-en-las-toallitas-humedas-pequenin-acolchamax-productos-familia-genera-recall>
- Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. (2016e). Superindustria ordena retirar comercial de TV sobre supuestos efectos nocivos del consumo de bebidas azucaradas. Recuperado de <http://www.sic.gov.co/noticias/superindustria-ordena-retirar-comercial-de-tv-sobre-supuestos-efectos-nocivos-del-consumo-de-bebidas-azucaradas>
- Susana Vilca Achata vs. Lan Perú S.A., Resolución n. ° 2808-2010/SC2-INDECOPI (16 de diciembre de 2010).
- Tovar Mena, T. (2009). Consideraciones sobre la definición de consumidor o usuario. *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, año XXIV, (67).
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (s.f.). Recuperado de <http://www.tribunalandino.org.ec/sitetjca/index.php>
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (s.f.). *Cvria*. Recuperado de https://curia.europa.eu/jcms/jcms/_6/
- Un hombre incendia su casa tratando de secar su ropa en el microondas. (2012, 7 de agosto). Recuperado de <https://actualidad.rt.com/sociedad/view/50900-Un-hombre-incendia-su-casa-tratando-de-secar-su-ropa-en-microondas>
- Unión Europea (s.f.). *Web Oficial de la Unión Europea*. Recuperado de https://europa.eu/european-union/index_es

- Weingarten, C. y C. Ghersi. (2011). Publicidad e Información. Responsabilidad. En C. Ghersi y C. Weingarten, *Manual de los Derechos de Usuarios y Consumidores*. Buenos Aires: La Ley.
- Weingarten, C. (2011). La confianza como elemento superador de la asimetría para consumidores y usuarios. En C. Ghersi y C. Weingarten, *Manual de los Derechos de Usuarios y Consumidores*. Buenos Aires: La Ley.
- Zoológico chino disfrazaba perros como leones y ratas como reptiles. (2013). Recuperado de <http://elcomercio.pe/actualidad/1617620/noticia-zoologico-chinodisfrazaba-perros-leones-ratas-como-reptiles>

COMENTARIOS

Julio Durand Carrión

Profesor del Departamento Académico de Derecho, PUCP*

El tema planteado en el trabajo es sin duda muy interesante. Expone una arista de la protección del consumidor que no ha sido desarrollada y propone una visión integradora de los sistemas de protección del consumidor a nivel de la Comunidad Andina, lo que constituye una idea innovadora en la materia. Por otro lado, desde el punto de vista de la estructura también está bien planteado. No obstante, hay que considerar que es necesario abordar otros temas para darle mayor suficiencia académica y coherencia sistémica al trabajo.

En efecto, en el punto que se refiere al consumidor razonable, que es una categoría conceptual ideada por la jurisprudencia del Indecopi en los años noventa y que se ha dejado de lado en la actualidad porque no se condice con la realidad ni con el plano existencial del mercado de los consumidores en el país, es necesario que el autor agregue y aborde la nueva dimensión del consumidor de buena fe. De dicha dimensión hoy en la doctrina se habla mucho para poder conceptualizar al tipo de consumidor que debe ser protegido no solo por las leyes sino por el sistema de protección del consumidor en general, porque es con la buena fe con la que acuden todos los consumidores al mercado. Se entiende, pues, que el sistema aborda la protección desde la óptica de la política de Estado en relación al sostenimiento del mercado y al respeto a los derechos de los ciudadanos consumidores.

Este concepto le daría mayor contenido y propiedad al trabajo porque la buena fe es la columna vertebral del derecho civil y, en especial, del derecho contractual. Tanto es así que el maestro De la Puente y Lavalle usualmente colocaba la buena fe en la base de las transacciones comerciales y, más aun, de los contratos de consumo, respecto de los que, por ser masivos, los consumidores asumen que todas las cláusulas de adhesión o las cláusulas generales de contratación están estructuradas de acuerdo a la buena fe, es decir, sin engaños.

La buena fe es intrínseca a todo comprador sin importar su condición económica, su nivel educativo u otros. Todos compran con buena fe y ese debe ser el estándar: el consumidor de buena fe. Por todo ello sería recomendable que el autor aborde este tema.

Otro tema importante se refiere al nivel de desarrollo socioeconómico de los países de la Comunidad Andina. Es necesario señalar que cada uno tiene diferentes niveles de desarrollo alcanzado, lo que hace que las estructuras normativas y los sistemas de protección al consumidor de cada país sean diferentes y tengan distintos niveles de desarrollo. Por eso debería proponerse una especie de oficina de armonización de las legislaciones andinas para generar una sola, pero que tenga en cuenta los diferentes niveles de las economías y los mercados de cada país.

* <http://www.pucp.edu.pe/profesor/julio-durand-carrion/>

Para tal efecto se puede partir de estudio comparativo de la Oficina de Armonización del Mercado Interno de la Unión Europea (OAMI) para el caso de la marca comunitaria. Esta fue una gran idea para armonizar y equilibrar las distintas economías de cada país, y para facilitar la creación y el tránsito de las marcas comunitarias europeas.

Por último, para complementar el trabajo también sería importante abordar el rol de las asociaciones de consumidores dentro del marco de la institucionalidad de las políticas públicas que tienen que ver con el mercado y los derechos de los ciudadanos consumidores. El enfoque sistémico parte de la política pública de protección del consumidor; la normatividad adecuada y la institucionalidad que hace cumplir las políticas públicas; por ejemplo, Indecopi para el caso del consumidor.

Finalmente, se recomienda que en aquellas partes del trabajo en las que el autor propone alguna idea relevante sea más asertivo y frontal para que denote mayor fuerza argumentativa sobre el tema.

RESPUESTA DEL AUTOR

Agradezco los comentarios brindados por el profesor Durand, los cuales permiten enriquecer el documento inicialmente redactado, y así continuar aportando a esta importante rama del derecho de la protección al consumidor. El profesor Durand considera incluir además del parámetro o estándar que debe guiar la protección del consumidor; el concepto de consumidor de buena fe.

Con la finalidad de complementar su opinión, es necesario indicar que el concepto de buena fe se encuentra actualmente reconocido en el Código de Protección y Defensa del Consumidor peruano, por ejemplo, en los artículos V.5 (bajo el principio de buena fe entre las partes)¹, VI.8 (considerado dentro de las políticas públicas)², II (no informar acerca de productos que cuentan con defectos)³, 48 y 49 (requisitos de cláusulas contractuales y cláusulas abusivas)⁴.

La buena fe, común a las partes, también se entiende como un parámetro consistente en el comportamiento de un tercero que actúa de manera razonable, aplicable, por ejemplo, al análisis que se hace sobre la independencia e imparcialidad de un árbitro: «la cuestión no es saber si el árbitro es independiente en términos absolutos, sino si lo es para un observador razonable»⁵. Puede evidenciarse que existe, en este extremo, un elemento común con el estándar de consumidor razonable, ya que este último se centra en quien actúa de acuerdo con una diligencia ordinaria, mientras que la buena fe objetiva puede entenderse como el comportamiento razonable de un tercero, es decir, qué esperaría un tercero de manera razonable. Es por ello que la buena fe es complementada por el parámetro de consumidor a proteger:

-
- 1 «Artículo V. 5. Principio de Buena Fe. En la actuación en el mercado y en el ámbito de vigencia del presente Código, los consumidores, los proveedores, las asociaciones de consumidores, y sus representantes, deben guiar su conducta acorde con el principio de la buena fe de confianza y lealtad entre las partes [...]».
 - 2 «Artículo VI. 8. El Estado procura y promueve una cultura de protección al consumidor y comportamiento acorde con la buena fe de los proveedores, consumidores, asociaciones de consumidores, sus representantes, y la función protectora de los poderes públicos, para asegurar el respeto y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en el presente Código [...]».
 - 3 «Artículo II.1. Información sobre productos no originales o con defectos. Cuando se expende al público productos con alguna deficiencia o defecto, usados, reconstruidos o remanufacturados, debe informarse notoriamente esta circunstancia al consumidor [...] El incumplimiento de esta exigencia es considerado contrario a la buena fe en el comportamiento exigible al proveedor».
 - 4 «Artículo 48 [...] En los contratos de consumo celebrados por adhesión o con cláusulas generales de contratación, debe cumplirse con los siguientes requisitos: c. Buena fe y equilibrio necesario en los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.
«Artículo 49.1 [...] se consideran cláusulas abusivas y, por tanto, inexigibles todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, coloquen al consumidor, en su perjuicio, en una situación de desventaja o desigualdad o anulen sus derechos [...]».
 - 5 Dominique H., como se ha citado en Mantilla, Serrano, F. y Pinsolle, P. (2013). La independencia del árbitro y su obligación de revelación. En: Soto, C. y Revoredo, D. Instituto Peruano de Arbitraje. *Arbitraje Internacional. Pasado presente y futuro*. Tomo II. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, p. 884.

La buena fe es, asimismo, un comportamiento que se exige a las partes en todo procedimiento. Por ello, el ordenamiento peruano hace énfasis en el supuesto de las denuncias maliciosas⁶, puesto que este es un supuesto de sanción para aquellas organizaciones que tienen como finalidad defender a los consumidores⁷.

El profesor Durand recomienda, asimismo, una oficina de armonización en la Comunidad Andina, pues existen distintos niveles socioeconómicos entre los miembros de la CAN. En este extremo, para complementar el aporte, hay que considerar que la propuesta de una decisión andina en el presente trabajo es una línea de base mínima, ya que la creación de la Comunidad Andina tiene como finalidad mejorar el nivel de vida de los consumidores y en las legislaciones locales ha estado presente la protección al consumidor. Al contar, de acuerdo a la presente propuesta, con una decisión andina en materia de protección al consumidor, las herramientas de integración, como la acción de incumplimiento y la interpretación prejudicial solicitada al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, permitirán fortalecer la defensa de los consumidores en este mercado⁸.

Por otro lado, el profesor Durand también recomienda abordar el rol de las asociaciones de consumidores en el marco de la institucionalidad. En el esquema peruano, estas entidades forman parte del Consejo Nacional de Protección al Consumidor⁹, que tiene entre sus funciones la promoción y armonización de la política nacional de protección y defensa del consumidor en el ámbito peruano. Ahora bien, en la Política Nacional de Protección y Defensa del Consumidor¹⁰, el eje 4, referido al fortalecimiento del Sistema Nacional Integrado de la Protección al Consumidor, propone promover mecanismos para el fortalecimiento de las asociaciones de consumidores. Si bien se han comentado las exigencias que deben tener estas entidades sin fines de lucro, también es necesario agregar que la defensa corporativa es necesaria y debe permitirse la disposición de derechos cuando estas accionen alegando intereses colectivos o difusos¹¹.

Finalmente, teniendo en cuenta las sugerencias del profesor Durand, se propone un resumen de las principales ideas del documento de investigación:

- I. Una Decisión Andina en materia de protección al consumidor es necesaria, pues la finalidad de la Comunidad Andina consiste en procurar un mejor nivel de vida de

6 Según el artículo 106 literal e) del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

7 «Artículo 154. Prohibiciones para las asociaciones de consumidores. Para efectos de la independencia y transparencia de las asociaciones de consumidores, estas no pueden: [...] e. Actuar con manifiesta temeridad presentando denuncias maliciosas debidamente sancionadas en la vía administrativa o judicial».

«Artículo 158. Responsabilidad de la asociación y sus representantes legales. En caso de producirse daño al proveedor por denuncia maliciosa, son responsables solidarios del daño causado tanto la asociación como los representantes legales de esta que participaron con dolo en el planeamiento o realización de la denuncia [...]».

8 Sobre los mecanismos de acción de incumplimiento e interpretación prejudicial, que también aplicarían en una Decisión Andina en materia de protección al consumidor, se recomienda revisar Rejanovinschi Talledo, M. (2015). El "juez andino" en temas de propiedad intelectual: aplicación en el ámbito peruano. *Revista Derecho PUCP*, (74), 127-152.

9 De acuerdo al artículo 133 del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

10 Aprobada por Decreto Supremo No. 006-2017-PCM, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 27.01.17.

11 Rejanovinschi Talledo, M. (2016). El derecho fundamental de los consumidores a la defensa corporativa. En *Maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia. Investigaciones conmemorativas por los 16 años de la Maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia. Tesis de alumnos y Congreso Internacional* (235-268). Lima: PUCP.

sus habitantes. El modelo económico que utilice cada estado no puede ser considerado como un obstáculo para alcanzar esta meta.

2. Debe protegerse al consumidor que actúa con la diligencia ordinaria, y procurar que sea el destinatario final del uso de productos y servicios, ya que es un actor que participa de manera importante en el proceso competitivo.
3. La información con la que debe contar el consumidor para tomar una decisión de consumo será veraz, oportuna, completa, ya que repercutirá en la expectativa de un producto o servicio determinado.
4. Un elemento para determinar la idoneidad o expectativa de un producto o servicio es el precio, pero no es el único, pues pueden influir en la expectativa o calidad que se asigne a un producto o servicio otros factores, tales como las marcas o signos distintivos, o la teoría de los actos propios y de la confianza.
5. Protegiendo los intereses económicos de los consumidores se protege su derecho a la libre elección y a que la contratación se lleve a cabo dentro de los parámetros de la buena fe, respetando la autonomía de la voluntad.
6. Con la finalidad de velar por la seguridad y salud de los consumidores deben implementarse mecanismos de vigilancia del mercado en el que participen coordinadamente entidades públicas y actores privados. Contar con bienes seguros que circulen en el mercado refuerza la confianza en los proveedores.
7. La discriminación, situación en la que se alegan actuaciones subjetivas, no permite que los consumidores puedan acceder a productos y/o servicios determinados, e impide que puedan satisfacer sus necesidades.
8. Las asociaciones de consumidores son actores que colaboran con el equilibrio y defensa de los consumidores, por lo que sus facultades y obligaciones deben ser reguladas. Pueden potenciar su desempeño utilizando herramientas virtuales.
9. Los derechos que se reconozcan a los consumidores no valdrán de nada si estos no se acompañan con herramientas procesales adecuadas para que la exigencia del derecho sea, pues, efectiva.